



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI  
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO  
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE  
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS  
AND ENVIRONMENT

# ANNALI 2021

ANNO IX

DEL DIPARTIMENTO JONICO

<http://edizionidjsge.uniba.it/> • ISBN - 9788894503074





## DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

## DIRETTORI DEGLI ANNALI

Carlo Cusatelli - Gabriele Dell'Atti - Giuseppe Losappio

## COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Nicolò Carnimeo, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Maria Concetta Nanna, Vincenzo Pacelli, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli

## COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Anna Bitetto, Danila Certosino, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Lorenzo Pulito, Angela Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio (in aspettativa per incarico assunto presso l'ANVUR), Umberto Violante

## COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione), Danila Certosino, Francesca Altamura, Michele Calabria, Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti, Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone, Domenico Vizzielli

### Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Convento San Francesco - Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy

e-mail: [annali.dipartimentojonico@uniba.it](mailto:annali.dipartimentojonico@uniba.it)

telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099

7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>



ANNO IX  
**ANNALI 2021**  
DEL DIPARTIMENTO JONICO





# INDICE

GLI AUTORI	9
SAGGI	
LUCIANNA CANANÀ, LUIGI DE CESARE <i>Leasing: anticipated interruption contract</i>	13
ALESSIO CARACCILO <i>L'individuazione delle "attività essenziali" nella normativa emergenziale anti-Covid</i>	21
VALERIA CASTELLI <i>Il concordato semplificato: paracadute della composizione negoziata</i>	27
DANILA CERTOSINO <i>Privazione della libertà personale e diritto al colloquio con i garanti dei detenuti, i parlamentari e altre autorità</i>	35
CLAUDIO D'ALONZO <i>Appunti in tema di NFT</i>	57
ROSA STELLA DE FAZIO <i>Marking 20 years of UN convention against transnational organized crime: a critical assessment of Italy's response to the obligations to criminalize stemming from the Palermo convention</i>	63
GABRIELE DELL'ATTI <i>Giustizia e verità: la legislazione italiana ed inglese in materia di società tra avvocati a confronto. Spunti di riflessione</i>	77
LUIGI IACOBELLIS <i>Il principio di uguaglianza tributaria e l'equità fiscale di genere per la riduzione e contrasto al gender gap</i>	89
VINCENZO IAIA, ANDREA SESTINO <i>City-pair method and airport-pair method alternatives for assessing the dominant position in the flight market. A multidisciplinary analysis from competition law and marketing perspective</i>	105
PATRIZIA MONTEFUSCO <i>Riflessioni sulla vecchiaia. Il Cato maior de senectute</i>	123
ANTONIO ORLANDO <i>La società di persone partecipata da società di capitali fra norme ordinarie e fiscali: brevi considerazioni de iure condendo</i>	135

PAOLO PARDOLESI <i>Riflessioni in tema di tutela collettiva</i>	153
FLAVIO PARENTE <i>Focus on: alimentazione nel soggetto sano e nello sportivo come mezzo di promozione della salute in epoca Covid-19</i>	165
GIUSEPPE RUGGIERO PARENTE <i>Danno prenatale e dinamiche medico-legali</i>	175
FRANCESCO PERCHINUNNO <i>Gli interventi di terzi e “amici curiae”: l’evoluzione del contraddittorio nel processo costituzionale</i>	185
LORENZO PULITO <i>Il sequestro dei nuovi beni immateriali: dalla piattaforma al token</i>	205
LUISA SAPONARO – <i>L’accelerazione telematica del processo penale: uno sguardo d’insieme</i>	221
FILOMENA ZACCARIA <i>La sindrome di alienazione parentale non esiste: la suprema Corte di Cassazione squarcia il silenzio, definendola una inconcepibile valutazione di “tatertyp”</i>	235

## VITA ACCADEMICA

ALESSIO CARACCILO <i>Protocolli anti-contagio e tutela Inail</i>	251
DANIELA CATERINO <i>Fondazioni di partecipazione e ricerca per lo sviluppo sostenibile: l’esempio (in divenire) del Tecnopolo Mediterraneo</i>	255
DANILO CERTOSINO <i>La tutela cautelare della vittima del reato</i>	267
FEDERICA MONTELEONE <i>Epidemia e immigrazione: note storiche</i>	285
MARIA LAURA SPADA <i>L’efficacia traslativa della vendita nel procedimento di espropriazione forzata</i>	299
NICOLA TRIGGIANI <i>L’udienza predibattimentale monocratica nella l. n. 134/2021 (c.d. “Riforma Cartabia”): una innovazione in controtendenza rispetto agli obiettivi di efficienza del processo</i>	309



## PROPOSTE DI LETTURA

ALESSIO CARACCILO

325

A Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi, Valeria Filì, Francesco Seghezzi (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, in ADAPT Labour Studies e-Book Series (nn. 89, 90, 91, 92, 93), ADAPT University Press, Modena, 2020

Vol. I. V. Filì (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, pp. 351, ISBN 978-88-31940-40-5

Vol. II. D. Garofalo (a cura di), *Covid-19 e sostegno alle imprese e alle pubbliche amministrazioni*, pp. 393, ISBN 978-88-31940-41-2

Vol. III. D. Garofalo (a cura di), *Covid-19 e sostegno al reddito*, pp. 380, ISBN 978-88-31940-42-9

Vol. IV. M. Tiraboschi, F. Seghezzi (a cura di), *Scuola, università e formazione a distanza*, pp. 132, ISBN 978-88-31940-43-6

Vol. V. M. Tiraboschi, F. Seghezzi (a cura di), *Le sfide per le relazioni industriali*, pp. 244, ISBN 978-88-31940-44-3

MARIO MARTINO SANTORO

329

L. Pulito, *La rinnovazione istruttoria 'europea'. Overturning in appello e giusto processo*, Bari, Cacucci ed., pp. 170, ISBN 978-88-66-11932-6.



## GLI AUTORI

LUCIANNA CANANÀ – *Professore Aggregato di Matematica finanziaria, Università di Bari Aldo Moro*

ALESSIO CARACCILOLO – *Dottore di ricerca in Diritti, economie e culture del Mediterraneo, Università di Bari Aldo Moro*

VALERIA CASTELLI – *Dottoranda di ricerca in Diritti, economie e culture del Mediterraneo, Università di Bari Aldo Moro*

DANIELA CATERINO – *Professore Ordinario di Diritto commerciale, Università di Bari Aldo Moro*

DANILO CERTOSINO – *Ricercatore a tempo determinato di Diritto processuale penale, Università di Bari Aldo Moro*

CLAUDIO D'ALONZO – *Ricercatore di Diritto Commerciale, Università Cattolica "Nostra Signora del Buon Consiglio"*

LUIGI DE CESARE – *Professore Ordinario di Metodi Matematici dell'Economia e delle Scienze Attuariali e Finanziarie, Università di Foggia*

ROSA STELLA DE FAZIO – *Cultrice della materia in Diritto internazionale e organizzazione internazionale, Dipartimento Jonico in Sistemi giuridici ed economici, Università di Bari Aldo Moro*

GABRIELE DELL'ATTI – *Professore Associato di Diritto commerciale, Università di Bari Aldo Moro*

LUIGI IACOBELLIS – *Docente a contratto di Diritto tributario, Università di Bari Aldo Moro*

VINCENZO IAIA – *Dottorando in Diritto e Impresa, Università LUISS*

PATRIZIA MONTEFUSCO – *Professore Aggregato di Lessico Giuridico e Civiltà Latina, Università di Bari Aldo Moro*

FEDERICA MONTELEONE – *Professore Aggregato di Storia Medievale, Università di Bari Aldo Moro*

ANTONIO ORLANDO – *Dottorando di ricerca in Diritti, economie e culture del Mediterraneo, Università di Bari Aldo Moro*

PAOLO PARDOLESI – *Professore Ordinario di Diritto privato comparato, Università di Bari Aldo Moro*

FLAVIO PARENTE – *Medico chirurgo, specializzando in Igiene e Medicina preventiva, Università di Genova*

GIUSEPPE RUGGIERO PARENTE – *Specialista in medicina legale e delle assicurazioni - Coordinatore sanitario e Responsabile medico di RSA*

FRANCESCO PERCHINUNNO – *Professore Aggregato di Diritto costituzionale, Università di Bari Aldo Moro*

LORENZO PULITO – *Ricercatore a tempo determinato di Diritto processuale penale, Università di Bari Aldo Moro*

MARIO SANTORO – *Dottorando di ricerca in Diritti, economie e culture del Mediterraneo, Università di Bari Aldo Moro*

LUISA SAPONARO – *Dottoranda di ricerca in Diritti, economie e culture del Mediterraneo, Università di Bari Aldo Moro*

ANDREA SESTINO – *Dottorando di ricerca in Diritti, economie e culture del Mediterraneo, Università di Bari Aldo Moro*

MARIA LAURA SPADA – *Professore Aggregato di Diritto dell'esecuzione civile, Università di Bari Aldo Moro*

NICOLA TRIGGIANI – *Professore Ordinario di Diritto processuale penale, Università di Bari Aldo Moro*

FILOMENA ZACCARIA – *Avvocata cassazionista, consulente legale della Rete dei Centri anti violenza "Sud Est Donne"*

SAGGI



Lucianna Cananà, Luigi De Cesare

## LEASING: ANTICIPATED INTERRUPTION CONTRACT \*

### ABSTRACT

I contratti di leasing finanziario prevedono, di solito, in caso di inadempienza del locatario delle clausole per la risoluzione anticipata del contratto. In Europa, in caso di inadempienza del locatario, la legislazione consente al locatore di ottenere i canoni scaduti non pagati maggiorati degli interessi di default ed i canoni non scaduti oltre al valore di riscatto attualizzati al tasso di leasing.

Financial leasing contracts usually include specific clauses for early termination of the agreement in the event of the lessee's default. In the European Union, in case of the lessee's serious material breach, the lessor is entitled to obtain the expired unpaid fees increased at a default interest rate, the fees not yet expired and the redemption price discounted at the leasing rate.

### PAROLE CHIAVE

Leasing – risoluzione del contratto – analisi delle decisioni

Leasing – rescinding contract – economic decision analysis

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. The model. – 3. Conclusion.

1. Most of the existing literature addresses asset leasing contracts. Just to name a few, in 1978 Franks and Hodges<sup>1</sup> derive a simple formula for lease valuation and study the impact on their analysis of different tax rates and of different amounts of debt which may be displaced by the lease, or a few years before Myers, Dill and Bautista<sup>2</sup> examine the firm's lease in the case of borrow problem, or even Grenadier<sup>3</sup> implemented a model of equilibrium determination of lease rates in the event the lessee fails to pay.

The completion of the internal market for leasing required sufficient openness of European markets for competition between rules to take place. In 2017 (law no. 124 of

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

<sup>1</sup> v. J. Franks, S. Hodges, *Valuation of financial lease contracts: a note*, The Journal of Finance, 1978, vol. 33, pp. 657-669.

<sup>2</sup> v. S.C. Myers, D.A. Dill, A.J. Bautista, *Valuation of financial lease contracts*, The Journal of Finance, 1976, vol. 31, pp. 799-819.

<sup>3</sup> v. S.R. Grenadier, *An Equilibrium Analysis of Real Estate Leases*, The Journal of Business, 2005, vol. 78, n. 4, pp. 1173-1214.

August 4) the Italian Parliament has introduced new rules on financial leases, they provide more clarity in case of breach by the lessee.

The contract of leasing is an agreement between a lessor and a lessee, allowing the latter the right to use a property owned or managed by the former for a stated period of time<sup>4</sup>. In a basic leasing contract, the lessor transfers the property of an asset to the lessee at a specified time; this occurs on condition that the lessee pays both the regular fees and the redemption price.

The intention of this paper is to study the lessor's convenience of advance termination of a leasing contract for material breach. As is known, leasing contracts<sup>5</sup> include contractual terms in the event that the lessee fails to pay the leasing fees. In compliance with the regulations of the European Union, in such a case the lessor is entitled to the return of the asset and the lessor is furthermore required to pay the lessee the proceeds of sale closed at market value, after deducting a sum equal to the amount of the overdue fees up to the expiry date, the outstanding fees, the capital share and the agreed price for the exercise of the final purchase option of the leasing asset, as well as any advance in expenses for the property repossession, its appraised value and conservation for as long as necessary to sell it<sup>6</sup>. It is understood and agreed that the lessor's credit rights on the residual value are left unprejudiced against the lessee, assuming that the proceeds of sale or any different transactions of the asset are less than the amount due by the lessee in pursuance of previous agreements. Finally, the expired unpaid fees are charged and increased at a default interest rate and will be capitalized in terms of simple interest accumulation determined by the contract.

When considering leasing contracts some problems may arise in the computation of a time dependent exercise boundary for the entire contract duration. The issue of choosing the time either to rescind or uphold a contract corresponds to solving an optimal stopping problem. In case of material breach the lessor may decide whether to request the immediate contract termination or await the optimal stopping time to terminate the contract and subsequently invest the amount collected into alternative assets.

This paper is organized as follow. After the introduction, we model the leasing problem in the next section and we explain the goal of the work and obtain the main equation of the dynamics of power prices.

2. In this section we introduce the model. The lessor gives an asset to the lessee. The lessee pays regular fees and the redemption price  $E$  at maturity  $n$ . Let's consider a leasing contract in which from a certain date forward the lessee no longer pays the fees. As a consequence, the lessor evaluates whether or not to rescind the contract at date  $z$

---

<sup>4</sup> v. P.K Nevitti, F.J. Fabozzi, *Equipment leasing*, John Wiley & Sons ed., 2000.

<sup>5</sup> v. J. Franks, S. Hodges, *Valuation of financial lease contracts: a note*, cit.

<sup>6</sup> v. Law n. 124 of August 4, 2017.



by comparing it with the capital cost of an alternative investment. In order to fulfill this objective, we now introduce the model.

We call  $c$  the fees periodically due. Without loss of generality, we can assume that the lessee has been insolvent since the beginning, at time 0. It is easy to prove that assuming immediate insolvency does not change the generality of our conclusions. The credit at time  $t$  for the leasing company, in the case the lessee is insolvent, is the sum of two terms: the first term is the amount of the expired fees and accrued in simple interest accumulation at the arrears interest rate  $m$ , determined by contract: the second one is the outstanding fees and the redemption price  $E$  discounted by a lower force of interest  $\delta$ , contractually established. For a known result on the amortization plans this corresponds to calculate the fees to expire but only in line capital according to the law n. 124. Before the entry into force of this law the force of interest  $\delta$  was contractually established and was very small and this was to the lessor's advantage.

Summarizing the parameters of our model are:

- $c$  annual fixed lease payment,
- $E$  redemption price,
- $n$  total number of lease payments,
- $m$  arrears interest rate,
- $e^{-\delta}$  annual discount factor of unpaid fees.

Hence the lessor credit at time  $t \in [0, n]$  in case of insolvency is:

$$f(t) = \sum_{j=1}^{[t]} c(1 + m(t - j)) + \sum_{j=[t]+1}^n ce^{-\delta(j-t)} + Ee^{-\delta(n-t)} \quad (1)$$

Note that  $[t]$  is the integer part of  $t$  that is the largest integer number smaller than or equal to  $t$ . Furthermore

$$\sum_{j=1}^{[t]} (1 + m(t - j)) = [t] \left( 1 + m \left( t - \frac{[t] + 1}{2} \right) \right) \quad (2)$$

and

$$\sum_{j=[t]+1}^n ce^{-\delta(j-t)} = ce^{\delta t} e^{-\delta([t]+1)} \sum_{j=0}^{n-[t]-1} e^{-\delta j} \quad (3)$$

Let

$$a_{[t]} = e^{-\delta([t]+1)} \sum_{j=0}^{n-[t]-1} e^{-\delta j} \quad (4)$$

be the present value of  $(n - [t] - 1)$  periodic payment annuity deferred for  $[t] + 1$  years. We note that

$$a_{[k-1]} e^{\delta k} = 1 + e^{\delta k} e^{-\delta(k+1)} \sum_{j=1}^{n-k-1} e^{-\delta j} = 1 + e^{\delta k} a_{[k]} \quad (5)$$

Substituting (2) and (3) in (1) and considering (4) and (5), we have

$$f(t) = c[t] \left( 1 + m \left( t - \frac{[t] + 1}{2} \right) \right) + ca_{[t]} e^{\delta t} + E_0 e^{\delta t} \quad (6)$$

where  $E_0 = E e^{-\delta n}$  is the present value of redemption price  $E$ .

The function  $f$  is right-continuous because  $[t]$  is right-continuous. Moreover, we have that:

$$\begin{aligned} \lim_{t \rightarrow k^-} f(t) &= c(k-1) \left( 1 + m \left( k - \frac{k-1+1}{2} \right) \right) + ca_{k-1} e^{\delta k} + E_0 e^{\delta k} = \\ &= ck \left( 1 + m \left( k - \frac{[k] + 1}{2} \right) \right) + ca_k e^{\delta k} + E_0 e^{\delta k} = f(k) \end{aligned}$$

hence  $f$  is also left-continuous. We conclude that  $f$  is a continuous function.

In order to determine instantaneous interest rate, we calculate the derivative of  $f$  with respect to  $t$  (when  $t$  is not an integer). From (6) we have that:

$$f'(t) = c[t]m + ca_{[t]}\delta e^{\delta t} + E_0\delta e^{\delta t} \quad (7)$$

If  $t$  is an integer, we prove that the function  $f$  is not derivable if  $\delta \neq m$  but admits left and right derivative. For  $k = 1, 2, \dots, n$ , we have:

$$f'_-(k) = \lim_{t \rightarrow k^-} f'(t) = c(k-1)m + ca_{k-1}\delta e^{\delta k} + E_0\delta e^{\delta k}$$

$$f'_+(k) = \lim_{t \rightarrow k^+} f'(t) = ckm + ca_k\delta e^{\delta k} + E_0\delta e^{\delta k}.$$

Notice that:

$$f'_-(k) = ckm - cm + ca_k\delta e^{\delta k} + c\delta + E_0\delta e^{\delta k} = f'_+(k) - c(m - \delta) \quad (8)$$

The force of interest at time  $t$  of lessor credit, if  $t$  is not an integer, is

$$p(t) := \frac{f'(t)}{f(t)}$$

For  $k = 1, 2, \dots, n$  and if  $m > \delta$ , when we move from left to right in a neighborhood of  $t=k$  the force of interest suddenly increases. From (6) and (8), the size of the jump is:

$$c \frac{m - \delta}{f(k)}$$

The aim of the lessor is to compare the force of interest  $p$  with opportunity cost of an alternative investment.

To this end we analyze the function  $p$ . To study the monotonicity of  $p$  over an interval  $]k, k+1[$  with  $k = 1, 2, \dots, n$ , we study the sign of  $p'(t)$  which is equal to the sign of:

$$g(t) = f''(t)f(t) - (f'(t))^2 \quad (9)$$

We rewrite  $f$  on the interval  $]k, k+1[$  as:

$$f(t) = \alpha_k t + \beta_k + \gamma_k e^{\delta t} \quad (10)$$

where:

$$\begin{aligned} \alpha_k &= c[t]m > 0 \\ \beta_k &= c[t] \left( 1 - \frac{m([t] + 1)}{2} \right) \\ \gamma_k &= E_0 + ca_{[t]} > 0 \end{aligned}$$

From (10) calculating the derivative of  $f$  and substituting in (9), it is easy to prove that

$$g(t) = \gamma_k \delta e^{\delta t} (\alpha_k \delta t + \delta \beta_k - 2\alpha_k) - \alpha_k^2$$

The inequality  $g(t) \geq 0$  is equivalent to:

$$\alpha_k \delta t + \delta \beta_k - 2\alpha_k \geq \frac{\alpha_k^2}{\gamma_k \delta} e^{-\delta t}$$

We compare an increasing linear function with a decreasing exponential one.

So, for  $k = 1, 2, \dots, n$ , we have:

1.  $g(t) \leq 0$  on  $]k, k + 1[$  and so  $p(t)$  is decreasing on  $]k, k + 1[$
2.  $g(t) \geq 0$  on  $]k, k + 1[$  and so  $p(t)$  is increasing on  $]k, k + 1[$
3.  $g(t)$  at first it is negative but then it ends positive on  $]k, k + 1[$  and so  $p(t)$  has a local minimum on  $]k, k + 1[$ .

On the basis of these observations, it will be possible to develop an analysis which will allow us to identify the optimum time to rescind the contract.

3. The intent of this paper was to illustrate the convenience of terminating a leasing contract in advance should the lessee stop paying the leasing fees. Under these conditions the lessor may bide his time in the hopes that the lessee should resume regular payments. Consequently, the lessor may opt not to demand the immediate contract termination, but the unpaid accrued fees the lessee is expected to pay will entail the application of default interest, which will be higher than the interest rate agreed. Therefore, the lessor may profit from deferring his contract termination request; in the event of contract termination, the asset will be sold and the proceeds of sale will be used to compensate the lessee for the past due unpaid fees increased at a default interest rate along with the residual value of the asset. The residual value of the asset was calculated by discounting at lease rate the outstanding fees and the (agreed) price for the exercise of the final purchase option. We estimated the lessee's convenience of rescinding the contract, calculating at its natural expiry the wealth obtained through the

capitalization - by means of an adequate term structure of interest rates - of the amount obtained from the rescission.



Alessio Caracciolo

## L'INDIVIDUAZIONE DELLE "ATTIVITÀ ESSENZIALI" NELLA NORMATIVA EMERGENZIALE ANTI-COVID\*

### ABSTRACT

L'improvviso dilagare dell'epidemia da "Covid-19" ha rinfocolato un ampio ventaglio di problematiche di carattere socioeconomico che hanno dato il via, nel complesso, ad una "nuova questione sociale". In tale scenario, il presente contributo affronta l'individuazione dei servizi essenziali esclusi dal divieto generalizzato introdotto dalla normativa emergenziale a partire dal D.L. n. 6/2020. Le maggiori criticità si sono manifestate nella concorrenza tra le fonti, statali e regionali, nonché sotto il profilo dell'ermeneutica delle disposizioni, stante la loro formulazione spesso troppo ampia o ambigua.

The sudden spread of the "Covid-19" epidemic has revived a wide range of social and economic problems that have given rise to a "new Social Question". In this scenario, the paper addresses the identification of essential services which were excluded from the general ban introduced by the government with his emergency legislation since D.L. n. 6/2020, whose critical profiles mostly manifested in State-Regions law relations and in several interpretation issues due to a content often too broad or ambiguous.

### PAROLE CHIAVE

Normativa emergenziale – sospensione delle attività – servizi essenziali

Extraordinary regulation – business suspension – vital services

SOMMARIO: 1. Premessa: la sospensione delle attività "non essenziali". – 2. La deroga per esigenze sanitarie. – 3. La deroga per il soddisfacimento dei bisogni essenziali. – 4. Profili critici.

1. I provvedimenti che si sono avvicinati nella regolamentazione delle attività che potevano essere svolte durante l'emergenza hanno seguito l'evoluzione dei dati epidemiologici diffusi quotidianamente, passando in breve dall'imposizione di procedure ed obblighi per la sicurezza individuale<sup>1</sup> al blocco della circolazione e delle

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

<sup>1</sup> Che, nel caso di esonero dal divieto, si traducono in un onere ulteriore per la sicurezza sui luoghi di lavoro, a fronte del quale è possibile ipotizzare la facoltà datoriale di sospendere «volontariamente o perché non è in grado di garantire la tutela della salute dei propri dipendenti o per motivi di opportunità economica» (C. Garofalo, *La sospensione dell'attività lavorativa durante l'emergenza epidemologica Covid-19*, in *Lav. giur.*, 5, 2020, p. 434). Nel primo caso, il datore di lavoro «potrebbe validamente invocare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione» (*ibidem*), potendosi concludere per la

attività non ritenute “essenziali”<sup>2</sup>.

Invero, le “comprovate esigenze lavorative” erano già state previste sin dall’inizio quale ragione legittimante lo spostamento individuale in deroga al divieto di lasciare la propria abitazione, unitamente ad altre esigenze improrogabili<sup>3</sup>, ma tale possibilità è stata temperata con l’individuazione dell’elenco di attività consentite<sup>4</sup>.

Tuttavia, proprio attorno al concetto di necessarietà-essenzialità è sorto il principale problema interpretativo, che ha portato ad un sostanziale cambio di paradigma rispetto al tenore letterale delle disposizioni: laddove l’attività non fosse stata espressamente vietata, sarebbe stato possibile collocarla in via estensiva in una categoria consentita<sup>5</sup>, proprio in virtù dell’ampiezza del concetto di “pubblica utilità”. Successivamente, tale impostazione è stata circoscritta limitando le esclusioni dal blocco alle sole attività necessarie per esigenze sanitarie o per garantire il minimo vitale. Infine, è stato attribuito al Prefetto il potere di ordinare lo svolgimento di tutte le attività non espressamente vietate<sup>6</sup>, a seguito di audizione informale delle parti sociali e ove ciò rispondesse a ragioni di pubblica utilità o di effettività della prestazione del servizio, rievocando la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, sebbene il «fondato pericolo di un pregiudizio grave e imminente ai diritti

---

coercibilità delle raccomandazioni di cui al D.P.C.M. 11 marzo 2020 (massima diffusione del lavoro agile, predilezione per ferie e congedi retribuiti, sospensione delle attività dei reparti aziendali non indispensabili, adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio, sanificazione costante degli ambienti di lavoro, limitazione degli spostamenti).

<sup>2</sup> Ciò sin dal D. L. 23 febbraio 2020, n. 6, che aveva disposto nelle sole “zone rosse” la sospensione di tutte le attività lavorative non essenziali e non esercitabili attraverso modalità da remoto. Cfr. C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. Bonardi, U. Carabelli, M. D’Onghia, L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, CGIL Instant Book, EDIESSE, Roma 2020, p. 151; C. Carchio, *Gli ammortizzatori sociali alla prova dell’emergenza Covid-19: un’ennesima conferma*, in *Lav. giur.*, 5, 2020, p. 454; V. Fili, *Diritto del lavoro dell’emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova “questione sociale”*, in *Lav. giur.*, 4, 2020, p. 334.

<sup>3</sup> Cfr. art. 1, comma 1, lett. a), D.P.C.M. 8 marzo 2020, sebbene limitatamente alle c.d. “zone rosse”.

<sup>4</sup> Il riferimento è all’art. 1, comma 2, lett. j), k), l), n) e o), D. L. 23 febbraio 2020, n. 6.

<sup>5</sup> Sul piano applicativo, inoltre, l’interpretazione era rimessa in un primo momento alle imprese stesse, che, ove «ritenessero di rientrare nel novero delle “deroghe” alla sospensione» (G. Natullo, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in O. Bonardi, U. Carabelli, M. D’Onghia, L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, cit., p. 62), potevano inviare una comunicazione al Prefetto, con una traslazione non sempre chiara tra i doveri derivanti dalla normativa emergenziale e quelli di cui alle disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro. Sul punto, è stato sostenuto che «la sospensione delle attività, in termini di sicurezza sul lavoro, non rientri tra le “misure di prevenzione” in senso stretto, come tali riconducibili alla specifica normativa di prevenzione (d. lgs. n. 81/2008), bensì alle più generali “precauzioni” di ordine pubblico-generale adottate per tutta la cittadinanza, la cui violazione comporta l’applicazione del relativo regime sanzionatorio (sanzioni amministrative)» (G. Natullo, *Covid-19*, cit., p. 63), sicché sarà da valutare in parallelo la responsabilità per violazione dell’art. 2087 c.c. ove occorra il contagio sul posto di lavoro (con tutte le complessità probatorie in merito).

<sup>6</sup> Così testualmente l’art. 1, comma 3, D. L. 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni dalla L. 22 maggio 2020, n. 35.



della persona costituzionalmente tutelati»<sup>7</sup> sembri qui dato per presupposto, una sorta di presunzione che non appare del tutto convincente.

2. La prima categoria di attività consentite dall'art. 1, comma 1, lett. i, D.P.C.M. 23 febbraio 2020 era strettamente connessa all'emergenza epidemiologica, in quanto relativa non solo all'erogazione delle prestazioni sanitarie<sup>8</sup>, bensì anche alla produzione di apparecchi sanitari e dispositivi di protezione individuale<sup>9</sup> essendo l'impegno del Governo finalizzato sia a contrastare la diffusione del virus sia a sostenere il SSN messo a dura prova dall'afflusso, senza precedenti, di malati da collocare in terapia intensiva. Se, dunque, l'incremento delle risorse stanziare a favore delle strutture pubbliche e private<sup>10</sup> ha rivestito una rilevanza centrale nelle disposizioni emanate, questo è da ricondurre non soltanto al carico di lavoro, senz'altro maggiore, ma anche alle misure adottate in merito alla sorveglianza sanitaria<sup>11</sup> ed al potenziamento dei protocolli di sicurezza sul lavoro, specialmente nello svolgimento di attività a più elevato rischio di contagio.

3. La seconda categoria di attività consentite a partire dall'emanazione del D.P.C.M. 23 febbraio 2020 comprendeva i servizi necessari ad assicurare alla popolazione il reperimento dei beni di prima necessità ed il soddisfacimento dei bisogni essenziali.

Tale approccio presenta delle criticità in quanto il concetto di "minimo vitale"<sup>12</sup> è intimamente correlato alla tutela della persona nella sua dimensione socioeconomica e,

---

<sup>7</sup> Art. 8, L. 12 giugno 1990, n. 146.

<sup>8</sup> In merito alle quali v. V. Filì, *Diritto del lavoro*, cit., p. 336 ss.

<sup>9</sup> V., ad es., il D.P.C.M. 10 aprile 2020, in base al quale «è sempre consentita l'attività di produzione, trasporto, commercializzazione e consegna di farmaci, tecnologia sanitaria e dispositivi medico-chirurgici nonché di prodotti agricoli e alimentari» (art. 2, comma 5).

<sup>10</sup> Si tratta di un aspetto ricorrente nel proliferare di provvedimenti emergenziali, che hanno disciplinato una molteplicità trasversale di ambiti, a partire dall'agevolazione delle procedure di acquisizione di beni e servizi per le Amministrazioni coinvolte, sino allo snellimento delle assunzioni del personale sanitario ed ausiliario. A titolo esemplificativo, v. soprattutto il D. L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla L. 29 aprile 2020, n. 27 e, da ultimo, gli artt. 1, comma 1; 2, comma 6; 4, D. L. 19 maggio 2020, n. 34.

<sup>11</sup> V. art. 1, comma 1, lett. d), D. L. 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni dalla L. 22 maggio 2020, n. 35.

<sup>12</sup> Il termine è qui mutuato dal D.P.C.M. 13 ottobre 2016, in materia di tariffa sociale del servizio idrico integrato, laddove è definito il quantitativo di acqua minimo necessario al soddisfacimento dei bisogni essenziali. Più in generale, il fondamento costituzionale del "minimo vitale" si rinviene nel combinato disposto degli artt. 36 e 38 Cost.: oltre alla sua immediata percepibilità nel binomio proporzione/sufficienza della retribuzione in ottica di tutela della dignità, è stato autorevolmente sostenuto che esso discenda dal criterio di "sufficienza" di cui all'art. 38, primo comma, Cost. (cfr. M. Cinelli, *L'«effettività» delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 1, 2016, p. 21; R. Pessi, *Tornando sul Welfare*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, 311, 2016, p. 4 s.). Contro la configurabilità nell'ordinamento italiano di uno «schema universale di "minimo vitale"» (N. Negri, C. Saraceno, *Le politiche contro la povertà in Italia*, Il Mulino, Bologna 1996, p. 12) si potrebbe obiettare che «il bisogno economico puro di per sé non dà titolo a una adeguata protezione, e ancora meno a una

dunque, soffre di una discreta elasticità in funzione delle oscillazioni del sistema di *welfare* e all'accesso alle misure assistenziali. Basti pensare al fatto che lo Stato ha assicurato l'apertura delle attività commerciali limitatamente alla vendita di generi alimentari, ma si è giustamente premurato di erogare sovvenzioni sotto forma di "buoni spesa" solo ai non abbienti. È un'ottica, questa, che prende le mosse proprio dall'impostazione del nostro sistema di sicurezza sociale e dei principi racchiusi nell'art. 38 Cost., ponendosi in primo piano la «necessità di intervenire per rimuovere o alleviare una situazione di sofferenza, di difficoltà economica, di emarginazione sociale o di minorazione fisica (ossia della c.d. *situazione di bisogno*)»<sup>13</sup>.

In questo senso, si possono senz'altro ricomprendere nei servizi necessari alla tutela della dignità della persona tutte quelle prestazioni di assistenza residenziale<sup>14</sup> che, di contro, sono spesso riconducibili a fenomeni di lavoro sommerso e, dunque, nella pratica sono state ostacolate dalla trasparenza richiesta dalla disciplina emergenziale<sup>15</sup>.

Al contempo, non si può prescindere da una catalogazione di tipo piramidale dei beni giuridici da tutelare, in quanto, inevitabilmente, pur volendo salvaguardare ogni diritto costituzionalmente protetto, nell'operare un bilanciamento può essere necessario comprimerne qualcuno. E, infatti, la necessità di acquistare beni di prima necessità, quali generi alimentari e medicinali, è stata ritenuta di importanza prioritaria, costituendo la prima deroga mai modificata – sia pur con alcune limitazioni, quali la possibilità di allontanarsi dal domicilio per un solo componente per nucleo familiare per volta – al divieto di spostamenti persino nelle "zone rosse", mentre, in modo speculare, è stata disposta sin dal principio dell'emergenza la sospensione delle manifestazioni pubbliche e delle attività sportive non individuali.

4. L'impostazione adottata dalle disposizioni anti-Covid ha avuto un impatto particolarmente forte per le situazioni di disagio sociale nelle quali, a fronte del dovere di "restare a casa", non poteva ritenersi sufficiente la promessa di sovvenzioni

---

protezione individuale» (Ivi, p. 57), scenario parzialmente mutato con l'introduzione del "reddito di cittadinanza" ad opera del D. L. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito con modificazioni dalla L. 28 marzo 2019, n. 26. Sul punto, anche in chiave prospettica dato il riferimento all'analoga misura del reddito minimo di inserimento, cfr. S. Giubboni, *L'incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione in Italia*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, 13, 2003, p. 14 ss.

<sup>13</sup> E. Caruso, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 5, 2017, p. 1117.

<sup>14</sup> In merito al «problema di *colf* e badanti», v. M. Miscione, *Il diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *Lav. giur.*, 4, 2020, p. 326 ss.

<sup>15</sup> Si tratta di una contrapposizione frutto di un sistema di tutele diametralmente opposte: da un lato, la salvaguardia della conservazione occupazionale, e, dall'altro, la corresponsione di un sussidio «che muove dalla negazione della condizione di lavoratore» (A. Maresca, *Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19*, in *federalismi.it*, 8, 2020, p. 6). Per i lavoratori che si trovano nella "zona grigia" tra l'una e l'altra condizione, si concretizza il rischio che il sistema non sia sufficiente a compensare le difficoltà dovute al blocco forzato delle attività.

economiche incerte per consistenza e tempistiche<sup>16</sup>.

La qualificazione dei servizi alla persona all'interno delle prestazioni di *welfare* garantite dai soggetti pubblici e privati, già di per sé complessa<sup>17</sup>, ha subito infatti una torsione negativa a causa della loro riduzione a seguito della bipartizione tra attività essenziali e non essenziali<sup>18</sup>, che non si è rivelata efficiente a causa delle problematiche interpretative.

Allo stesso tempo, al momento di specificare meglio le attività consentite per dipanare i dubbi, il legislatore ha optato per l'utilizzo dei codici ATECO<sup>19</sup>, non considerando la possibilità che un medesimo soggetto giuridico potesse svolgere attività rientranti sia nelle categorie consentite che in quelle non consentite, aggirando il divieto<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> «L'impressione che si ricava leggendo in trasversale la normativa emergenziale [...] è quella del varo da parte dello Stato di un assistenzialismo di massa» che si estrinseca in una serie di «misure assistenziali distribuite a pioggia» (D. Garofalo, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *Lav. giur.*, 5, 2020, p. 430) che, se da un lato hanno rappresentato «una emorragia di risorse», dall'altro si sono stagliate quali «terapie "salvavita" per le imprese, i lavoratori e, in generale, le famiglie» (V. Filì, *Diritto del lavoro*, cit., p. 333).

<sup>17</sup> Cfr. L. Colacino Cinnante, *Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Utet, Torino 1958, p. 749 ss.; U. De Siervo, *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Utet, Torino 1987, p. 447 ss.; E. Ferrari, *I servizi sociali*, Giuffrè, Milano 1986, p. 108 ss.; Id., *I servizi sociali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano 2003, p. 891 ss.; M. Ferrera, *L'analisi delle politiche sociali e del welfare state*, in M. Ferrera (a cura di), *Le politiche sociali*, Il Mulino, Bologna 2012, p. 16 ss.; M. Mazziotti Di Celso, *Assistenza (prof. cost.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Utet, Torino 1958, p. 749 ss.; A. Police, W. Giulietti, *Servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Servizi pubblici e appalti*, 4, 2004, p. 831 ss.; M. Steccanella, *La nozione di "beneficenza pubblica" nell'odierno quadro legislativo e giurisprudenziale*, in R. Gianolio, L. Guerzoni, G.P. Storchi (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, FrancoAngeli, Milano, 1979, p. 81 ss.

<sup>18</sup> In questo senso, si coglie un'oscillazione tra la funzione preventiva e compensativa dei servizi alla persona, in quanto le prestazioni previste dalla normativa anti-Covid sembrano in linea con un approccio di contrasto alla povertà basato sul sostegno economico più che su quello infrastrutturale. Se è naturale che la chiusura all'utenza degli uffici pubblici abbia comportato una giustificata riduzione delle interazioni tra popolazione ed istituzioni, allo stesso tempo sono state quasi ignorate le migliaia di invisibili che, privi di un'abitazione e dei requisiti per l'accesso alle prestazioni assistenziali, hanno dovuto affrontare la pandemia senza alcun sostegno se non quello prestato dai volontari, condividendo con questi ultimi il peso dell'emergenza: in altri termini, «ci si è preoccupati del rischio di contagio per chi è pagato per lavorare o per chi non lavorando ha percepito (o percepirà) i sussidi assistenziali del Governo Conte *bis*, al contempo inneggiando ipocritamente ai volontari che senza essere pagati né ricevendo sussidi, hanno svolto un ruolo fondamentale nell'emergenza, esponendosi al rischio di contagio (e spesso contraendo il virus)» (D. Garofalo, *La dottrina giuslavorista*, cit., p. 430).

<sup>19</sup> Cfr. V. Filì, *Diritto del lavoro*, cit., p. 334.

<sup>20</sup> Un aspetto specularmente abusivo è rappresentato dalla possibilità di «approfittare delle maglie larghe della normativa emergenziale, dando corso ad una sospensione dell'attività lavorativa pur in assenza di ragioni strettamente attinenti alla situazione emergenziale e al conseguente blocco delle attività produttive» (C. Carchio, *Gli ammortizzatori sociali*, cit., p. 461). Sulla figura dell'abuso nel diritto del lavoro, v. F. Stamerra, *Intento elusivo e licenziamento pretestuoso: quando la motivazione diventa frode*, in *Lav. giur.*, 2, 2018, p. 194 spec. nota 82 e, *ivi*, ulteriore bibliografia.

Da un punto di vista pratico, ciò ha portato a delle considerevoli difficoltà. Tra tutte, con riferimento al bene giuridico della “tutela giurisdizionale dei diritti”, si richiama l’attenzione sulle attività processuali, di fatto rinviate *sine die*, tranne che per una casistica circoscritta<sup>21</sup>, nonostante le possibilità offerte dal progresso tecnologico (apertamente osteggiate soprattutto dagli avvocati penalisti) da considerarsi, in condizioni straordinarie, quale l’unica risposta possibile per evitare la paralisi della giustizia che, di fatto, non solo si è verificata, ma protrarrà i propri strascichi almeno per tutto il prossimo anno giudiziario, a causa dello slittamento del calendario delle udienze - soprattutto nelle prime fasi della pandemia - che potevano essere celebrate regolarmente mediante trattazione scritta o con modalità di collegamento a distanza. Tutto ciò non tanto a detrimento delle categorie professionali coinvolte a vario titolo nella “pachidermica macchina della Giustizia”, in qualche modo ristorate per ritardi e disagi attraverso una variegata gamma di prestazioni, quanto piuttosto delle parti in causa, costrette ad attendere per anni l’esito dei processi in un sistema giudiziario già di per sé farraginoso, o addirittura impossibilitate ad adire il giudice competente a causa del blocco totale delle cancellerie, come accaduto per i giudici di pace, nei confronti dei quali non trova ancora applicazione una riforma avviata ormai quasi un decennio fa<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Si tratta dei casi espressamente elencati nell’art. 83, comma 3, D. L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27. Cfr. L.M. Dentici, *La giustizia del lavoro “ripensata” nella stagione dell’emergenza e il ruolo della tutela cautelare*, in A. Pileggi, *Il Diritto del Lavoro dell’emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, 2020, p. 195; S. Galleano, *I provvedimenti concernenti la sospensione dei termini e delle attività processuali e lo svolgimento dei procedimenti urgenti nel D. L. n. 18/2020*, in A. Pileggi, *Il Diritto del Lavoro*, cit., p. 205 ss.

<sup>22</sup> V. soprattutto il D. L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221.

Valeria Castelli

## IL CONCORDATO SEMPLIFICATO: PARACADUTE DELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA\*

### ABSTRACT

Le mutate esigenze del mercato all'indomani dell'evento pandemico e la consapevolezza della transitorietà delle soluzioni adottate sino ad ora, specie in ambito concorsuale, hanno spinto il legislatore nazionale ad intervenire con una nuova riforma in materia.

Il presente scritto si pone l'obiettivo di mettere in luce alcune delle caratteristiche salienti dei due Istituti di nuova concezione caratterizzanti la miniriforma del 2021.

The changing needs of the market in the post-pandemic period and the awareness of the temporary nature of the solutions adopted so far, especially in the field of insolvency, have driven the national legislator to intervene with a new reform on the topic.

The aim of this paper is to highlight some of the salient features of the two newly conceived Institutes characterizing the 2021 mini-reform.

### PAROLE CHIAVE

Riforma - Composizione negoziata – Concordato semplificato.

Reform - Negotiated settlement - Simplified bankruptcy agreement

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La composizione negoziata: uno sguardo d'insieme. – 3. Il piano B: il concordato semplificato. – 4. Conclusioni.

1. È indubbio che l'emergenza pandemica determinata dalla diffusione del virus Covid-19 abbia messo a dura prova l'economia mondiale, già segnata dagli effetti delle molteplici crisi post 2007.

Con l'intento di risalire la china, da marzo 2020 il legislatore nazionale ha profuso innumerevoli sforzi nella predisposizione di strumenti straordinari *ad hoc*, emanando «un'alluvionale legislazione dell'emergenza»<sup>1</sup> al fine di scongiurare l'incombente spirale d'insolvenze che stava per inghiottire l'economia italiana. A ciò s'aggiunga che l'evento pandemico è accorso in una fase cruciale per il sistema fallimentare, poco

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per peer review.

<sup>1</sup> Così G. Dell'Atti, *Il criterio di ragionevolezza nella legislazione emergenziale in materia di riunioni assembleari come viatico per il riconoscimento reciproco: primi spunti di riflessione*, 30 giugno 2020, Quaderni del Dipartimento Jonico, n.13, edizioni DJSGE, p.99.

prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza (CCII). Le regole originariamente emanate mal s'attagliavano con la situazione emergenziale in corso, specie con riferimento agli istituti di allerta e composizione assistita della crisi; sicché si è dovuto procedere attraverso la predisposizione di una serie di deroghe, di natura per lo più transitoria<sup>2</sup>. Consicco del carattere interinale di queste prime soluzioni, il legislatore ha poi ritenuto opportuno intervenire con un decreto<sup>3</sup> che, forte della consapevolezza circa le mutate esigenze del mercato, ha mirato a riformare per molti versi la materia concorsuale, oltre a prorogare nuovamente l'entrata in vigore del CCII, specie in considerazione della necessità di strumenti di risanamento snelli, in grado di individuare soluzioni adattive e finalizzate a tutelare, ove possibile, il valore aziendale.

Detto intervento legislativo si basa su due nuovi istituti: il primo, di natura para-concorsuale, è rappresentato dalla «composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa» mentre l'altro – pur riprendendo la locuzione “concordato” – si distacca ampiamente dalla procedura di concordato preventivo “ordinaria”, traducendosi in una «*procedura a costo zero, senza voto (salva opposizione all'omologa), spendibile proprio quando la negoziazione naufraga*»<sup>4</sup>.

2. La composizione negoziata, nuovo strumento a base prettamente volontaristica e degiurisdizionalizzata, è rivolta all'imprenditore – commerciale e agricolo<sup>5</sup> – che versi in uno stato di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, ove sia ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa<sup>6</sup>.

Ferma la volontarietà che contraddistingue l'accesso alla procedura, l'imprenditore dovrà tener conto del parere dell'esperto chiamato a «*valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento*»<sup>7</sup>, presumendo che tale risanamento costituisca, per i creditori, la migliore alternativa rispetto alla gestione della crisi in sede concorsuale<sup>8</sup>. Relativamente a detto profilo, è necessario che le prospettive di

---

<sup>2</sup> L. Panzani, *La disciplina dell'insolvenza durante la pandemia da Covid-19. Spunti di diritto comparato, con qualche riflessione sulla possibile evoluzione della normativa italiana*, 27 aprile 2020, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>3</sup> D.L. del 24 agosto 2021, n. 118 recante *Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia*, c.d. “D.L. Pagni” reperibile su [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>4</sup> Così S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, 28 settembre 2021, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it).

<sup>5</sup> A tal proposito si rileva che, leggendo il dettato normativo di cui all'art. 2, c. 1, d.l. 118/2021 non sono stati previsti limiti dimensionali per l'accesso alla composizione negoziata, la quale apre la possibilità di risanamento a qualsiasi realtà imprenditoriale regolarmente iscritta nel registro delle imprese; parrebbero escluse le sole società di fatto e quelle irregolari, mentre invece sono comprese le società agricole.

<sup>6</sup> Tale Istituto è stato introdotto all'indomani dell'entrata in vigore del D.L. 118/2021 convertito con la l. n. 147/2021 pubblicata sulla G.U. serie generale n. 254 del 23/10/2021.

<sup>7</sup> Art. 5, c.5, d.l. 118/2021.

<sup>8</sup> R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, 8 settembre 2021, in [www.ilcaso.it/Ristrutturazioni aziendali](http://www.ilcaso.it/Ristrutturazioni%20aziendali).

risanamento godano di una certa concretezza, non riducendosi «a una mera aspettativa, né a una teorica possibilità»<sup>9</sup>.

La situazione di squilibrio alla quale fa riferimento il percorso di composizione negoziata ricomprende – nel proprio alveo – tanto situazioni di crisi e di insolvenza, quanto situazioni di precrisi (c.d. *Twilight zone*<sup>10</sup>), ricalcando per molti versi la nozione di difficoltà giuridica dell'ordinamento transalpino<sup>11</sup>. L'intento alla base del nuovo Istituto è quello di individuare un *iter* più rapido e snello, in grado di evitare alle imprese in difficoltà nella fase post-pandemica di vedere disperdere il proprio valore aziendale, qualora fosse ravvisabile la possibilità di un ritorno *in bonis*. Pertanto, al fine di incentivare il percorso di composizione delineato, il legislatore del 2021 ha previsto una serie di misure premiali<sup>12</sup> per l'imprenditore, che si innescano a seguito dell'istanza di nomina e della successiva accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, nonché misure protettive<sup>13</sup> del patrimonio (delle quali è possibile beneficiare laddove si rinunci alla riservatezza<sup>14</sup> garantita dalla composizione negoziata).

Come disposto dall'art. 9 del d.l. 118/2021, l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, non operando lo spossessamento, caratteristico delle procedure concorsuali *stricto sensu*<sup>15</sup>. Allo stesso tempo, la norma precisa che l'esperto facilitatore gode della facoltà di esprimere il proprio dissenso rispetto agli atti di straordinaria amministrazione ovvero ai pagamenti non in linea con le trattative o le prospettive di risanamento aziendale. Un'efficace rete di sicurezza è in tal caso rappresentata dalla previsione di cui al 4° comma dell'articolo in esame, ove è stabilito

---

<sup>9</sup> Così S. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, 23 agosto 2021, p.10, consultabile su [www.ilcaso.it/Ristrutturazioni\\_aziendali](http://www.ilcaso.it/Ristrutturazioni_aziendali).

<sup>10</sup> Si rimanda all'intervento di S. Leuzzi, *Una rapida lettura dello schema di D.L. recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, il quale definisce la *Twilight zone* «quale fase economico-temporale della vita dell'impresa che precede la crisi vera e propria», 5 agosto 2021, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it).

<sup>11</sup> S. Leuzzi, *L'allerta riformata: un percorso di buon senso, con possibili correzioni*, su *Italia Oggi*, a cura di M. Polillo, serie speciale n. 10, anno 31, 25 ottobre 2021, p.83.

<sup>12</sup> art. 14 d.l. 118/2021.

<sup>13</sup> Si vedano artt. 6 e 7 d.l. 118/2021.

<sup>14</sup> Si rimanda al 1° comma dell'art 6 d.l. 118/2021 ove è disposto che «L'istanza di applicazione delle misure protettive è pubblicata nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto»;

<sup>15</sup> sul tema I. Pagni e M. Fabiani, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, spiegano come «Il percorso di composizione negoziata non è, né per conformazione normativa né per espressa volontà legislativa, una procedura concorsuale. È soltanto (ma l'avverbio non vuol avere un significato limitativo) un luogo dove si dipana lo svolgimento di trattative alla presenza di un terzo che non assiste l'imprenditore - non è un attestatore, né si sostituisce alle parti e ai suoi professionisti nell'esercizio dell'autonomia privata - ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi. Un terzo che coadiuva le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna... La composizione negoziata non è dunque essa stessa una forma di soluzione della crisi, ma è piuttosto un percorso nel quale l'imprenditore entra volontariamente o per spinta 'gentile' (quella dell'organo di controllo prevista nell'art. 15 [20] ) per avviare una interlocuzione con i creditori e con tutti coloro che sono coinvolti o destinatari degli effetti della crisi.», 2 novembre 2021, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it).

che il dissenso dell'esperto gode del regime pubblicitario dell'iscrizione nel registro delle imprese, sì da garantire una tutela dei creditori<sup>16</sup>.

All'imprenditore che acceda alla composizione negoziata è richiesto di adottare una gestione che, non limitandosi ad una condotta meramente conservativa, miri alla continuità aziendale senza cagionare alcun pregiudizio ai diritti della compagine creditoria e ferma restando la responsabilità patrimoniale nei confronti di quest'ultima<sup>17</sup>.

Chiariti quali sono gli interventi ad impedire che l'imprenditore, conservando la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, ponga impunemente in essere atti lesivi dei diritti della compagine creditoria, si rende necessario esaminare la fase attuativa dell'istituto negoziale in esame.

Successivamente all'accertamento preliminare, vengono avviate le trattative tra le parti, con durata di centottanta giorni, prorogabili di altri centottanta. Il legislatore, pur prevedendo piena libertà per gli attori coinvolti, impone che gli stessi durante le suddette trattative operino nel rispetto del principio di correttezza e buona fede. I possibili esiti della negoziazione, dunque, sono essenzialmente tre, ossia: I) esito positivo, che comporta la definizione di un'intesa tra le parti: in questo primo caso, le opzioni contemplate dalla norma tese a formalizzare detta intesa sono la stipula di un contratto, il cui contenuto non viene specificato, ma che risulti idoneo a garantire la continuità aziendale per un lasso di tempo quantomeno pari ad un biennio, oppure la conclusione di una convenzione in moratoria atipica<sup>18</sup>, ovvero la sottoscrizione di un accordo esecutivo di un piano attestato di risanamento *ex art 67 terzo comma, lettera d)*, l.f. senza la necessità dell'attestazione prevista dalla norma suddetta; II) secondo possibile esito della negoziazione riguarda l'ipotesi in cui l'imprenditore, non addivenendo ad una soluzione concordata come nel primo caso, richieda l'omologazione di un accordo di ristrutturazione del debito in una delle diverse, e parzialmente nuove, declinazioni previste dalla legge<sup>19</sup>; III) infine, qualora le trattative non abbiano avuto esito positivo e le soluzioni *ex art 11, commi 1 e 2* non siano adottabili, l'imprenditore ha la possibilità, tra le altre cose, di presentare, entro sessanta giorni dalla comunicazione della relazione finale dell'esperto *ex art. 5, comma 8*, una proposta di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

---

<sup>16</sup> Di converso, qualora l'imprenditore scegliesse di non beneficiare delle misure protettive, viene meno il regime pubblicitario di cui sopra ed altresì l'intervento dell'organo giudiziario, se non nelle ipotesi di cui all'art 10 del decreto in oggetto. Cfr. I. Pagni e M. Fabiani, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata*, op.cit.

<sup>17</sup> Si rimanda al 4° comma dell'art 12 d.l. 118/2021.

<sup>18</sup> Tale moratoria non afferisce al noto istituto *ex art. 182-septies* l.f., ma è stata introdotta dal d.l. 118/2021 all' art. 182-*octies* l.f., la cui *ratio* ricalca le previsioni *ex art. 62 CCII* previste in materia di convenzione in moratoria.

<sup>19</sup> L'art 11, comma 2, d.l. 118/2021 dispone che *«L'imprenditore può, all'esito delle trattative, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 182 -bis, 182 -septies e 182 -novies del regio decreto n. 267 del 1942»*.



3. Ciò detto, preme analizzare quali siano i presupposti e le caratteristiche salienti del nuovo concordato semplificato. Partendo dall'assunto che la condizione propedeutica all'accesso al concordato semplificato sia l'esito negativo delle trattative oggetto della composizione negoziata, potendo quest'ultima essere assimilata ad «una sorta di concordato con riserva (seppur spogliato del regime concorsuale ed estranea al circuito giudiziale)»<sup>20</sup>, il presupposto soggettivo dell'istituto in oggetto è il medesimo della composizione negoziata. Il presupposto oggettivo, invece, è dato dalla sussistenza di uno stato di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario reversibile, la cui sanabilità deve essere valutata dall'esperto facilitatore in sede di negoziazione<sup>21</sup>.

La proposta di concordato formulata dall'imprenditore non è finalizzata all'ammissione alla procedura, ma *omisso medio* all'omologazione, bypassando la fase della votazione dei creditori<sup>22</sup>. Non è altresì contemplata la possibilità, in seno al concordato semplificato, di avanzare proposte, ovvero offerte concorrenti, venendo meno così il principio di contendibilità dell'impresa in crisi<sup>23</sup> introdotto dalla riforma del 2015<sup>24</sup>. Come contraltare alla mancanza del voto dei creditori, l'art. 18 dispone che «i creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata». Ulteriore elemento da tenere in considerazione è la mancata nomina del commissario giudiziale, sostituito dalla figura dell'ausiliario<sup>25</sup>, i cui compiti, ridimensionati rispetto alle mansioni tipiche del commissario giudiziale, impongono comunque la vigilanza

---

<sup>20</sup> Così, A. Pezzano e M. Ratti, *Il concordato preventivo semplificato: luci all'orizzonte*, su Italia Oggi, a cura di M. Polillo, serie speciale n. 10, anno 31, 25 ottobre 2021, p.253.

<sup>21</sup> Si rimanda all'art 5, comma 5, d.l. 118/2021 il qual prescrive che «L'esperto, accettato l'incarico, convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento...Se ritiene che le prospettive di risanamento sono concrete l'esperto incontra le altre parti interessate al processo di risanamento e prospetta le possibili strategie di intervento... Se non ravvisa concrete prospettive di risanamento...dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata».

<sup>22</sup> Così S. Ambrosini, *Il concordato semplificato: primi appunti*, il quale precisa inoltre che tale assenza «non rappresenta una novità assoluta per il nostro ordinamento: basti pensare al piano del consumatore o al concordato nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa)», 23 settembre 2021, consultabile su [www.ilcaso.it/Ristrutturazioni\\_aziendali](http://www.ilcaso.it/Ristrutturazioni_aziendali).

<sup>23</sup> Si rimanda a S. Ambrosini, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, che sul tema della contendibilità dell'impresa in crisi scrive «strumento "principe" individuato a tal fine dal legislatore del 2015 è quello della contendibilità dell'impresa in crisi, come si evince plasticamente dalla disciplina delle offerte e delle proposte concorrenti, le cui finalità - si legge nella Relazione illustrativa al disegno di legge presentato alla Camera dei deputati il 27 giugno 2015 - "sono quelle di massimizzare la recovery dei creditori concordatari e di mettere a disposizione dei creditori concordatari una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore".», 30 novembre 2015, articolo 463, consultabile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>24</sup> D.l. del 27 Giugno 2015, n. 83 recante *Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*, poi convertito con modificazioni dalla Legge 6 Agosto 2015, n. 132.

<sup>25</sup> All' art. 18, comma 3, d.l. 118/2021 si legge «Il tribunale... nomina un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile...All'ausiliario si applicano le disposizioni di cui agli articoli 35, comma 4 -bis , e 35.1 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; si osservano altresì le disposizioni di cui all'articolo 35.2 del predetto decreto».

sull'operato del debitore, onde scorgere eventuali accadimenti rilevanti ai sensi dell'art. 173 l.f.

Il tribunale, verificata la regolarità del contraddittorio tra le parti e del procedimento, il rispetto dell'ordine delle cause di legittima prelazione, nonché l'attuabilità (o sostenibilità) del piano di liquidazione, accertato altresì che l'opzione concordataria in oggetto non sia pregiudizievole per i creditori rapportata all'alternativa fallimentare<sup>26</sup>, provvede con decreto motivato, immediatamente esecutivo, ad omologare il piano. Tuttavia, l'omesso richiamo nel nuovo dettato normativo del settimo comma dell'art 180 l.f., non permette di escludere aprioristicamente che il tribunale, respingendo la proposta, una volta appurati i presupposti *ex art 1 e 5 l.f.*, non dichiarare con opportuna sentenza l'apertura di una procedura di fallimento<sup>27</sup>.

Al concordato omologato, saranno applicate, poiché compatibili, le regole della legge fallimentare in materia di effetti dell'omologazione sui creditori, di esecuzione, risoluzione ed annullamento del concordato preventivo, quelle relative alla revoca dell'ammissione al concordato e successiva dichiarazione del fallimento, nonché il precetto penale in tema di bancarotta<sup>28</sup>. Con il decreto di omologa, il tribunale, oltre a nominare il liquidatore<sup>29</sup>, nomina anche il comitato dei creditori, aprendosi così la fase esecutiva della procedura in oggetto<sup>30</sup>.

4. L'interrogativo che sorge dopo una prima lettura del c.d. *D.L. Pagni*, con particolare riferimento all'istituto del concordato semplificato, è se detto nuovo strumento debba essere letto come integrativo della già esistente fattispecie del concordato preventivo, ovvero sia una procedura concorsuale a sé<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Sul tema, G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, il quale afferma che «la semplice mancanza di un "pregiudizio" per i creditori è concetto più ristretto di quello della convenienza. La ricerca della convenienza richiede, infatti, il riscontro in positivo di un vantaggio per i creditori rispetto allo scenario alternativo del fallimento, nel mentre per la mancanza di pregiudizio è sufficiente l'accertamento dell'assenza di un danno rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e, quindi, che i creditori ricevano un trattamento economico almeno pari a quello che loro ricaverebbero dalle altre soluzioni alternative... la valutazione di convenienza deve incentrarsi solo ed esclusivamente sul raffronto tra il presumibile ricavo realizzabile nel concordato in attuazione del piano di liquidazione (sia che questo preveda la vendita del complesso aziendale che analitica dei singoli beni), con quella omologa eventualmente realizzabile nel fallimento, oltre a tener conto delle altre eventuali entrate (ad es. da revocatoria) o risparmi (ad es. per minori spese) che l'una o l'altra procedura possono consentire. », 9 novembre 2021, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it).

<sup>27</sup> G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021*, op. cit.

<sup>28</sup> Art. 18, comma 8, d.l. 118/2021 «Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 173, 184, 185, 186 e 236 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267».

<sup>29</sup> A tal proposito, si rileva che, ai sensi dell'art 182, comma 1, l.f., nell'ipotesi di concordato liquidatorio con cessione di beni, l'indicazione della persona del liquidatore proveniente dal debitore proponente e, se rispettati i requisiti di professionalità e di indipendenza prescritti dall'ordinamento, ha portata di designazione vincolante. Così Cass. civ., 29 luglio 2021, n. 21815.

<sup>30</sup> Le cui regole sono dettate dall'art 19 d.l. 118/2021.

<sup>31</sup> S. Ambrosini, *Il concordato semplificato: primi appunti*, op.cit.

Ebbene, se da un lato il concordato semplificato può configurarsi come una procedura concorsuale in ragione del ruolo svolto dal Tribunale, così come del rispetto del principio della *par condicio creditorum* e dell'imprescindibilità della fase omologativa del piano, allo stesso modo vi è una serie di fattori strutturali pensati dal legislatore della riforma in un'ottica di celerità e risparmio tanto in materia di compensi del professionista, quanto di spese della procedura stessa, che fanno propendere per la seconda opzione<sup>32</sup>. Si fa specifico riferimento alla mancata sottoposizione della proposta al vaglio del ceto creditorio e alla conseguente assenza di contendibilità dell'impresa in crisi, all'eliminazione della percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari (ritenendo bastevole la condizione per cui la proposta non arrechi danno agli stessi rispetto all'alternativa fallimentare) ed ancora, alla nomina dell'ausiliario che, diversamente da quanto previsto nel concordato ordinario per il commissario giudiziale, non è chiamato a verificare la veridicità dei dati contabili né a fornire un giudizio di fattibilità o ad esprimersi sulle cause della crisi, come invece è previsto dall'art 172 l.f. Si aggiunga peraltro che, a detto Istituto, non si può accedere direttamente quale soluzione ad una condizione di squilibrio, essendo stato ideato come *extrema ratio* allorché le trattative oggetto della composizione negoziata abbiano avuto esito negativo. Alla luce di queste considerazioni è possibile ritenere che il concordato semplificato sia una procedura concorsuale, tuttavia autonoma rispetto agli istituti già noti disciplinati dal Regio Decreto n. 267 del 1942. Quanto all'efficienza di tale nuovo Istituto, così come per la composizione negoziata, probabilmente la si potrà apprezzare solo con il tempo<sup>33</sup>, pur essendo implicito che alle parti coinvolte sia richiesto uno sforzo in termini tanto di correttezza quanto di competenza<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Si rimanda S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118*, op. cit.

<sup>34</sup> Così A. Pezzano e M. Ratti, *Il concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa)*, 19 ottobre 2021, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it).



Danila Certosino

PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE E DIRITTO AL COLLOQUIO  
CON I GARANTI DEI DETENUTI, I PARLAMENTARI  
E ALTRE AUTORITÀ\*

ABSTRACT

Fra la platea di soggetti con cui la persona *in vinculis* ha diritto ad avere colloqui e instaurare altre forme di corrispondenza assumono posizione di riguardo i “garanti dei diritti dei detenuti”, includendo sia il Garante nazionale che i garanti territoriali, ai quali è attribuita una funzione di garanzia e tutela dei diritti fondamentali dei soggetti ristretti in ambito carcerario.

Inoltre, è riconosciuto un particolare “diritto di visita” a specifiche Autorità in considerazione dell’elevatezza delle cariche istituzionali o dei poteri gerarchici o di vigilanza ad esse spettanti, rientrando nell’ambito delle attività volte a garantire la partecipazione della comunità esterna all’azione rieducativa.

Among the audience of subjects with whom the person *in vinculis* has the right to have interviews and establish other forms of correspondence, the “guarantors of the rights of prisoners” take a position of respect, including both the national Guarantor and territorial guarantors, who are attributed a function of guarantee and protection of the fundamental rights of restricted subjects in the prison environment.

In addition, a particular “right of access” to specific Authorities is recognized in consideration of the high level of institutional offices or the hierarchical or supervisory powers to which they are entitled, falling within the scope of activities aimed at ensuring the participation of the external community in the re-educational action.

PAROLE CHIAVE

Garanti – alte cariche istituzionali – colloquio

Guarantors – high institutional offices –interview

SOMMARIO: 1. I colloqui con i Garanti dei detenuti. – 2. (*Segue*): le nuove prerogative dei Garanti dopo la riforma penitenziaria del 2018. – 3. Il diritto al colloquio dei detenuti *ex art. 41-bis* ord. pen. con i Garanti territoriali. – 4. La peculiare disciplina del colloquio con i Parlamentari e altre autorità istituzionali.

1. Per effetto della modifica apportata dall’art. 12-*bis*, comma 1, lett. a), d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, conv. dalla l. 27 febbraio 2009, n. 14 recante *Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti*, tra i soggetti con

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

i quali il detenuto ha diritto ad avere colloqui e corrispondenza vi è anche il Garante dei diritti dei detenuti.

A livello nazionale, si tratta di un organo di recente istituzione<sup>1</sup>, disciplinato dall'art. 7, d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con mod. nella l. 21 febbraio 2014, n. 10 recante *Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*, mentre a livello regionale, provinciale e comunale risultava già operativo in quei territori che avevano provveduto alla relativa istituzione per lo svolgimento di molteplici funzioni che si ricollegano alla tutela dei diritti delle persone private della libertà personale<sup>2</sup>.

L'istituzione del Garante Nazionale rappresenta da un lato, la risposta alle criticità evidenziate dalla Corte EDU con la sentenza Torreggiani dell'8 gennaio 2013 circa la necessità di efficaci strumenti di tutela dei diritti delle persone private della libertà personale<sup>3</sup>; dall'altro, l'istituzione di un sistema interno e indipendente di monitoraggio sui luoghi di privazione della libertà personale, realizzato in ottemperanza alla ratifica del *Protocollo Opzionale alla Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (OPCAT)*, il cui art. 3 prevede che ciascuno Stato Parte deve istituire, nominare e mantenere operativo a livello nazionale «uno o più organismi con poteri di visita per la prevenzione della tortura e delle altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti»<sup>4</sup>.

In particolare, il necessario contatto tra i garanti e le persone *in vinculis* discende dagli artt. 19 e 20 del suindicato Protocollo, il cui contenuto, oltre che nell'art. 7 del

---

<sup>1</sup> Sulla figura del “Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale” cfr., M. Ceresa Gastaldo, *Una authority di cartapesta per i diritti dei detenuti*, in *Leg. pen.*, 4, 2014, p. 413 ss.; A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n.32/2014*, Giappichelli, Torino 2014, p. 155 ss.; A. Diddi, *La verifica ab externo: il garante nazionale dei diritti delle persone in vinculis*, in A. Diddi, R.M. Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Giappichelli, Torino 2015, p. 169 ss.; G. Di Rosa, *Il garante dei diritti dei detenuti e dei soggetti privati della libertà personale*, in C. Conti, A. Marandola, G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Padova 2014, p. 127 ss.; M. Gemelli, *Il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà*, in *Giust. pen.*, 2007, II, c. 541 ss.; L. Scomparin, *Il garante nazionale*, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Giappichelli, Torino 2015, p. 283 ss.

<sup>2</sup> Cfr. R. Fonti, *sub art. 18 ord. pen.*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer Ipsoa, Milano 2017, t. III, p. 2232.

<sup>3</sup> A commento della sentenza, v. G. Della Morte, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 147 ss.; M. Dova, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 948 ss.; G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.; A. Tamiotti, M. Fiori, F. De Santis Di Nicola, D. Ranalli, V. Ledri, *Note a margine della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Torreggiani e altri*, in *Rass. pen. crim.*, 1, 2013, p. 49 ss.; F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 9 gennaio 2013.

<sup>4</sup> Cfr., al riguardo, la circ. Dap del 18 maggio 2016, n. 3671/6121 sulla *Istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*.

d.l. n. 146/2013, è stato ripreso nell'art. 3 del codice di autoregolamentazione del Garante adottato il 31 maggio 2016<sup>5</sup>.

Nell'intenzione del legislatore nazionale, la figura del Garante delle persone ristrette è apparsa necessaria soprattutto in considerazione delle «smagliature sempre più dilatate visibili sul tessuto dell'amministrazione penitenziaria»<sup>6</sup> nonché, per il vuoto, quanto a tutela, determinato «dalla attrazione della magistratura di sorveglianza nell'ambito della giurisdizione sull'esecuzione», con la conseguenza della connotazione del magistrato in termini di giudice terzo e imparziale, non più “vicino” ai soggetti detenuti<sup>7</sup>.

La figura del Garante è presente in 23 Stati dell'Unione Europea, sebbene con procedure di nomina e funzioni non sempre coincidenti.

Il nostro – ispirato al modello dell'*ombudsman*– è organo collegiale, composto da tre membri, con durata quinquennale non prorogabile, nominato con decreto del Presidente della Repubblica e istituito presso il Ministero della giustizia, con connotazione di autonomia e terzietà, sebbene la nomina politica e la allocazione presso il Ministero della giustizia sono elementi che oggettivamente indeboliscono (quantomeno l'immagine di) imparzialità e indipendenza<sup>8</sup>.

Il Garante viene scelto tra persone che non sono dipendenti della pubblica amministrazione, in possesso di specifiche competenze nelle materie inerenti alla tutela dei diritti umani<sup>9</sup>.

Al Garante nazionale è affidato, innanzitutto, il compito di promuovere e favorire rapporti di collaborazioni con i garanti territoriali (ovvero «con altre figure istituzionali comunque denominate») già istituiti. Ad esso spetta, inoltre, il compito di vigilare affinché l'esecuzione di qualsiasi forma di limitazione della libertà personale sia attuata in conformità alle norme e ai principi della Costituzione, delle Convenzioni internazionali sui diritti umani, delle leggi e dei regolamenti (art. 7, comma 5, lett. a d.l. 146/2013), e di verificare il rispetto degli adempimenti previsti dalla normativa in

---

<sup>5</sup> Cfr., al riguardo, L. Cesaris, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 2, 2018, p. 207; C. Fiorio, *Carcere: la riforma dimezzata*, in *Proc. pen. giust.*, 3, 2019, p. 767.

Merita evidenziare che il compito da parte del Garante nazionale di svolgere colloqui riservati con soggetti privati della libertà personale è stato nuovamente ribadito nell'ambito dell'art. 3 del nuovo codice di autoregolamentazione approvato con delibera del 31 marzo 2021.

Inoltre si segnala che il 10 febbraio 2022 è stato siglato il nuovo Protocollo d'intesa tra il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale e il Consiglio nazionale forense, finalizzato a programmare azioni congiunte per tutelare la dignità dell'essere umano e garantire il principio rieducativo e riabilitativo della pena.

<sup>6</sup> D. Chinnici, *“Appunti” sul Garante dei diritti delle persone in vinculis. “Disappunti”...quando la funzione non è una “pura formalità”*, in *Arch. pen.*, 3, 2014, p. 3.

<sup>7</sup> F. Fiorentin, *Al debutto il Garante dei diritti dei detenuti*, in *Guida dir.*, dossier/2, 2009, p. 110.

<sup>8</sup> Per questi rilievi, v. F. Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 46)*, Giuffrè, Milano 2014, p. 81.

<sup>9</sup> Cfr. G. Di Rosa, *Il garante dei diritti dei detenuti e dei soggetti privati della libertà personale*, cit., p. 131.

materia di Centri di permanenza per i rimpatri (prima denominati Centri di identificazione e espulsione<sup>10</sup>).

Per assicurare l'«effettività della funzione di garanzia delle persone a qualunque titolo ristrette»<sup>11</sup>, il Garante dispone di rilevanti poteri conoscitivi, ovvero: il diritto di visitare, senza necessità di autorizzazione, gli istituti penitenziari<sup>12</sup>, le comunità e «qualunque altro locale adibito o comunque funzionale alle esigenze restrittive» (art. 7, comma 5, lett. b d.l. 146/2013); di prendere visione dei fascicoli riguardanti le persone ristrette, purché vi sia il consenso del soggetto (art. 7, comma 5, lett. c d.l. 146/2013); di richiedere le informazioni e i documenti in possesso delle amministrazioni responsabili delle strutture, anche facendo ricorso a un ordine di esibizione emesso dal magistrato di sorveglianza competente, nonché di verificare il rispetto degli adempimenti connessi ai diritti previsti dalla legge in materia di centri di identificazione ed espulsione, «accedendo senza restrizione alcuna in qualunque locale». Nella stessa ottica si sono riconosciuti al Garante poteri prescrittivi, potendo formulare «specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata», qualora accerti violazioni dell'ordinamento ovvero ritenga fondate le istanze e i reclami proposti ai sensi dell'art. 35 ord. pen., a fronte delle quali l'amministrazione può comunque opporre diniego, dovendo, tuttavia, motivarne il dissenso entro trenta giorni.

Dell'attività svolta, infine, l'organismo deve informare i Presidenti del Senato e della Camera dei Deputati, nonché i Ministri dell'interno e della giustizia con una relazione annuale (art. 7, comma 5, lett. g d.l. 146/2013).

Nella precedente formulazione – antecedente alla riforma penitenziaria del 2018<sup>13</sup> –, il riferimento al garante era inserito nel primo comma dell'art. 18 ord. pen., accanto ai congiunti e alle terze persone, distinguendolo, in tal modo, sia dai familiari sia dalle “altre persone”.

Sin dall'inizio molte sono state le resistenze nei confronti di questo organo da parte dell'amministrazione penitenziaria, con particolare riferimento all'istituto dei colloqui; l'inserimento dei garanti nell'ambito dell'art. 18 ord. pen. era stato, infatti, interpretato nel senso che l'ingresso dei garanti locali fosse consentito solamente a quelli istituiti da organi pubblici con atti normativi e solo presso gli istituti ricadenti nell'ambito

---

<sup>10</sup> La modifica della denominazione è avvenuta ad opera dell'art. 19, comma 1, d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, recante *Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*, conv. con modif. dalla l. 13 aprile 2017, 46.

<sup>11</sup> D. Chinnici, “*Appunti*” sul Garante dei diritti delle persone in vinculis. “*Disappunti*” ...quando la funzione non è una “pura formalità”, cit., p. 2.

<sup>12</sup> V., *infra*, § 4.

<sup>13</sup> Per le modifiche operate dall'art. 11, comma 1, lett. g) d.lgs. n. 123/2018 in tema di colloqui fra i garanti e i detenuti, v., *infra*, § 2.

In generale, per un'analisi sul diritto al colloquio del soggetto in stato di privazione della libertà personale, sia consentito rinviare a D. Certosino, *Persona in vinculis e diritto al colloquio*, Cacucci, Bari, 2020.



territoriale di cui è espressione l'ente che lo ha costituito. Inoltre, si riteneva che i colloqui con i garanti si dovessero effettuare negli appositi locali utilizzati per gli incontri con i familiari e con le limitazioni di durata, numero massimo e, addirittura, di opportunità stabiliti per le c.d. terze persone dal regolamento di esecuzione<sup>14</sup>.

Al riguardo, appare evidente che, pur non essendo espressamente previsto, in considerazione delle funzioni di garanzia attribuite a tale organo, devono considerarsi diverse le finalità dei colloqui svolti con i familiari e con i garanti, tanto che la stessa Amministrazione penitenziaria ha, poi, sottolineato che i colloqui con i garanti non devono essere computati ai fini del raggiungimento dei limiti numerici previsti dall'art. 37, comma 8, reg. esec. ord. pen., ovvero nel numero dei colloqui che i detenuti possono intrattenere con i familiari (circ. Dap 8 novembre 2013, n. 3651-6101). In caso contrario, si verificherebbe la violazione di diverse disposizioni costituzionali, in particolare degli artt. 29, 30 e 31 Cost.

I colloqui con il garante sono, in realtà, più simili a quelli svolti con il magistrato di sorveglianza, con il difensore o con gli ispettori del Comitato per la prevenzione della tortura, poiché mirano a scopi di garanzia e tutela dei diritti fondamentali, a ricevere doglianze orali o scritte, a raccogliere specifiche istanze da un soggetto recluso.

2. Con la riforma dell'ordinamento penitenziario la disciplina dei colloqui tra garante e detenuto ha subito sostanziali modifiche. In particolare l'art. 11 lett. g), d.lgs. n. 123/2018 ha espunto dal comma 1 dell'art. 18 ord. pen. il riferimento al Garante dei diritti dei detenuti dal novero dei soggetti ammessi ad avere colloqui con questi ultimi.

Tale riferimento è stato recuperato nel successivo comma 2, che disciplina congiuntamente difensori e "garanti" dei diritti dei detenuti<sup>15</sup>.

La nuova collocazione riveste una portata indubbiamente innovativa, avendo il pregio di «rimuovere talune interpretazioni in *malam partem* della precedente normativa»<sup>16</sup>, adottate dall'amministrazione penitenziaria e talvolta avallate dalla giurisprudenza.

*In primis*, dalla formulazione del comma in esame emerge che l'ambito di applicazione della normativa concerne "i garanti dei diritti del detenuto", contrariamente alla precedente che riportava la locuzione al singolare; ciò ha consentito di fugare i dubbi che si erano registrati in passato in ordine alla possibilità di estendere

---

<sup>14</sup> Cfr. Circ. Dap 2 aprile 2009, n. 3618-6068 che, prevedendo l'applicazione ai colloqui con i garanti della disciplina prevista per i contatti con gli estranei, richiedeva l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria o dell'autorità amministrativa, subordinata alla sussistenza dei "ragionevoli motivi", fermo restando il rispetto dei limiti quantitativi previsti dal regolamento di esecuzione nonché l'effettuazione del colloquio sotto il controllo visivo e non auditivo da parte del personale di polizia penitenziaria.

<sup>15</sup> In questi termini, N. Triggiani, *L'ampliamento di tutele durante la vita inframuraria*, in M. Colamussi (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, Giappichelli, Torino 2020, p. 67.

<sup>16</sup> Così M. Ruaro, C. Santinelli, *sub art. 18 ord. pen.*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer Cedam, Milano 2019, p. 267.

la disciplina dei colloqui all'intera categoria<sup>17</sup>. Quanto enunciato trova conferma nella Relazione illustrativa dello “*Schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario*” (A.G. 39) che, nel richiamare le modifiche all'art. 18 ord. pen., pone in evidenza la facoltà del detenuto di «conferire con i Garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati, in vista della complessiva tutela dei diritti primari della persona detenuta, che non può subire alcuna limitazione di natura temporale»<sup>18</sup>.

Una modifica che va salutata con favore dato che la regolamentazione dei colloqui dei garanti regionali o locali ad opera dell'amministrazione penitenziaria «non può essere diversificata *in peius* rispetto a quella operante per il Garante nazionale»<sup>19</sup>.

Secondariamente, la nuova formulazione non prevede più la possibilità di finalizzare l'interlocazione con i garanti all'eventuale compimento di “atti giuridici” da parte del detenuto, restando ferma, naturalmente, la facoltà del ristretto di presentare oralmente un'istanza o un reclamo al garante durante il colloquio (art. 35, comma 1, ord. pen.).

In terzo luogo, attraverso la nuova articolazione dell'art. 18 ord. pen., il legislatore ha inteso differenziare a livello normativo i colloqui con i familiari da quelli con i garanti: come già regolamentato dall'amministrazione penitenziaria<sup>20</sup>, questi ultimi risultano, così, fruibili indipendentemente dai limiti previsti per i colloqui con i familiari. Anche la giurisprudenza di legittimità, intervenendo sul punto, ha ritenuto irragionevole porre il detenuto di fronte all'alternativa tra esercitare il suo diritto al mantenimento delle relazioni familiari ovvero accedere a una forma di tutela extragiudiziaria di particolare rilevanza<sup>21</sup>.

Merita evidenziare come a seguito della riformulazione dell'art. 18 ord. pen. le previsioni contenute nelle circolari dell'amministrazione penitenziaria antecedentemente emesse risultano incompatibili sia con la diversa collocazione della disciplina, sia con l'espressa configurazione di un diritto in capo al soggetto ristretto. I colloqui, quindi, non devono sottostare ad alcuna autorizzazione, non devono essere computati in quelli previsti dall'art. 18, comma 1, ord. pen., e devono svolgersi con le medesime modalità di quelli con il difensore, ovvero in assenza di controllo auditivo<sup>22</sup>.

Dal punto di vista della tutela, residuano alcune differenze rilevanti tra i garanti e il difensore: ai primi, ad esempio, non si applica il divieto di intercettazione di cui all'art. 103, comma 5, c.p.p., ma, per converso, il loro colloquio con l'indagato *in*

<sup>17</sup> Cfr. A. Ciavola, *sub art. 18 ord. pen.*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 241.

<sup>18</sup> Cfr. *Relazione illustrativa A.G. 39*, in *Atti Senato, XVIII<sup>o</sup> Leg., Disegni di legge e relazioni*.

<sup>19</sup> M. Ruaro, C. Santinelli, *sub art. 18 ord. pen.*, cit., p. 267.

<sup>20</sup> Circ. Dap 8 novembre 2013, n. 3651-6101.

<sup>21</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, 11 luglio 2018, n. 53006, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 501 ss., con nota di F. Urbinati, *Garanti territoriali e colloqui in regime differenziato: logica del sospetto o tutela dei diritti?*; Cass. pen., Sez. I, 27 giugno 2018, n. 46169, in *Giur. it.*, 2019, p. 197 ss., con nota di M. Minafra, *Sui colloqui dei garanti con i detenuti sottoposti al regime di “carcere duro”. (I diritti dei detenuti)*.

<sup>22</sup> Ad avviso di F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria, d.lgs. 121, 123, 124/2018*, Giuffrè, Milano 2018, p. 75, oltre a quello auditivo, va escluso anche il controllo visivo.

*vinculis* non può essere differito ai sensi dell'art. 104, commi 3 e 4, c.p.p.<sup>23</sup>, sia per ragioni letterali, dato che «la clausola di salvezza è contenuta soltanto nel periodo riguardante il difensore», sia per considerazioni di carattere teleologico: le speciali cautele processuali che giustificano il differimento sembrano, in effetti, oggettivamente «poco concepibili con riferimento alla funzione di vigilanza del garante, il quale, anzi, deve essere messo in condizione di individuare le – non infrequenti – violazioni dei diritti del detenuto che avvengono proprio nei giorni immediatamente successivi all'arresto»<sup>24</sup>.

Un'ulteriore diversificazione è individuabile nella differente terminologia adoperata nell'ambito dell'art. 18, comma 2, ord. pen. per delineare il diritto al colloquio con le due diverse categorie di soggetti. Mentre il primo periodo, riferito al difensore, utilizza l'espressione “diritto di conferire” – che include sia il contatto visivo che telefonico –, il secondo periodo dell'articolo *de quo* considera come oggetto del diritto la fruizione di “colloqui e corrispondenza” con i garanti: si potrebbe, così, desumere che il legislatore delegato non abbia voluto estendere la portata del diritto all'interlocuzione con il garante fino a ricomprendere la corrispondenza telefonica, limitandola a quella in forma epistolare. Una esclusione che potrebbe risultare coerente con la funzione di vigilanza del garante, meglio assicurata con la sua presenza fisica all'interno dell'istituto di pena<sup>25</sup>.

La corrispondenza telefonica sarebbe, così, sottoposta all'autorizzazione in casi particolari, necessaria per ogni telefonata diretta a terzi ai sensi dell'art. 18, comma 6, ord. pen. Tuttavia, non può non sottolinearsi che considerare l'espressione “corrispondenza” come inclusiva della sola forma epistolare significherebbe «svuotare di contenuto la disposizione in esame», dal momento che il combinato disposto degli artt. 18-*ter*, comma 2, ord. pen. e 35, comma 1, n. 3, ord. pen. garantisce già al detenuto il diritto di inviare, anche in busta chiusa, istanze o reclami al garante nazionale e ai garanti regionali o locali ed include ogni tipologia di missiva a costoro inviata tra la corrispondenza protetta.

Un rilievo critico che può essere sollevato è che, a fronte della nuova articolazione dell'art. 18 ord. pen., il legislatore avrebbe dovuto – equiparando il garante al difensore – modificare anche l'art. 14-*quater*, comma 4, ord. pen. ed includere il colloquio con i garanti nell'ambito delle fattispecie nei cui confronti non trovano applicazione le restrizioni conseguenti alla sottoposizione al regime di sorveglianza particolare, ove è più alta la probabilità che si incorra nella violazione dei diritti del detenuto.

---

<sup>23</sup> In questi termini, L. Cesaris, *Il riordino delle condizioni generali della vita penitenziaria*, in P. Bronzo, F. Siracusano, D. Vicoli (a cura di), *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo “garantismo carcerario”*, Giappichelli, Torino 2019, p. 75, secondo cui il diritto al colloquio con il garante non soffre le limitazioni di cui all'art. 104 c.p.p. In senso contrario, F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria, d.lgs. 121, 123, 124/2018*, cit., p. 75.

<sup>24</sup> Per queste considerazioni v. M. Ruaro, C. Santinelli, *sub art. 18 ord. pen.*, cit., p. 268.

<sup>25</sup> V., ancora, M. Ruaro, C. Santinelli, *sub art. 18 ord. pen.*, cit., p. 268.

3. Un problema abbastanza delicato concerne l'ambito di applicazione della novella legislativa nei confronti dei soggetti sottoposti al regime *ex art. 41-bis* ord. pen.<sup>26</sup>.

Più nello specifico, ci si domanda se il potere che hanno i Garanti di visitare gli istituti penitenziari senza opportuna autorizzazione ed effettuare liberamente colloqui si estenda anche a quelle sezioni specializzate nel contenimento dei detenuti soggetti al regime di particolare rigore.

Si tratta di una tormentata *querelle* che ha avuto inizio – in assenza di una specifica disciplina normativa - con l'emanazione delle Circolari n. 3618/6068 del 2 aprile 2009 e n. 3651/6101 del 7 novembre 2013 dell'amministrazione penitenziaria, che riconoscono ai Garanti la possibilità di visitare senza autorizzazione (art. 67 ord. pen) l'istituto penitenziario e, in occasione di questa visita, di interloquire con i detenuti ristretti al “carcere duro” senza che ciò vada ad incidere negativamente sulla possibilità del ristretto di svolgere colloqui con i propri cari. Qualora, poi, il detenuto intenda svolgere con il Garante un vero e proprio “colloquio”, secondo le circolari suindicate troverebbe applicazione la disposizione contenuta nel comma 2 *quater* lett. b) dell'art. 4-*bis* ord. pen. e questo confronto, oltre che svolgersi secondo le precise modalità disposte dalla norma in questione, dovrebbe essere conteggiato come colloquio mensilmente concesso e, naturalmente, necessiterebbe dell'autorizzazione da parte dell'autorità competente.

Soffermandoci in particolare sulla circolare del 7 novembre 2013 (*Nuovo testo unico delle disposizioni dipartimentali in materia di visite agli istituti penitenziari ex art. 67 ord. pen.*), molti dubbi ha suscitato l'uso delle espressioni “interloquire” e “interlocuzioni” e la reiterata precisazione che queste ultime «non sostanziano i colloqui in senso tecnico» di cui all'art. 18 ord. pen.; precisazione che risulta di difficile comprensione, ove si ricordi che l'art. 18 ord. pen. cita, invece, i garanti tra i soggetti con cui sono ammessi i colloqui<sup>27</sup>.

La circolare *de qua* con i suindicati “distinguo” «sembra rimarcare la differenza tra l'accesso *ex art. 67* ord. pen. e i colloqui di cui all'art. 18 ord. pen., così che per i secondi troverebbero applicazione i limiti previsti dallo stesso art. 18 in ordine al numero e alla durata»<sup>28</sup>; ma, soprattutto, sarebbe necessaria l'autorizzazione

---

<sup>26</sup> In generale, sul diritto al colloquio dei detenuti in regime *ex art. 41-bis* ord. pen., cfr. nella giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. I, 19 gennaio 2022, n. 5592, in *www.dejure.it*; Cass. pen., Sez. I, 18 novembre 2021, n. 47190, *ivi*; Cass., Sez. I, 21 ottobre 2021, n. 46021, *ivi*; Cass., Sez. I, 4 novembre 2021, n. 46432, *ivi*; Cass., Sez. I, 3 novembre 2021, n. 46719, in *CED Cass.*, n. 282319; Cass., Sez. I, 9 aprile 2021, n. 19290, *ivi*, n. 281221; Cass., Sez. I, 15 dicembre 2020, n. 5862, *ivi*, n. 280523.

Nella giurisprudenza costituzionale v., fra le più recenti, Corte cost., 24 gennaio 2022, n. 18, in *iusittinere (web)*, 22 gennaio 2022; Corte cost., 31 marzo 2021, n. 57, in *Giur. cost.*, 2021, p. 752.

<sup>27</sup> In questi termini, L. Cesaris, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit., p. 209.

<sup>28</sup> Con riferimento ai detenuti sottoposti al regime restrittivo *in peius ex art. 41-bis* ord. pen., il § 6, lett. h) della circolare n. 3651/6101 sottolinea come il regime *de quo* ha come finalità essenziale «quella di ostacolare i rapporti impropri del detenuto con le organizzazioni criminali esterne ed è altrettanto noto

dell'autorità giudiziaria o del direttore dell'istituto per accedere al colloquio: «il garante verrebbe, cioè, equiparato alle “altre persone”, che possono avere colloqui solo se ricorrono “ragionevoli motivi”»<sup>29</sup>.

Inoltre, venendo il colloquio conteggiato nel numero di quelli fruibili mensilmente, verrebbe, di fatto, impedito di effettuare quello con i famigliari.

Questo determinerebbe delle gravi ripercussioni sul diritto del soggetto recluso a intrattenere rapporti con la famiglia perché si troverebbe nella difficile situazione di dover scegliere tra effettuare il colloquio con i famigliari o incontrare il garante. Nell'uno e nell'altro caso «la conseguenza sarebbe un *vulnus*»: sul piano degli affetti e del mantenimento delle relazioni famigliari, cui l'ordinamento penitenziario attribuisce particolare valenza, nonché sulle possibilità di controllo operato dal garante<sup>30</sup>.

Per le ragioni suesposte, tali provvedimenti sono stati, conseguentemente, considerati *contra legem* sia da parte della dottrina che della giurisprudenza di merito, che, talora, ne ha stabilito la disapplicazione, affermando che «non è conforme al dettato dell'art. 18 ord. pen. considerare il “garante” come un visitatore esterno che non possa intrattenere “colloqui” in senso tecnico con detenuti e internati»<sup>31</sup>.

Tuttavia, se da una parte veniva confermata la necessità di garantire la riservatezza dei colloqui, dall'altra, nei casi di soggetti in regime differenziato, residuava la possibilità per l'Amministrazione di adire l'autorità giudiziaria competente affinché autorizzasse il controllo auditivo e la registrazione, fatta salva la videosorveglianza.

Così, con successivi arresti giurisprudenziali, la magistratura di sorveglianza è andata oltre, giungendo ad affermare che la lettura combinata dell'art. 18, comma 1, ord. pen. (ante-riforma 2018) – ove la congiunzione “nonché” serviva per distinguere il «garante dei diritti dei detenuti» dalle “altre persone” diverse dai congiunti – e dell'art. 37, comma 1, reg. exec. ord. pen. - che stabilisce che «i colloqui con persone

---

che i detenuti sottoposti al regime speciale sovente si avvalgono di sofisticati sistemi, anche indiretti e talora criptici, per far pervenire propri messaggi all'esterno. Occorre dunque che il rispetto delle disposizioni sopra richiamate sia particolarmente rigoroso quando la interlocuzione dei visitatori di cui all'art. 67 si rivolga a detenuti sottoposti all'art. 41-bis».

<sup>29</sup> L. Cesaris, *Quali garanzie per il garante dei detenuti?*, in *Arch. pen.*, 2, 2016, p. 9.

<sup>30</sup> In questi termini, L. Cesaris, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit., p. 212.

<sup>31</sup> Cfr., al riguardo, Trib. Sorv. Perugia, 27 ottobre 2015, n. 1419, in *Arch. pen.*, 1, 2016, p. 1, con nota adesiva di C. Scaccianoce, *Diritto al colloquio tra Garante e detenuto: quando il potere giurisdizionale è presidio di effettività dei diritti dei detenuti e delle funzioni del Garante* e di L. Cesaris, *Quali garanzie per il garante dei detenuti?*, *ivi*, 2, p. 1 ss. I giudici di merito precisano altresì che «le interlocuzioni o scambi verbali comunque denominati che intervengono tra garante e detenuti soggiacciono, per espressa previsione normativa, alla disciplina dei “colloqui” prevista dall'art. 18, co. 2, ord. pen., con quanto ne consegue in ordine all'operatività del divieto, sempre previsto dal legislatore primario, di controllo auditivo da parte del personale dell'Amministrazione penitenziaria. Ne consegue che si possono *disapplicare* quelle disposizioni della circolare del 7 novembre 2013 del DAP e dell'ordine di servizio n. 7 emanato dalla Direzione dell'Istituto di pena di Spoleto in data 16 giugno 2014 che trattano degli incontri detenuti/garanti alla stregua di un *genus* differente dal “colloquio” in senso tecnico disciplinato dall'art. 18 ord. pen.».

diverse dai congiunti e dai conviventi sono autorizzati quando ricorrono ragionevoli motivi» - esclude la possibilità di subordinare il colloquio garante-detenuo ad una valutazione discrezionale dell'Amministrazione penitenziaria<sup>32</sup>. Una siffatta esegesi, «estesa al micro-sistema del 41-*bis*», che al comma 2-*quater*, lett. b), fa riferimento ai «colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi», «escluderebbe dalle limitazioni del regime differenziato i garanti territoriali»<sup>33</sup>.

Si è, inoltre, evidenziato che pur prevedendo l'art. 41-*bis* ord. pen. il potere ministeriale di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati, «tale facoltà non risulta illimitata, ma va esercitata nei precisi vincoli posti dalla norma: da una parte la regola della proporzionalità, in virtù della quale sono ammesse solo restrizioni al regime ordinario che siano necessarie agli scopi di prevenzione cui la misura è finalizzata, dall'altra, i limiti contenutistici». Si manifesta, così, piena adesione al principio in base al quale «l'ampiezza della previsione normativa in materia di colloqui è tale da indurre a ritenere che ulteriori limitazioni, al di là di quelle previste, non siano possibili, salvo che derivino da un'assoluta incompatibilità della norma ordinamentale (...) con i contenuti normativi tipici del regime differenziato»<sup>34</sup>.

In definitiva, la magistratura di sorveglianza ha disapplicato la circolare DAP n. 3651/6101 del 7 novembre 2013 e ha riconosciuto al detenuto in regime di particolare rigore il diritto di svolgere i colloqui con il garante regionale in base all'art. 18 ord. pen., senza vetro divisorio e controllo auditivo, salvando il solo controllo visivo ed impedendo il computo dei suddetti colloqui nel numero massimo previsto<sup>35</sup>.

Appare, d'altronde, evidente come il legislatore, riconoscendo i garanti territoriali e istituendo, poi, la figura del garante nazionale, ha inteso offrire alle persone private della libertà personale uno strumento di garanzia e di controllo, disciplinandone le funzioni e i poteri; sia la legge penitenziaria n. 354/1975 che il d.l. 146/2013 contengono disposizioni di carattere generale applicabili a «tutti» i soggetti in stato di restrizione, senza esclusione alcuna<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Mag. Sorv. Spoleto, 27 giugno 2017, n. SIUS 2017/3087 e Mag. Sorv. Sassari, 27 giugno 2017, n. SIUS 2016/7058, in *Dir. pen. cont. (web)*, 2, 2018, p. 205 ss., con nota di L. Cesaris, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit.

<sup>33</sup> Per questi rilievi cfr. F. Urbinati, *Ultima tappa della saga colloqui a regime ristretto: nessuna limitazione ai garanti locali*, in *Arch. pen. (web)*, 2, 2019, p. 4.

<sup>34</sup> Mag. Sorv. Spoleto, 27 giugno 2017, cit.

Per una completa ricostruzione della vicenda in esame, cfr. F. Urbinati, *Garanti territoriali e colloqui in regime differenziato: logica del sospetto o tutela dei diritti?*, cit., p. 502 ss.

<sup>35</sup> Merita evidenziare che le statuizioni del magistrato di Sorveglianza di Spoleto sono state successivamente recepite *in toto* dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia, che, occupandosi nuovamente del tema, ha ribadito come gli artt. 18 e 67 ord. pen. si riferiscano a qualunque detenuto e a qualunque luogo detentivo, senza esclusione alcuna, nonché a tutti i Garanti e, in primo luogo a quelli locali, che sono stati riconosciuti molto prima dell'istituzione del Garante nazionale. Così Trib. Sorv. Perugia, 21 febbraio 2018, n. SIUS 2017/1211, consultabile in [www.fuoriluogo.it](http://www.fuoriluogo.it).

<sup>36</sup> L. Cesaris, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit., p. 211.

È appena il caso di sottolineare, poi, che la stessa amministrazione penitenziaria, emanando la successiva circolare n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 sulla “*Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall’art. 41-bis ord. pen.*”<sup>37</sup> è giunta alla disapplicazione della precedente del 2013. Tuttavia, pur apprezzando il definitivo *revirement* del ministero – essendosi risolto positivamente il dilemma del “monte colloqui”, ovvero i colloqui con il garante si aggiungono a quelli con i familiari – il provvedimento *de quo* si rivela, ancora una volta, fortemente limitativo con riguardo alla posizione dei garanti territoriali.

Il paragrafo 16.6 della circolare del 2017 opera, infatti, una distinzione tra la figura del Garante nazionale e quella dei garanti locali: il primo, in quanto “*Organismo di monitoraggio indipendente*” (NPM) secondo la Convenzione di New York del 18 dicembre 2002, accede senza alcuna limitazione all’interno delle sezioni 41-bis, potendo incontrare detenuti ed internati e svolgere con essi incontri riservati senza limiti di tempo; con riferimento ai secondi si prevede, invece, che essi possano accedere alle visite di tutti gli istituti con facoltà di incontrare i detenuti sottoposti al regime “speciale”, senza che questi incontri (che non sono dei colloqui nel senso assegnato a questa parola dall’ordinamento penitenziario) incidano sul limite numerico mensile dei colloqui. Tuttavia, non si tratta di colloqui riservati e di durata illimitata, ma di conversazioni funzionali alle visite e alle verifiche connesse<sup>38</sup>.

Per il resto la nuova circolare non sembra aver mutato l’indirizzo precedente dell’Amministrazione, ragion per cui la disposizione in oggetto non risulta innovativa, ribadendo quanto il provvedimento del 2013 già statuiva; inoltre, «il Mancato richiamo ai colloqui *ex art. 18 ord. pen.* non vale ad escluderli dal ventaglio di opzioni a disposizione dei garanti territoriali»<sup>39</sup>.

È rimasto, così, aperto un fronte di particolare rilievo, ovvero quello dell’asserita differenza tra Garante nazionale e Garanti territoriali con riferimento ai colloqui con i detenuti in regime carcerario differenziato<sup>40</sup>.

La *vexata quaestio* è stata sollevata davanti alla Corte di Cassazione, che, chiamata a pronunciarsi sulla differenza di prerogative tra le due tipologie di garanti, ha stabilito che il colloquio “riservato” costituisce prerogativa esclusiva del Garante nazionale, nella sua qualità di “Meccanismo nazionale per la prevenzione” ai sensi del Protocollo

---

<sup>37</sup> A commento della circolare, cfr. C. Fiorio, «*Fermo restando*»: *l’art. 41-bis ord. pen. tra il gerundio della legislazione e l’imperativo dell’amministrazione*, in *Proc. pen. giust.*, 2, 2018, p. 388 ss.; V. Manca, *Il Dap riorganizza il 41-bis ord. pen.: un difficile bilanciamento tra prevenzione speciale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 6 novembre 2017.

<sup>38</sup> Cfr., al riguardo, Trib. Sorv. Roma, 20 aprile 2018, n. SIUS 2017/4774, in *Giur. pen. (web)*, 5, 2018, con nota di V. Manca, *41-bis e accesso ai colloqui con i Garanti territoriali: si impone il limite massimo di un incontro al mese, alternativo tra familiari e terzi*.

<sup>39</sup> In questi termini F. Urbinati, *Garanti territoriali e colloqui in regime differenziato: logica del sospetto o tutela dei diritti?*, cit., p. 505.

<sup>40</sup> Cfr. F. Fiorentin, C. Fiorio, *La riforma dell’ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano 2019, p. 152.

opzionale alla Convenzione delle nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti<sup>41</sup>.

Viceversa, i garanti locali, comunque denominati, non avrebbero questa possibilità, che è agli stessi espressamente riconosciuta unicamente in relazione alla corrispondenza epistolare, secondo quanto previsto dall'art. 35 ord. pen., ai sensi del quale è consentito l'invio, anche al "garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti", di istanze e reclami in busta chiusa, la quale dovrà riportare all'esterno la dicitura "riservata"<sup>42</sup>.

La Suprema Corte si è, poi, spinta, ben oltre, e – ribaltando l'orientamento dei giudici di merito<sup>43</sup> – ha affermato che il controllo auditivo e il vetro divisorio si rivelano strumenti necessari nell'ipotesi di colloquio tra garanti territoriali e detenuti in regime differenziato, i quali – in ragione della pericolosità loro riconosciuta – potrebbero «strumentalizzare questo genere di opportunità di diretta interlocuzione anche per esercitare forme di coercizione volte ad attuare all'esterno finalità illecite»<sup>44</sup>.

Muovendo, poi, dalla constatazione della mancanza di una norma estensiva della disciplina prevista per il Garante nazionale, i giudici di legittimità sostengono che i garanti territoriali non potrebbero operare senza limitazioni all'interno degli istituti penitenziari, in assenza di vincoli di autorizzazione, tempo e controllo, dovendo sottostare alla ordinaria regolamentazione penitenziaria.

Le argomentazioni sostenute dalla Cassazione non appaiono condivisibili sotto un duplice profilo: innanzitutto, non convince la necessità dell'autorizzazione da parte del direttore dell'istituto penitenziario, perché se è vero che il compito dei garanti è quello della tutela di diritti fondamentali dei soggetti ristretti, tale attività andrebbe consentita indipendentemente da una qualsivoglia autorizzazione amministrativa, la quale si porrebbe «nella logica del controllato che controlla sé stesso»; così come non appare convincente assicurare la "riservatezza" attraverso lo strumento della corrispondenza

---

<sup>41</sup> Il Protocollo opzionale e la legge di ratifica ed esecuzione n. 195 del 2012, stabiliscono, all'art. 20 – allo scopo di mettere i meccanismi nazionali di prevenzione in condizione di espletare il loro mandato – l'obbligo per gli Stati Parti di garantire ad essi "la possibilità di avere colloqui riservati con le persone private della libertà, senza testimoni, direttamente o tramite un interprete se ritenuto necessario, nonché con qualunque altra persona che i meccanismi nazionali di prevenzione ritengano possa fornire informazioni rilevanti" (lett. d); possibilità che, dunque, deve essere riconosciuta al solo Garante nazionale, siccome individuato quale Meccanismo nazionale di prevenzione dal D.M. 11 marzo 2015, n. 36, recante il "Regolamento sulla struttura e composizione del Garante" (cfr. sul punto anche la Circolare DAP 18/05/2016, "Istituzione del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale: compiti e poteri").

<sup>42</sup> Così Cass. pen., Sez. I, 27 giugno 2018, n. 46169, in *Giur. it.*, 2019, p. 197 ss., con nota di M. Minafra, *Sui colloqui dei garanti con i detenuti sottoposti al regime di "carcere duro". (I diritti dei detenuti)*.

<sup>43</sup> Mag. Sorv. Spoleto, 27 giugno 2017, cit.; Trib. Sorv. Perugia, 21 febbraio 2018, n. SIUS 2017/1211, cit.

<sup>44</sup> Cass. pen., Sez. I, 11 luglio 2018, n. 53006, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 501 ss., con nota di F. Urbinati, *Garanti territoriali e colloqui in regime differenziato: logica del sospetto o tutela dei diritti?*, cit. Successivamente, nello stesso senso, Cass. pen., Sez. I, 12 dicembre 2018, n. 12493, in *CED Cass.*, n. 276306.



epistolare, che – seppure importante nel ventaglio dei mezzi a disposizione del garante - «non è idoneo a sostituire la tempestività dell’accesso e l’incisività di un colloquio diretto con il detenuto»<sup>45</sup>.

In seconda istanza, suscita evidenti perplessità la presunzione del sospetto di “un’intermediazione illecita dei garanti” nell’ipotesi di un colloquio *de visu*: il problema concerne, in realtà, non tanto la figura del garante, quanto le pressioni che lo stesso potrebbe subire da parte di soggetti particolarmente pericolosi sottoposti al regime differenziato *ex art. 41-bis* ord. pen.; pressioni che, invece, non sarebbero altrettanto configurabili «nel caso in cui venga a interpersi lo scritto inviato secondo quanto previsto dall’art. 35 ord. pen.». Pertanto, solo in quest’ultima fattispecie, «non è contemplato alcun tipo di controllo preventivo»<sup>46</sup>.

Anche in questo caso la disquisizione della Suprema Corte appare discutibile nel mostrare una palese diffidenza nei confronti del contatto umano garante-detenuto, considerandolo maggiormente “sospetto” rispetto a quello epistolare: in entrambi i casi, infatti, il ristretto potrebbe raggiungere «i propositi ostili ed intimidatori»<sup>47</sup>.

È appena il caso di sottolineare, poi, che le statuizioni della Suprema Corte non possono trovare accoglimento anche alla luce della nuova ubicazione normativa della figura di garanzia - l’art. 18, comma 2, ord. pen. -, realizzata dal d.lgs. n. 123/2018, che non consente differenziazioni artificiose, non operando distinzioni né tra garanti, né tra istituti o sezioni<sup>48</sup>.

Distinguendo, inoltre, la posizione del garante rispetto a quella delle “altre persone” – con l’attribuzione al primo di una funzione maggiormente “tecnica” che lo assimila al difensore – risulta più agevole farne discendere l’assenza di limiti, non solo dal punto di vista temporale, ma anche sul versante contenutistico<sup>49</sup>. Pertanto, leggendo

---

<sup>45</sup> F. Urbinati, *Garanti territoriali e colloqui in regime differenziato: logica del sospetto o tutela dei diritti?*, cit., p. 506.

<sup>46</sup> Così Cass. pen., Sez. I, 11 luglio 2018, n. 53006, cit.

<sup>47</sup> Cfr., ancora, F. Urbinati, *Garanti territoriali e colloqui in regime differenziato: logica del sospetto o tutela dei diritti?*, cit., p. 506, il quale – criticando il ragionamento della Cassazione – evidenzia come, ad esempio, una lettera minatoria in busta chiusa non possa considerarsi meno efficace di una minaccia a voce.

<sup>48</sup> F. Fiorentin, C. Fiorio, *La riforma dell’ordinamento penitenziario*, cit., p. 152.

<sup>49</sup> Al riguardo, merita evidenziare che il Tribunale di sorveglianza di Perugia, investito nuovamente della questione, ha ancora una volta confermato la posizione già assunta dalla magistratura di sorveglianza spoletina, statuendo che il legislatore, con la modifica operata dall’art. 11, d. lgs. 123 del 2018, ha inteso estendere a tutti i garanti la possibilità di svolgere colloqui con i detenuti senza limitazioni di alcun tipo, come consentito ai difensori. Così Trib. Sorv. Perugia, 29 marzo 2019, n. 454, in *Arch. pen.*, 2, 2019, p. 1.

La suprema Corte, invece, ponendosi in linea con le precedenti statuizioni, ha assunto una posizione maggiormente restrittiva, giungendo ad affermare che «in tema di regime detentivo differenziato ai sensi dell’art. 41-bis ord. pen., il colloquio del detenuto con il Garante, “sia nazionale che locale”, può essere negato dall’Amministrazione penitenziaria in presenza di specifiche e comprovate ragioni di cui dovrà essere dato compiutamente conto nel provvedimento di eventuale rigetto della richiesta, atteso che la nuova disciplina dettata dall’art. 18, comma 2, ord. pen., inserita dal d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, - che riconosce al detenuto il diritto a tale colloquio, precludendo all’Amministrazione penitenziaria di

in combinato disposto l'art. 18 e l'art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, ord. pen., si dovrebbe, così, escludere, anche nell'ipotesi di colloquio tra garanti territoriali e detenuti in regime di particolare rigore, la modalità controllata che impone l'uso del vetro divisorio e il controllo auditivo.

4. L'art. 67 ord. pen.<sup>50</sup> disciplina le visite agli istituti penitenziari, che si inquadrano nell'ambito delle attività volte a garantire la partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa manifestata nell'ambito dell'art. 17 ord. pen.<sup>51</sup>, ai sensi del quale «la finalità del reinserimento sociale dei condannati e degli internati deve essere perseguita anche sollecitando la partecipazione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all'azione rieducativa».

L'apertura del trattamento verso l'esterno, oltre i legami affettivi e familiari, è «l'archetipo del modello partecipativo», fortemente voluto dal legislatore in una chiara prospettiva di reinserimento sociale del condannato<sup>52</sup>.

Il coinvolgimento della società civile durante la fase di esecuzione della pena è favorevolmente accolto dalle Fonti sovranazionali, al fine di rafforzare il senso di appartenenza dei detenuti alla società.

Appare chiara, in effetti, l'ispirazione dell'art. 17 ord. pen. all'art. 61 delle *Regole minime per il trattamento dei detenuti*, secondo cui lo scopo del trattamento non è quello di accentuare l'esclusione dei detenuti dalla società, ma al contrario, di ispirarsi al principio che essi continuano a farne parte, dovendosi a questo fine «ricorrere, nei limiti del possibile, alla cooperazione di organi della comunità per aiutare il personale dell'istituto nel suo compito di recupero sociale dei detenuti».

In senso analogo, le *Regole penitenziarie europee* statuiscono che «devono essere incoraggiate la cooperazione con i servizi sociali esterni e, per quanto possibile, la partecipazione della società civile nella vita penitenziaria» (regola n. 7).

Il legislatore del 1975 non poteva che orientarsi in tal senso, anche in considerazione dell'impronta solidaristica della nostra Carta costituzionale (art. 2), da cui «discende un dovere di assistenza concreta nei confronti di chi, per una ragione qualsiasi, è “meno uguale”» (art. 3, comma 2)<sup>53</sup>.

Si tratta di una forma di partecipazione che la legge penitenziaria – anche a seguito delle modifiche operate dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306 conv. dalla l. 7 agosto 1992, n.

---

valutarne le ragioni di merito - non si applica a tale categoria di detenuti». Di tale avviso, Cass. pen., Sez. I, 9 gennaio 2019, n. 11597, in *CED Cass.*, n. 275055.

<sup>50</sup> Per un commento, cfr. A. Ciavola, *sub art. 67 ord. pen.*, in F. Fiorentin, F. Siracusano, *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Giuffrè, Milano 2019, p. 794 ss.; C. Renoldi, *sub art. 67 ord. pen.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 908 ss.

<sup>51</sup> Cfr. R. Sottanis, *sub art. 17 ord. pen.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 224 ss.

<sup>52</sup> In questi termini, L. Violi, *Il trattamento penitenziario*, in P. Balducci-A. Macrillò, *Esecuzione penale e trattamento penitenziario*, Giuffrè, Milano 2020, p. 745.

<sup>53</sup> P. Corso, *I colloqui con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna 1981, p. 195.

356 recante *Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa* – intende ampiamente promuovere. Sotto questo profilo le visite devono ritenersi funzionali ad una coassunzione di responsabilità della società rispetto al carcere, sia con riguardo «alla tutela del principio dell’umanità dello stato di detenzione (art. 27, comma 3, Cost.)», a cui si correla il trattamento di sostegno dei detenuti (art. 1, comma 5, ord. pen.), sia rispetto «alla finalità essenziale della pena detentiva, consistente nella tendenza alla rieducazione, voluta dalla norma costituzionale»<sup>54</sup>.

A differenza del colloquio *ex art. 18 ord. pen.* – che richiede il rilascio di specifica autorizzazione per determinate categorie di soggetti – l’art. 67 ord. pen. disciplina l’ingresso “senza autorizzazione” di persone che svolgono incarichi di peculiare rilievo.

Sono, al riguardo, individuabili tre situazioni distinte. Due di esse sono riconducibili all’esercizio di forme di controllo «sull’universo carcerario di tipo politico e diffuso – rimesso ai rappresentanti delle istituzioni chiamati genericamente a concorrere al controllo della comunità sul trattamento dei detenuti e sulle modalità di esecuzione delle pene detentive – oppure di tipo tecnico e specifico», come ad esempio quello esercitato dal magistrato di sorveglianza nell’ambito della sua giurisdizione, dal medico designato dalla regione, dagli ispettori dell’amministrazione penitenziaria, dall’ispettore dei cappellani.

Questa fattispecie ben si inquadra nel concetto di “visita”, intesa come presa di conoscenza delle condizioni di vita della generalità dei detenuti e degli internati, delle modalità del trattamento e dell’osservazione, degli strumenti predisposti per l’assistenza, la cura, l’opera di rieducazione e l’attività di custodia dei soggetti<sup>55</sup>.

Detta facoltà di visita consente, quindi, a queste persone di verificare nel superiore interesse della collettività al rispetto della legalità e dei principi costituzionali, che lo stato detentivo attuato dai singoli istituti «avvenga nella piena osservanza dei diritti fondamentali e inviolabili dell’uomo» e, nello specifico caso relativo ai condannati, «che esso sia anche pienamente conforme al fine rieducativo della pena»<sup>56</sup>.

La terza situazione riguarda, invece, il “libero accesso” riconosciuto ad alcune autorità esclusivamente per l’esercizio di proprie specifiche funzioni e non per fini di controllo: ci si riferisce ai magistrati non appartenenti agli uffici di sorveglianza per l’esercizio delle proprie funzioni; l’ordinario diocesano; gli ufficiali del corpo della polizia penitenziaria, nonché gli agenti o gli ufficiali di polizia giudiziaria, previa autorizzazione dell’autorità giudiziaria con la quale essi collaborano, per ragioni del loro ufficio<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> In questi termini A. Ciavola, *sub art. 67 ord. pen.*, in *L’esecuzione penale*, cit., p. 795.

<sup>55</sup> M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, 9<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano 2010, p. 523.

<sup>56</sup> G. Bellantoni, *Il trattamento dei condannati*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, Milano 2019, p. 164.

<sup>57</sup> Cfr. C. Renoldi, *sub art. 67 ord. pen.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 909.

In questi casi, piuttosto che di visita, sarebbe più corretto parlare di “accesso”<sup>58</sup>, trattandosi di ingresso “finalizzato al compimento di specifici atti”.

Possono altresì accedere agli istituti con l’autorizzazione del direttore, i ministri del culto cattolico ed altri culti, per esercitare le mansioni di assistenza spirituale dei detenuti richiedenti. La finalità di tale accesso è da ravvisare non tanto nel diritto di visita in sé, quanto, invece, nello svolgimento delle pratiche religiose da parte del recluso, per questo si è ritenuta poco opportuna la previsione di tale disposizione nell’articolo 67 ord. pen.<sup>59</sup>. In effetti, l’obiettivo di tale disposizione è quello di dare attuazione al disposto dell’art. 19 Cost., ovvero il diritto di professare liberamente la propria religione – che trova espressa tutela anche in ambito sovranazionale<sup>60</sup> –, ragion per cui, pur contribuendo l’esercizio delle funzioni religiose alla realizzazione dell’attività trattamentale e rieducativa del detenuto, non può affermarsi che lo scopo principale sia quello di verificare le condizioni di vita del ristretto ovvero l’attuazione dei suoi diritti inviolabili<sup>61</sup>.

L’elenco contenuto nell’art. 67, comma 1, ord. pen. è da ritenersi tassativo ed è, pertanto, fatto divieto ai direttori degli istituti penitenziari di applicare in maniera impropriamente estensiva tale disposizione, consentendo la visita di Autorità o soggetti, pubblici o privati, ivi non espressamente indicati. L’ingresso da parte di soggetti non contemplati nel catalogo di cui all’art. 67 potrà essere autorizzato ai sensi dell’art. 117, comma 2, reg. esec. ord. pen.<sup>62</sup>.

Tale statuizione presenta delle criticità se si considera quanto espressamente menzionato nei lavori preparatori alla legge penitenziaria, secondo cui l’art. 67 ord. pen. è stato introdotto per attribuire «incondizionata facoltà di visitare senza autorizzazione gli istituti ad alcune autorità in considerazione dell’elevatezza delle loro cariche ovvero dei poteri gerarchici o di vigilanza ad essi spettanti, o di altre specifiche funzioni ad essi conferite»<sup>63</sup>. Pertanto, proprio la *ratio* della norma ne metterebbe in dubbio la previsione eccezionale, in quanto se è vero che essa garantisce «l’esercizio della facoltà di verifica e controllo da parte dei rappresentanti delle pubbliche

---

<sup>58</sup> Evidenzia G. Bellantoni, *Il trattamento dei condannati*, cit., p. 166, come l’accesso, da un punto di vista “logico” e, ancor prima, “fisiologico”, dovrebbe essere inteso «come atto preliminare afferente in genere all’ingresso materiale nell’istituto, che, ovviamente, deve necessariamente, e immanentemente, precedere ed essere propedeutico a qualsivoglia successivo *iter* relativo e connesso alla permanenza nell’istituto stesso, qualsiasi possa essere il tipo e lo scopo dell’atto, o dell’attività, che poi andrà in specifico intrapresa e dispiegata».

<sup>59</sup> R. Breda, G. Di Gennaro, G. La Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano 1997, p. 311.

<sup>60</sup> V., al riguardo artt. 41 e 42 delle *Regole minime per il trattamento dei detenuti* nonché artt. 46 e 47 delle *Regole penitenziarie europee*.

<sup>61</sup> In questi termini, L. Filippucci, *sub art. 67 ord. pen.*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., t. III, p. 2667.

<sup>62</sup> V. Circ. Dap 7 novembre 2013, n. 3651/6101.

<sup>63</sup> V. A. S. n. 538 recante *Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, di iniziativa governativa, presentato il 12 dicembre 1974, in *Atti Senato, VI° Leg., Disegni di legge e relazioni*.

istituzioni in ragione del mandato loro conferito», è, quindi, ragionevole chiedersi se autorità e soggetti pubblici diversi da quelli specificamente indicati, ma portatori di un'analoga legittimazione, «non debbano essere parimenti esonerati dal potere autorizzatorio che l'art. 117 reg. esec. assegna all'amministrazione penitenziaria»<sup>64</sup>.

Tra le alte cariche istituzionali che godono del potere di visita senza autorizzazione si annoverano, i soggetti posti al vertice della Repubblica e degli organi parlamentari, della Corte costituzionale e degli altri organi giudiziari di preminente rilievo.

Un problema particolare si era posto con riferimento ai componenti, italiani e stranieri del Parlamento europeo, inizialmente non inclusi nell'elenco dell'art. 67 ord. pen. L'amministrazione penitenziaria, muovendo dal duplice presupposto della tassatività dell'elencazione contenuta in tale norma e della riferibilità dell'espressione "membri del Parlamento" ai soli componenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, non aveva ritenuto estensibile il diritto di visita *ex art. 67 ord. pen.* anche a tali soggetti.

In mancanza di una specifica definizione normativa che tenesse conto degli aspetti di parità fra gli Stati membri dell'Unione europea, con la circolare del 30 dicembre 2009, n. 0481177 è stata contemplata, esclusivamente per i rappresentanti italiani nel Parlamento europeo, la possibilità di un'autorizzazione in via generale ai sensi dell'art. 117, comma 2, reg. esec. ord. pen.

Successivamente, con l'entrata in vigore del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, conv. con modif. nella l. 17 febbraio 2012, n. 9, contenente *Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*, il catalogo previsto dall'art. 67 ord. pen. è stato ampliato, includendo fra i soggetti che godono del diritto di visita negli istituti penitenziari anche i membri del Parlamento europeo.

Si ritiene che l'ampia definizione sia comprensiva di tutti componenti di tale organo e senza alcuna limitazione su base nazionale; pertanto, tutti i Parlamentari europei, qualunque sia il Paese in cui sono stati eletti, godono della prerogativa di visitare senza autorizzazione gli istituti penitenziari italiani.

Al fine di rendere edotti i Parlamentari europei che non conoscono la lingua italiana delle regole in materia di visite agli istituti penitenziari del nostro Paese, l'Amministrazione penitenziaria ha previsto che, all'atto dell'ingresso nella struttura detentiva, venga consegnato loro un estratto della circolare che regola tale istituto nonché copia degli artt. 67, comma 1 e 2 ord. pen. e 117, comma 1, reg. esec. ord. pen., tradotti in una lingua europea conosciuta dal visitatore<sup>65</sup>.

Antecedentemente all'inclusione dei Parlamentari europei, il legislatore aveva già provveduto ad allargare il ventaglio delle Autorità legittimate alla visita senza necessità di autorizzazione. Il riferimento corre al d.l. n. 207/2008, conv. con mod. nella l. n.

---

<sup>64</sup> C. Renoldi, *sub art. 67 ord. pen.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 909 ss.

<sup>65</sup> Cfr. circ. Dap n. 3651/6101 del 2013.

14/2009, che ha aggiunto nel novero dei soggetti autorizzati ai sensi dell'art. 67 ord. pen. i Garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati.

Si è trattato di un intervento particolarmente significativo perché sino ad allora i garanti potevano accedere solo previa autorizzazione dell'amministrazione penitenziaria, ai sensi dell'art. 17 ord. pen. e secondo le modalità indicate nell'art. 117, comma 2, d.P.R. 230/2000 o ai sensi dell'art. 78 ord. pen. come assistenti volontari; il che comportava, inevitabilmente, che l'autorizzazione all'ingresso fosse lasciata alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria e contestualmente che venisse minata l'autonomia dei garanti dalla stessa amministrazione.

L'amministrazione penitenziaria ha ricondotto le visite del Garante, al pari delle altre istituzioni, alla prospettiva generale della partecipazione della società esterna all'azione educativa, piuttosto che porre l'accento sulla funzione di controllo insita in tale figura. Non è superfluo sottolineare che si tratta di una figura istituzionale che svolge funzioni di tutela non giurisdizionale dei diritti delle persone proprio mediante varie forme controllo, «che si concretano in interventi di segno molto diverso e con la prospettiva di soluzioni calibrate sul caso concreto»<sup>66</sup>.

La visita dei garanti e, in particolare, del Garante nazionale mira a consentire forme di controllo diffuso e generalizzato sugli istituti penitenziari e sui luoghi in cui si trovano ristrette le persone, al fine di verificare le condizioni di vita, il trattamento penitenziario ed il percorso rieducativo. Ne consegue che la visita non può limitarsi ad una semplice ispezione, ossia ad una mera ricognizione dello stato dei luoghi, perché «risulterebbe insufficiente a cogliere la reale situazione dei soggetti e delle strutture, tanto più che non consentirebbe di verificare appieno anche la situazione psicologica delle persone»<sup>67</sup>.

Il novero dei soggetti autorizzati alla visita si estende anche a coloro che “per ragioni del proprio ufficio” accompagnano tutti i soggetti autorizzati ai sensi dell'art. 67 ord. pen.

La previsione *de qua* è risultata alquanto problematica, sotto il profilo della frequenza della visita agli istituti e della delicatezza degli interessi da bilanciare, sin dal momento della sua approvazione in parlamento<sup>68</sup>.

La questione sollevata nel corso dei lavori preparatori si è poi variamente riproposta in sede di applicazione della norma, e, nella prassi, si sono spesso creati

---

<sup>66</sup> Così L. Cesaris, *Quali garanzie per il Garante dei detenuti?*, cit., p. 6.

<sup>67</sup> Cfr. A. Ciavola, *sub art. 67 ord. pen.*, cit., p. 797.

<sup>68</sup> Cfr. l'intervento dell'On. Tassi, *Atti camera, VI<sup>a</sup> Leg., Assemblea*, 19 dicembre 1974, secondo cui da un lato appariva logico che il parlamentare, in ragione del suo mandato, potesse liberamente entrare nel carcere per controllarne l'andamento, per rendersi conto delle condizioni di vita esistenti, per controllare il comportamento di detenuti e guardie carcerarie. Dall'altro lato, la circostanza che la legge consenta l'ingresso non solo alle persone elencate nell'art. 67, comma 1, ord. pen. per ragioni del loro ufficio, ma addirittura a “chiunque le accompagni” era apparsa «fuori da ogni logica». Se infatti – prosegue l'intervento - «il parlamentare rappresenta la nazione, è quindi pacifico che possa entrare; ma non lo è altrettanto che questi possa autorizzare un certo numero di persone a entrare con lui al di fuori del controllo della magistratura».

alcuni problemi sia sul piano delle difformità applicative che sotto il profilo degli abusi, ricollegati ad episodi di ingresso nelle strutture penitenziarie di giornalisti, qualificati come occasionali collaboratori di deputati o senatori, che mossi in realtà da personali e specifici scopi professionali, avrebbero dovuto soggiacere alla necessaria autorizzazione ministeriale ai sensi dell'art. 117 reg. esec. Senza contare, poi, «la violazione del divieto regolamentare di indagine sui contenuti della posizione processuale dei singoli detenuti, che spesso si è accompagnata all'elusione della norma di legge»<sup>69</sup>.

Al fine di limitare tale uso improprio del diritto di visita, l'amministrazione penitenziaria ha precisato che la ragione d'ufficio deve sussistere non solo per i soggetti cui la facoltà in questione è attribuita in via primaria, ma anche per le persone degli accompagnatori (circ. Dap n. 3651/6101 del 2013).

Si richiede, innanzitutto, la sussistenza di un'effettiva relazione tra le specifiche attribuzioni funzionali proprie dell'accompagnatore e le ragioni che consentono il libero accesso agli istituti penitenziari del soggetto accompagnato (ad es. il collaboratore di cancelleria in funzione di accompagnatore del magistrato che accede all'istituto).

In secondo luogo, il rapporto di collaborazione che giustifica l'autorizzazione dell'accompagnatore alla visita, deve essere professionale, stabile e continuativo, anche se di fatto, e non avente fonte in veri e propri provvedimenti formali di nomina producibili dall'interessato, con esclusione, quindi delle collaborazioni meramente occasionali. Il riferimento va sicuramente ai Parlamentari e ai consiglieri regionali.

Per quanto riguarda i collaboratori dei Garanti, l'accesso è consentito soltanto se in presenza di tali autorità in ragione del proprio ufficio, non essendo consentito un ingresso autonomo, neanche su delega del Garante stesso. A tal fine, la direzione degli istituti penitenziari ha il compito di acquisire l'elenco dei collaboratori dell'Ufficio del Garante Comunale, mentre i Provveditorati regionali svolgono il medesimo compito nei confronti del Garante Nazionale, trasmettendone copia alle articolazioni periferiche; si raccomanda di provvedere di anno in anno all'aggiornamento di tale richiesta e una copia dei suindicati elenchi deve essere trasmessa annualmente, a cura dell'articolazione competente, alla Direzione generale dei detenuti e del trattamento.

Al fine di consentire all'amministrazione di verificare in concreto che il rapporto di collaborazione attiene effettivamente al solidale assolvimento della funzione dell'accompagnato, prima che la visita abbia inizio devono essere raccolte le attestazioni scritte con le quali gli interessati dichiarino, sotto la propria responsabilità, di non svolgere nell'occasione dell'accesso all'istituto attività giornalistica, dovendo precisare, altresì, la natura del rapporto intercorrente con l'accompagnato<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> C. Renoldi, *sub art. 67 ord. pen.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 912.

<sup>70</sup> Merita sottolineare che secondo il Giudice delle leggi l'attestazione dell'esistenza di un effettivo rapporto di collaborazione da parte dell'autorità alla quale il diritto di visita è concesso in via primaria costituisce fonte di responsabilità penale per l'eventuale falso ideologico, pur quando provenga da un

Per garantire uniformità della prassi operativa, la modulistica adoperata in tutti gli istituti penitenziari è la stessa e deve essere debitamente compilata in occasione di ogni visita; spetterà, poi, eventualmente, all'amministrazione negare l'accesso all'istituto da parte dell'accompagnatore ove non siano individuabili le ragioni dell'ufficio.

Per quanto concerne le modalità della visita, innanzitutto tutte le persone che chiedono di accedere all'istituto devono essere compiutamente identificate e devono essere sottoposte a controlli volti ad impedire che, anche inconsapevolmente, possano introdurre nell'istituto oggetti non consentiti. In considerazione del ruolo istituzionale rivestito dai soggetti autorizzati alla visita, nella generalità dei casi, si rivela sufficiente il solo controllo mediante il rilevatore dei metalli. Tuttavia, la circ. Dap del 7 novembre 2013 rimette alla prudente valutazione del direttore dell'istituto la scelta – ove la particolarità del caso lo imponga – di ricorrere anche al controllo manuale. In ogni caso, non è consentito l'accesso alle sezioni detentive con borse, sacchi, borselli o altri oggetti idonei al trasporto di cose.

Secondo quanto stabilito dall'art. 117 reg. esec. – a cui si rifà la circ. del 2013 –, le visite debbono svolgersi nel rispetto della personalità dei detenuti e degli internati; le Autorità possono parlare liberamente con tutti i ristretti – ivi compresi quelli in isolamento, non solo giudiziario, ma anche sanitario o disciplinare – al fine di rendersi conto in maniera più completa delle condizioni di vita degli stessi. Come evidenziato il fine della visita sarebbe «frustrato se al visitatore non fosse concesso di approfondire la conoscenza proprio delle situazioni maggiormente “a rischio”»<sup>71</sup>.

Il dialogo deve svolgersi in lingua italiana, affinché possa essere comprensibile al direttore dell'istituto, o al suo delegato, presente durante la visita; qualora il detenuto non conosca la lingua italiana e il visitatore manifesti la volontà di comunicare egualmente con lo stesso nella lingua da egli conosciuta, si dovrà procedere alla nomina di un interprete, opportunamente scelto dal visitatore e iscritto in un apposito albo.

Occorre, tuttavia, sottolineare come secondo le direttive dell'amministrazione tali dialoghi non possono travalicare in veri e propri colloqui e/o interviste specialmente se vertenti sui contenuti espressamente vietati dall'art. 117, comma 1, reg. esec. In particolare, anche per i visitatori *ex art. 67 ord. pen* la conversazione dovrà concernere

---

membro del Parlamento, consistendo nell'attestazione di una circostanza di fatto e non nella manifestazione di un'opinione nell'esercizio della funzione di parlamentare, che come tale è coperta dall'immunità *ex art. 68, comma 1, Cost.* Così Corte cost., 23 novembre 2007, n. 388, in *Cass. pen.*, 2008, p. 151, con nota di V. Grevi, *Visita in carcere con falso ideologico...poco onorevole (a proposito di un caso clinico in tema di insindacabilità ex art. 68, comma 1, Cost.)*, ad avviso del quale le ragioni d'ufficio idonee a consentire l'ingresso in carcere dell'accompagnatore di un membro del Parlamento possono ritenersi integrate non già in presenza di forme di collaborazione episodiche e saltuarie, ma soltanto quando si accerti la sussistenza di un rapporto di collaborazione professionale sulla base di veri provvedimenti formali di nomina producibili dall'interessato.

<sup>71</sup> C. Renoldi, *sub art. 67 ord. pen.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 913.



le condizioni di vita del detenuto, la conformità del trattamento ad umanità, il rispetto della dignità della persona e non potrà vertere sulle vicende processuali in corso<sup>72</sup>.

Qualora l'interlocuzione fra il soggetto titolare del diritto di visita e il detenuto si estenda ad argomenti non consentiti, violando le previsioni normative, l'Autorità penitenziaria che lo accompagna, dopo un primo richiamo finalizzato a rammentare detti limiti normativi, dovrà prontamente intervenire per interrompere la conversazione, eventualmente allontanando il detenuto se il comportamento illegittimo del visitatore non consenta altra modalità di intervento<sup>73</sup>.

Come già precisato, il diritto di visitare e interloquire è riconosciuto nei riguardi di tutti i detenuti, comprendendo anche quelli sottoposti al regime carcerario differenziato *ex art. 41-bis* ord. pen; in tal caso, considerata la particolarità della restrizione carceraria, l'osservanza delle disposizioni amministrative e normative dovrà avvenire in maniera particolarmente rigorosa.

---

<sup>72</sup> Come si è già precedentemente analizzato (v., *retro*, §§ 1 e 2), la possibilità di interlocuzione riservata deve essere, invece, senz'altro attribuita al Garante nazionale, che in qualità di Meccanismo nazionale di prevenzione può avere «colloqui riservati con le persone private della libertà, senza testimoni, direttamente o tramite un interprete se ritenuto necessario, nonché con qualunque altra persona che i meccanismi nazionali di prevenzione ritengano possa fornire informazioni rilevanti» (art. 20 OPCAT).

<sup>73</sup> Sull'argomento, cfr. A. Ciavola, *sub art. 67* ord. pen., in *L'esecuzione penale*, cit., p. 800.



CLAUDIO D'ALONZO

APPUNTI IN TEMA DI NFT\*

#### ABSTRACT

Gli NFT hanno fatto il loro ingresso nella realtà da poco meno di un decennio, per poi diffondersi rapidamente negli ultimi anni. Lo scopo del presente lavoro è quello di delineare alcuni temi connessi a tale strumento.

NFTs have been in existence for less than ten years and have spread rapidly in recent years. The purpose of this work is to outline some themes connected to this instrument.

#### PAROLE CHIAVE

NFT – proprietà intellettuale – tutela

NFT – IP – protection

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'unicità e l'autenticità – 3. La natura giuridica degli NFT – 4. Conclusioni.

1. Come è noto, i *token*, ossia i “gettoni digitali”, rappresentano un insieme di regole codificate in uno *smart contract*<sup>1</sup> e si basano sulla tecnologia *blockchain*<sup>2</sup>. In questo modo utilizzano un sistema di crittografia per archiviare le informazioni in “blocchi” univoci, che non possono essere sostituiti. Le informazioni sono memorizzate in un registro decentralizzato, in cui un blocco è concatenato ai blocchi successivi.

Tra le varie figure di *token* è possibile individuare quelli non fungibili (NFT), che hanno fatto il loro ingresso nella realtà da poco meno di un decennio<sup>3</sup>, per poi

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*

<sup>1</sup> La cui definizione è contenuta nel d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 convertito in legge 11 febbraio 2019, n. 12. Sul tema si rimanda a R. Battaglini, M. Giordano (a cura di), *Blockchain e smart contract*, Giuffrè, Milano, 2019.

<sup>2</sup> La *permissionless distributed ledger technology* (DLT), detta *blockchain*, è «un registro aperto e distribuito che può memorizzare le transazioni tra due parti in modo sicuro, verificabile e permanente» e aiuta a registrare e documentare tutti i movimenti relativi ad un determinato *token*. Cfr. <https://www.consob.it/web/investor-education/criptoalute>; A. Brancaccio (a cura di), *NFT mania: l'arte digitale tocca i 70 milioni di dollari*, in [iusinitinere.it](http://iusinitinere.it).

<sup>3</sup> Nel 2014 Kevin McCoy ha creato il primo NFT dal nome «Quantum».

diffondersi ampiamente negli ultimi anni. Caratteristica precipua dei *token* non fungibili è l'unicità insieme alla possibilità di rappresentare qualsiasi risorsa digitale su una *blockchain*<sup>4</sup>, rendendola così dimostrabile ed economicamente valutabile. Ulteriori peculiarità risiedono nella loro indivisibilità e nella circostanza per cui non possono essere scambiati con altri *token* della stessa tipologia, dal momento che il bene che rappresentano è unico e infungibile<sup>5</sup>; da ciò ne discende che un NFT è un oggetto virtuale unico ed inimitabile nel suo genere<sup>6</sup>.

L'avvento degli NFT ha avuto un impatto significativo in special modo nel mondo dell'arte<sup>7</sup>, ove ha facilitato la divulgazione delle opere realizzate e la trasparenza sull'autenticità e provenienza degli acquisti effettuati<sup>8</sup>; infatti, attraverso gli NFT è possibile controllare tutte le transazioni senza temere che le informazioni acquisite non siano veritiere, proprio perché garantite dalla tecnologia *blockchain*<sup>9</sup>.

Tuttavia, dal punto di vista giuridico molti sono i dubbi che uno strumento di questo tipo può suscitare e su cui la dottrina e la giurisprudenza saranno sicuramente chiamate a pronunciarsi nel corso del tempo. Tra questi, viene in primo luogo in considerazione la tutela della proprietà intellettuale, essendo dirimente la necessità di garantire non tanto la qualità dell'opera, quanto piuttosto la sua autenticità. Altra questione è quella relativa al valore del bene ed in particolare se sia temporaneo o se permanga nel tempo; in tale ultima ipotesi, è possibile ipotizzare che entri in gioco anche la sicurezza informatica. Altro aspetto particolarmente problematico riguarda l'individuazione della natura giuridica degli NFT e, conseguentemente, la tutela apprestata agli acquirenti. Le novità rappresentate da questo tipo di strumento vedono quale inevitabile contraltare la mancanza di una specifica legislazione di settore e, conseguentemente, la scarsa conoscenza da parte degli operatori degli aspetti tecnici e giuridici ad esso connessi. Lo scopo del presente lavoro è quello di delineare, se pur sommariamente, le possibili questioni giuridiche coinvolte.

2. Gli acquisti effettuati tramite NFT sono assoggettati a regole del tutto peculiari, parzialmente diverse da quelle riguardanti beni materiali. Oggetto di alienazione non è il bene in sé, il quale può restare nella disponibilità di chi lo ha creato o

---

<sup>4</sup> Ad ogni NFT corrisponde uno *smart contract* che viene replicato e distribuito in tutti i server della *blockchain*.

<sup>5</sup> Ciò li differenzia dai *token* fungibili, che hanno le stesse caratteristiche di una valuta digitale e sono divisibili.

<sup>6</sup> M. Grilli, *NFT e arte digitale*, in <https://www.dirittoconsenso.it/2021/06/22/nft-e-arte-digitale>.

<sup>7</sup> Infatti, gli NFT hanno avuto particolare rilievo nella compravendita di opere d'arte digitali, di brani musicali, addirittura di *Tweet* e *Gif*.

<sup>8</sup> K. Fisher, *Once upon a time in nft: Blockchain, copyright, and the right of first sale doctrine*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2019, p. 631.

<sup>9</sup> M.P. Fernandez, S. Gustafsson, F. Lakoubay, *There is no Such Thing as Blockchain Art - A report on the current status of the intersection of Blockchain*, 2019, p. 21.

precedentemente acquistato, ma solo il suo *token* identificativo<sup>10</sup>. In altre parole, l'acquirente di un NFT non acquisisce l'opera in sé, ma solo la possibilità di dimostrare l'esistenza di un diritto sulla stessa<sup>11</sup>.

Gli NFT hanno l'indubbio vantaggio di aver introdotto all'interno del mondo digitale ed in particolare del sistema *blockchain* i concetti di autenticità e di effettiva proprietà digitale. L'utilizzo di un *token* non fungibile fornisce la prova dell'esistenza di un diritto sul bene riprodotto in formato digitale, sia esso un'opera d'arte o meno, e della sua autenticità, oltre a dimostrarne l'unicità. Da ciò ne discende che solo un determinato soggetto può essere riconosciuto titolare del bene e, benché questo sia accessibile a chiunque, la prova della sua titolarità viene assicurata da un NFT<sup>12</sup>.

Per quanto riguarda lo specifico tema dell'autenticità, l'art. 64 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) prevede l'obbligo per chiunque effettui la vendita, l'esposizione o l'intermediazione di opere d'arte o di interesse storico o archeologico di consegnare all'acquirente un certificato di autenticità da apporre, ove possibile, su una copia fotografica degli stessi. Tuttavia, non vi è alcuna norma che stabilisca le modalità di formazione di tale certificato, con ciò rendendo possibile l'insorgere di problemi in tema di inadempimento contrattuale e di contraffazione<sup>13</sup>. A tali problemi sembrano dare soluzione proprio gli NFT. Nel caso di opere digitali, l'associazione con gli NFT permette di certificare come autentiche le copie rilasciate e di tracciarne i relativi scambi, dal momento che, una volta registrati, i *token* sono immutabili. In questo modo le opere digitali vengono poste sullo stesso piano di quelle "tradizionali", senza la necessità di un terzo che attesti la provenienza e l'autenticità delle stesse<sup>14</sup>, e ne viene agevolato il trasferimento al pari di quanto avviene per i beni materiali.

Con riferimento alla proprietà intellettuale, sembra innegabile che l'acquirente del *token* acquisisca il diritto di esposizione del bene sottostante, ma non acquisti la paternità dell'opera; di conseguenza, ciò comporterà la volontà degli emittenti di controllare rigorosamente l'utilizzo da parte degli acquirenti di qualsiasi diritto associato ad un NFT. Ad ogni modo, nulla impedisce alle parti di stabilire qualcosa di diverso, di modo che l'acquirente possa godere anche di altri diritti. Infatti, ciò di cui l'acquirente di NFT acquista la titolarità dipende dai codici contenuti all'interno del *token* stesso o dalle condizioni di vendita pattuite laddove le parti abbiano stipulato un

---

<sup>10</sup> N.A. Macleod, *Il Boom degli NFT tra arte, proprietà intellettuale e diritti all'asta*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>11</sup> Cfr. R. Moro Visconti, *La valutazione dell'arte digitale*, in *Diritto industriale*, 5, 2021, p. 475, il quale afferma che tutto ciò è garantito attraverso uno *smart contract*.

<sup>12</sup> K. Fisher, *Once upon a time*, cit., p. 630.

<sup>13</sup> N.A. Macleod, *Il Boom degli NFT*, cit.

<sup>14</sup> S. Anderson, *The Missing Link Between Blockchain and Copyright: How Companies Are Using New Technology to Misinform Creators and Violate Federal Law*, in *North Carolina Journal of Law & Technology*, 2018, p. 30.

contratto di tipo tradizionale<sup>15</sup>; tuttavia, appare difficile ipotizzare che si possa arrivare ad una privazione dei diritti di proprietà intellettuale di chi ha emesso il *token*.

3. La diffusione degli NFT ed il loro utilizzo inducono ad interrogarsi circa la natura giuridica di tali strumenti. Il dubbio trova la propria giustificazione nella circostanza per cui un'operazione di acquisto può non ridursi ad essere semplicemente tale, ma può anche rappresentare un investimento di tipo finanziario; sicché, è lecito domandarsi se gli NFT debbano essere considerati alla stregua di valori mobiliari, che possono essere oggetto di negoziazione e, conseguentemente, attribuiscono ai loro possessori il diritto di partecipare agli utili prodotti da chi li ha "emessi" o se, al contrario, siano unicamente "beni" sottoposti alle regole comuni in tema di compravendita.

Nella ricerca della soluzione al problema, dirimente sembra essere proprio la componente di investimento sottesa all'operazione. È possibile affermare che chi sceglie di acquistare un *token*, arrivando a spendere anche cifre considerevoli, spera di ottenere un profitto in caso di successiva alienazione. La circostanza per cui al momento dell'acquisto emerga già la possibilità di realizzare un guadagno in caso di successiva circolazione del *token*, potrebbe indurre a ritenere che gli NFT costituiscano dei veri e propri valori mobiliari, con conseguente attribuzione all'acquirente di un diritto di credito nei confronti dell'emittente.

Senonché, chi acquista un NFT non partecipa all'attività economica dell'emittente e, di conseguenza, non sembra avere alcun diritto di distribuzione agli utili eventualmente prodotti, né tantomeno può essere equiparato a chi ha sottoscritto un titolo che attribuisce un diritto di credito<sup>16</sup>. Opinare in senso contrario porterebbe inevitabilmente a snaturare l'operazione effettuata e ad assimilare l'acquisto di NFT ad un conferimento in società ovvero alla sottoscrizione di obbligazioni.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si può ricavare che laddove l'attività dell'emittente sia florida, l'unico vantaggio patrimoniale riconosciuto ai possessori di NFT è quello di poter beneficiare dell'aumento del valore dei *token* stessi e, conseguentemente, di ottenere un profitto in caso di loro successiva alienazione. I *token* non fungibili non possono essere assimilati a valori mobiliari, apparendone diversa la natura e mancando qualsiasi forma di informazione sulla situazione finanziaria dell'emittente. Tale conclusione appare condivisibile anche laddove l'acquisto di NFT venga effettuato a fini eminentemente speculativi, ossia qualora lo scopo di ottenere un guadagno derivante dalla loro successiva alienazione caratterizzi l'intera operazione<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Ad esempio, l'emittente di NFT potrebbe prevedere un pagamento continuo automatizzato di *royalties* o di commissioni su qualsiasi vendita dei *token*.

<sup>16</sup> P. Hacker, C. Thomale, *Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law*, in *European Company and Financial Law Review*, 2017, p. 35.

<sup>17</sup> In senso contrario, P. Hacker, C. Thomale, *Crypto-Securities Regulation*, cit., p. 35, secondo cui in tale ipotesi si tratta di vere e proprie «*securities*».

4. Sulla base di quanto sinora esposto, sembra possibile affermare che quantomeno nell'immediato futuro il mercato degli NFT sembra destinato ad incrementare e ad espandersi ulteriormente. Soprattutto nel settore della proprietà intellettuale, gli NFT possono rappresentare uno strumento utile alla lotta alla contraffazione. Infatti, l'unicità che li caratterizza rappresenta un'indicazione dell'autenticità del bene e, di conseguenza, si pone quale limite ad eventuali violazioni dei diritti IP. Tuttavia, resta sempre il dubbio che le potenzialità dei *token* non fungibili possano non essere sfruttate a pieno e che questi si tramutino in una bolla speculativa anziché in una vera e propria opportunità di investimento.

Ad ogni modo, i problemi coinvolti non sono solo quelli sommariamente evidenziati, ma si estendono anche ad altri settori del diritto. L'utilizzo di questo strumento e le modalità in cui vengono effettuate le operazioni di acquisto implicano la necessità di una tutela sia degli emittenti, sia degli acquirenti. Per quanto riguarda i primi, un profilo che si manifesta per la sua rilevanza è quello per cui l'emissione di un *token* non fungibile può non essere effettuata direttamente dall'emittente, ma da un terzo a cui quest'ultimo si rivolge. In altre parole, l'emissione di un NFT può richiedere la stipula di un ulteriore contratto con un soggetto specializzato. Se questo è vero, ne discende che il contratto di "creazione" di NFT deve indicare specificatamente non solo l'oggetto dell'accordo, ma deve anche garantire tutela ai diritti di proprietà intellettuale dell'emittente e a tutte le informazioni di cui il contraente potrebbe venire a conoscenza. In tale prospettiva, appare preferibile indicare anche le condizioni alle quali gli NFT verranno offerti in vendita.

Con riferimento agli acquirenti, viene in considerazione la questione relativa alla loro informazione; infatti, si rende necessario che siano adeguatamente portati a conoscenza dell'operazione di acquisto che si accingono ad effettuare e delle possibili ricadute che dalla stessa possono derivare. Tale informazione sembra acquisire maggior rilievo se solo si considera che l'acquisto di un NFT può rappresentare un "punto di non ritorno", non sembrando possibile esercitare il diritto di recesso<sup>18</sup>; ciò in quanto, la struttura della *blockchain* non consente di modificare a ritroso la catena<sup>19</sup>.

I molteplici problemi che possono derivare dall'utilizzo degli NFT e la conseguente necessità di tutela degli interessi coinvolti rendono opportuna non solo l'emanazione di una specifica legislazione che regolamenti ogni aspetto dell'acquisto, ma anche una collaborazione tra i singoli legislatori nazionali e le piattaforme di NFT per aumentare la protezione delle parti coinvolte.

---

<sup>18</sup> Cfr. E. Simionato, *NFT, immagini e copyright: il caso Emrata*, in [iusinitinere.it](http://iusinitinere.it).

<sup>19</sup> Cfr. A. Brancaccio, *NFT mania*, cit., secondo cui in Italia «sarebbe necessario incrementare il Codice del Consumatore con riferimenti specifici a questa nuova modalità di circolazione del denaro e rendere l'acquirente o l'investitore conscio di ciò a cui va incontro, di quali sono i suoi diritti e i suoi limiti».





Rosa Stella De Fazio

MARKING 20 YEARS OF UN CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME: A CRITICAL ASSESSMENT OF ITALY'S RESPONSE TO THE OBLIGATIONS TO CRIMINALIZE STEMMING FROM THE PALERMO CONVENTION\*

ABSTRACT

Nel ventennale dell'entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale (UNTOC), l'articolo mira a fornire al lettore una valutazione critica sull'attuazione degli obblighi di criminalizzazione derivanti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli aggiuntivi per gli Stati parte, con un focus sull'Italia. La ricerca si concentra pertanto su alcune criticità relative all'attuazione della Convenzione nel diritto interno, prima tra le quali l'incompletezza della legge italiana n. 146/2006 di ratifica e adesione dell'UNTOC, ma anche sul meccanismo di revisione della Convenzione di Palermo e delle strategie regionali per prevenire i crimini transnazionali previsto dalla risoluzione 75/196 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite di recente adozione.

Twenty years after the entry into force of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC), the article aims at providing the reader with a critical assessment of the implementation of the criminalization obligations arising from the Convention and its Additional Protocols for States Parties, with a focus on Italy. The research therefore focuses on a number of issues related to the implementation of the Convention in the Domestic Law, at first the incompleteness of Italian Law n. 146/2006 of ratification and accession of the UNTOC, but also on the revision mechanism of the Palermo Convention and regional strategies to prevent transnational crimes provided for in the recently adopted UN General Assembly Resolution 75/196.

PAROLE CHIAVE

UNTOC – Obblighi di criminalizzazione – Risoluzione ONU 75/196

UNTOC – Obligations to Criminalize – UN Resolution 75/196

SOMMARIO: 1. Introduction – 2. Italy's Response to the Obligations to Criminalize Stemming from the Palermo Convention – 3. (Follows) The Ratification and Accession to the Palermo Convention by Law no. 146/2006: critical remarks – 4. The UN Resolution 75/196 on Strengthening the Crime Prevention and Criminal Justice Programme: the Role of Italy – 5. Final remarks.

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

1. Over the twenty years following the entry into force of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime («Palermo Convention»)<sup>1</sup>, this contribution is first aimed at providing the reader with a critical assessment on the implementation of the obligations to criminalize stemming from the Convention and its Additional Protocols<sup>2</sup> for the States Parties, above all in relation to Italy. The research also reveals that, although the notorious difference between the two categories of crimes<sup>3</sup>, the purpose of the Convention – the promotion of cooperation to prevent and fight transnational organized crime (art. 1) -<sup>4</sup> significantly impacted on the Italian legal discipline of counterterrorism. Indeed, the Italian legal discipline has traditionally been focused on the fight against domestic<sup>5</sup> and international<sup>6</sup> terrorism, which a recrimalized by the Italian Criminal Code, but in recent years has this discipline been

---

<sup>1</sup> United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted by General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000, opened for signature by Member States at a High-level Political Conference convened for that purpose in Palermo, Italy, on 12-15 December 2000 and entered into force on 29 September 2003, 190 Parties (as of 26 July 2018), [www.unodc.org](http://www.unodc.org), accessed 26 August 2021. See P. Hauck, S. Peterke, *International Law and Transnational Organised Crime*, Oxford University Press, Oxford 2016, pp. 277-279; A. Mattarella, A. Balsamo and R. Tartaglia (eds.), *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, Giappichelli, Torino 2020; S. Carnevale, S. Forlati, O. Giolo (eds.), *Redefining Organized Crime - A Challenge for the European Union?*, Hart, Oxford 2017; S. Forlati, *The Palermo Convention at Twenty: Institutional and Substantive Challenges*, Brill, Leiden 2021) for an in-depth analysis of the contents of the Palermo Convention and the several issues linked to its application by the Parties over the last twenty years.

<sup>2</sup> Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children («Protocol against trafficking in persons»), adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000, entered into force on 25 December 2003, 178 Parties; the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, adopted by General Assembly resolution 55/25, entered into force on 28 January 2004, 150 Parties; and the Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, their Parts and Components and Ammunition, adopted by General Assembly resolution 55/255 of 31 May 2001 and entered into force on 3 July 2005, 120 Parties, [www.treaties.un.org](http://www.treaties.un.org), accessed 26 August 2021.

<sup>3</sup> At this regard, some preliminary remarks should be done on the political motivations underlying the crime of terrorism and the aim of «financial or other material benefit» to be obtained by an «Organized criminal group» according to Article 2(a) of the Palermo Convention (*supra* note 1). See E. Rosi, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, IPSOA, Milano 2007; M.J. Christensen, N. Boister, *New Perspectives on the Structure of Transnational Criminal Justice*, Leiden, Brill 2018; A. Balsamo, A. Mattarella, R. Tartaglia, *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, Giappichelli, Torino 2020; R. Virzo, *La confisca nell'azione internazionale di contrasto ad attività internazionali*, Napoli, ESI 2020.

<sup>4</sup> Palermo Convention, cit., Article 1.

<sup>5</sup> Article 280 of the Italian Criminal Code «Attentato per finalità terroristiche o di eversione» foresees that «Anyone who, for the purpose of terrorism or subversion of the democratic order, attacks the life or safety of a person, is punished, in the first case, with imprisonment not less than twenty years and, in the second case, with imprisonment not less than six years».

<sup>6</sup> The reference is above all to Article 270 *sexies* «Condotta con finalità di terrorismo», but also to Article 270 *bis* «Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico», 270 *bis* 1 «Circostanze aggravanti e attenuanti», 270 *quater* «Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale», 270 *quinquies* «Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale», 270 *quinquies* 1 «Finanziamento di condotte con finalità di terrorismo» of the Italian Criminal Code.

expanded and updated by the Italian Laws no. 43/2015<sup>7</sup> and 153/2016<sup>8</sup>, as well as by the Legislative Decree no. 21/2018<sup>9</sup>. The article is therefore mainly focused on the relevant enlargement of the scope of the Palermo Convention to all serious crimes<sup>10</sup> with elements of transnationality committed by organized criminal groups<sup>11</sup> (artt. 2-3) and the obligations herein contained for the State Parties to include in their domestic legislations, *inter alia*, the four typical crimes<sup>12</sup>, namely: «participation in an organized criminal group» (art. 5)<sup>13</sup>, «money laundering» (artt. 6-7)<sup>14</sup>, «corruption» (art. 8)<sup>15</sup> and

---

<sup>7</sup> Law no. 43 of 17 April 2015 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione», 91(2015) Official Journal of the Italian Republic, [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), accessed 26 August 2021.

<sup>8</sup> Law no. 153 of 28 July 2016 «Norme per il contrasto al terrorismo, nonché ratifica ed esecuzione: a) della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005; b) della Convenzione internazionale per la soppressione di atti di terrorismo nucleare, fatta a New York il 14 settembre 2005; c) del Protocollo di Emendamento alla Convenzione europea per la repressione del terrorismo, fatto a Strasburgo il 15 maggio 2003; d) della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005; e) del Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatto a Riga il 22 ottobre 2015», 185(2016) Official Journal of the Italian Republic, [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), accessed 26 August 2021.

<sup>9</sup> Legislative Decree no. 21 of 1 March 2018 «Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103», 68(2018), Official Journal of the Italian Republic, [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), accessed 26 August 2021.

<sup>10</sup> A «serious crime» is defined as «conduct constituting an offence punishable by a maximum deprivation of liberty of at least four years or a more serious penalty» at Article 2(b) of the Convention (*supra* note 1).

<sup>11</sup> According to Article 2(a) of the Palermo Convention (*supra* note 1) an «organized criminal group» means «a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit» (P. Hauck, S. Peterke, *International Law*, cit., p. 277).

<sup>12</sup> As a consequence of the entry into force of the three Additional Protocols to the Palermo Convention, this catalogue of crimes has been added with the trafficking in human beings, smuggling of migrants and offences related to the illicit manufacture and trafficking of firearms. The formulation of such crimes is relevant since it gave an impulse to the Parties to introduce them in their domestic legislation while drafting *ad hoc* laws to ratify the Convention and Additional Protocols, with some relating problems linked to the double incrimination of crimes. For a comment, see D. Luban, J.R. O'Sullivan, D.P. Stewart (eds.), *International and Transnational Criminal Law*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn 2019, p. 493.

<sup>13</sup> Palermo Convention, cit., Article 5 «Criminalization of participation in an organized criminal group».

<sup>14</sup> Ivi, Article 6 «Criminalization of the laundering of proceeds of crime» and Article 7 «Measures to combat money-laundering». In this regard it should be noted the direct relevance of the Palermo Convention in this field since it provides an *ad hoc* tool for international cooperation (P. Hauck, S. Peterke, *International Law*, cit., p. 277; W.H. Byrnes, R.J. Munro, *Money Laundering, Asset Forfeiture and Recovery and Compliance – A Global Guide*, LexisNexis, New York 2020).

<sup>15</sup> Palermo Convention, cit., Article 8 «Criminalization of corruption». With regard to corruption, it should be noted that more specific legal provisions have been established in separate documents to the

«obstruction of justice» (art. 23)<sup>16</sup>. At the same time, the analysis includes the development – alongside the Criminal Law measures and those aimed at repressing the codified illicit behaviors – of protection and assistance measures in favor of victims of transnational crimes, qualified by the Palermo Convention<sup>17</sup> and the Protocol against trafficking in persons subjects of crimes to be protected and assisted «with full respect of their human rights»<sup>18</sup>. In addition, the research is focused on the relevance of the Palermo Convention to the cooperation among law enforcement bodies<sup>19</sup> and to the request to the Parties of mutual legal assistance when taking evidence or statements, the service of official documents, searches, seizures, freezing of assets, examining objects and sites, and providing information and evidence<sup>20</sup>. However, the limitations existing in the Domestic Law of the requested Party<sup>21</sup> makes it difficult to achieve this, since any action of law enforcement that is not provided for in the current police procedure of the requested Party may be refused<sup>22</sup>.

In the last part of the present contribution, the research is finally focused on exploring the recently adopted UN Resolution 75/196<sup>23</sup>; the new emphasis placed by it on the mechanism for the review of the implementation of the Palermo Convention and its Additional Protocols<sup>24</sup>; the legal implications of its adoption for Italy and the consequent impact on the response to the obligations to criminalize.

2. The analysis leads to some remarks on the legal consequences - and some related critical issues - of the obligations to criminalize stemming from the Palermo Convention for the Italian legislator<sup>25</sup>. In this regard, it should be recalled that the

---

Palermo Convention, such the United Nations Convention against Corruption (UNCAC), adopted by General Assembly resolution 58/4 of 31 October 2003, entered into force on 14 December 2005, [www.unodc.org](http://www.unodc.org), accessed 26 August 2021. The Convention's far-reaching approach and the mandatory character of many of its provisions make it a unique tool for developing a comprehensive response to a global problem. However, UNCAC does not go beyond the rules established in UNTOC, but focuses on the several requirements of the fight against corruption, such as preventive measures (Chapter II «Preventive measures»), criminalization (Chapter III «Criminalization and Law Enforcement»), international cooperation (Chapter IV «International Cooperation») and asset recovery (Chapter V «Asset Recovery») (V. Mitsilegas, S. Hufnagel, A. Moiseenko, *Research Handbook on Transnational Crime*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2019, pp. 35-36).

<sup>16</sup> Palermo Convention, cit., Article 23 «Criminalization of obstruction of justice».

<sup>17</sup> Palermo Convention, cit., Article 25 «Assistance to and protection to victims».

<sup>18</sup> Protocol against trafficking in persons, cit., Article 2(b) «Statement of purpose».

<sup>19</sup> Indeed, it foresees at Article 18 that «Parties are required to afford one another the widest measure of mutual legal assistance in investigations, prosecutions and judicial proceedings in relation to offences covered by the Convention».

<sup>20</sup> Palermo Convention, cit., Article 18(3) (a)-(e).

<sup>21</sup> Ivi, Article 18(3) (i).

<sup>22</sup> V. Mitsilegas, S. Hufnagel, A. Moiseenko, *Research Handbook*, cit., p. 36.

<sup>23</sup> UN General Assembly Resolution 75/196 of 28 December 2020, Un Doc. A/RES/75/196 (2020).

<sup>24</sup> Ivi, para. 6.

<sup>25</sup> Italy has ratified the Palermo Convention and its Additional Protocols by the Italian Law no. 146 of 16 March, 2006 «Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31

obligations to criminalize requires the commitment of the Parties to treat the aforementioned cases as *crimes* in their domestic legislation, with the consequent approximation of legislations and the desirable resolution of the problems of double criminalization<sup>26</sup>, which hinders the judicial cooperation. This process also involved Italy, where it is all the more important to adopt advanced and specialized legal tools to improve judicial cooperation, as well as to provide for a correct and uniform criminalization of the associative conduct. In this process, the delayed ratification by our Country of the Palermo Convention<sup>27</sup> has had a negative impact, with the result of consolidating the refractoriness to a prompt adaptation process typical of the Italian system, already observed with regard to the European obligations in criminal matters<sup>28</sup>.

One of the reasons for this slowdown can probably be traced back to the previous substantial extraneousness of “transnational crime” in the Italian legal system and the variegation of the cases contemplated by the Palermo Convention and its Additional

---

maggio 2001», 85(2006) Official Journal of the Italian Republic, [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), accessed 26 August 2021. In addition to the ritual provisions of authorization for ratification (Article 1) and order of execution (Article 2), the law contains a series of necessary rules for implementing the Convention and the Protocols, e.g. Article 5 that determines the “central authority” for mutual assistance operations, pursuant to Article 18, paragraph 13, of the Convention; Article 10 on the liability of legal persons and Article 14, which modifies the offense referred to in Article 377 of the Criminal Code, renamed «Intralcio alla giustizia» (see G. Michelini, *La Convenzione di Palermo/2. Il ruolo dell'Italia nella redazione del testo finale*, into *Rivista di Studi e Ricerche sulla Criminalità Organizzata*, 5(2), 2019, p. 21 ss.).

<sup>26</sup> See, for example, the issue of double criminality for extradition purposes, relating to the indication of the fact put in place by the extradition with the same *nomen iuris* in the legal system of the two States, on which the Italian Court of Cassation, II Criminal Section, case 26 April 2016 no. 17172 recalling a principle stated in the previous case 18 June 2009 no. 36038, *Hogea*, Rv. 245589 on the European arrest warrant (evidently also valid for extra-conventional extradition). In this ruling, the Court specified that «for the purposes of delivery abroad, the requirement of double punishment must be satisfied, if not through the full correspondence of the foreign regulatory scheme to the national one, at least in terms of concrete punishment of the case in both jurisdictions» (for a comment see G. Della Volpe, *Il principio della doppia incriminabilità nell'applicazione provvisoria di misure cautelari a fini estradizionali*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), accessed 26 August 2021).

<sup>27</sup> *Supra* note 1.

<sup>28</sup> With reference to criminal matters and specifically to the transposition of European Union acts that have an impact on the protection of victims of crimes, it should be recalled the delay of the Italian authorities in implementing the Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012, which establishes minimum standards on the rights, assistance and protection of victims of crime and which replaces the framework decision 2001/220/JHA, which took place by means of the Italian Legislative Decree no. 212 of 15 December 2015, 3(2016) Official Journal of the Italian Republic, [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), accessed 26 August 2021. Similarly, it should be taken into consideration the failure of the Italian legislator to transpose by the deadline of 1 January, 2006 the Council Directive 2004/80/EC, of 29 April 2004, on the compensation of victims of crime, Official Journal L 261 of 6 August 2004, [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), accessed 26 August 2021; indeed, in this case the interplay between European Law and Domestic Law was realized by issuing the Italian Legislative Decree n. 204 of 9 November 2007, 261(2007) Official Journal of the Italian Republic, [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), accessed 26 August 2021 (on this issue see R. Mastroianni, *Un inadempimento odioso e persistente: la Direttiva comunitaria sulla tutela delle vittime dei reati*, into *Quaderni costituzionali*, 28(2), 2008, p. 406).

Protocols<sup>29</sup>, although the criteria of entrenched national jurisdiction allowed in many cases to criminalize conducts that could be defined as “transnational”. Another critical issue is the exclusion of many of the investigative techniques foreseen by the Convention<sup>30</sup> from the crimes for which criminalization was imposed, although these were known to the Italian system, followed by the introduction of the institution of criminal liability of legal persons in the national system.

3. The analysis of the mentioned issues leads to consider that Italian Law no. 146/2006<sup>31</sup>, issuing the ratification and accession of the Palermo Convention - although in the delayed fulfillment of the obligations of implementation by Italy of the criminalization obligations imposed by the Convention itself – had been drafted with the aim of giving the Italian legislator the opportunity to introduce relevant changes in the Domestic Law. The introduction of the examined Law, substantially in response to the will expressed by the United Nations in the Palermo Convention, became all the more necessary since the Italian Law no. 206/2004<sup>32</sup> has a rather sectorial aspect, namely the protection of victims but limited to domestic terrorism. In addition to that, the effectiveness of Law no. 206/2004 is compromised by the failure of the Italian authorities to allocate adequate economic resources for the compensation of the victims of terrorism and their families<sup>33</sup>.

The intention of the Italian legislator to give a definition of “transnational crime” first emerges from Italian Law no. 146/2006<sup>34</sup>, at the same time improving the domestic legislation on extradition and judicial assistance and for confiscation purposes<sup>35</sup>. With

---

<sup>29</sup> *Supra* notes 1 e 2.

<sup>30</sup> Article 20 «Special investigative techniques» of the Palermo Convention (*supra* note 1) provides for the Parties «to allow for [...] the use of other special investigative techniques, such as electronic or other forms of surveillance and undercover operations, by its competent authorities in its territory for the purpose of effectively combating organized crime».

<sup>31</sup> *Supra* note 25.

<sup>32</sup> Italian Law 3 August 2004, no. 206 «Nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice», 187(2004) Official Journal of the Italian Republic, [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), accessed 26 August 2021.

<sup>33</sup> Indeed, Law 204/2006 recognizes «to whoever suffers or has suffered a permanent invalidity of any entity and degree as a result of acts of terrorism [...] an increase of the law in fact recognizes to anyone who suffers or has suffered a permanent invalidity of any entity and degree as a result of acts of terrorism an increase of pensionable earnings of a share of 7,5» (Article 1(1)) and «a 10-year hypothetical increase in contribution payments intended to increase, for an equal duration, the length of pension, the extent of pension, as well as termination or equivalent treatment» (Article 3(1)) (*see* R.S. De Fazio, *La tutela e la memoria delle vittime del terrorismo internazionale*, into *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2017, p. 57).

<sup>34</sup> Italian Law no. 16 March 2006, no. 146 «Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea Generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001», 85(2006) Official Journal of the Italian Republic, [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), accessed 26 August 2021.

<sup>35</sup> UN General Assembly Resolution 75/196, *cit.*, Article 6. The discipline of the cooperation for confiscation purposes was previously based on the disposal of Article 745 C.C.P. «Richiesta di misure

regard to this topic, it should be remarked that Law no. 146/2006 defines more exhaustively both the special cases of compulsory confiscation and confiscation for equivalent<sup>36</sup> and the investigation activity for the purposes of confiscation<sup>37</sup>. However, Law no. 146/2006 is deficient in introducing into the Italian Domestic Law many of the obligations to criminalize foreseen by the Palermo Convention. With regard to counter money laundering<sup>38</sup>, regulated by Article 6 of the Palermo Convention<sup>39</sup> and in the absence of an impact on this discipline by the Law Decree no. 350/2001<sup>40</sup>, Law no. 146/2006 might have contained some disposals aimed at making the economic activities absolutely transparent and identifiable in the interested parties (above all, under a substantial point of view) as well as at making traceable the paths of money flows<sup>41</sup>. Nevertheless, Law no. 228/2003<sup>42</sup> is in line with the first Additional Protocol<sup>43</sup> to the Palermo Convention and its scope, namely the regulatory discipline of the fight against human trafficking.

Law no. 146/2006 is therefore limited to pursuing the scope of adapting the national legal system more coherently to the needs of preventing and fighting transnational crime<sup>44</sup> set out in the Convention and its Additional Protocols, in any case by bringing changes to the previous *corpus* of substantive and procedural provisions in order to influence (hopefully by facilitating) the activities of the police forces and the investigating judiciary in the fight against crime.<sup>45</sup> This task is accomplished above all through the introduction of a specific aggravating circumstance sanctioning the «crime

---

cautelari all'estero», providing that «When requesting the execution of a confiscation (240 C.C.), the Minister has the right to request the confiscation» (c. 2).

<sup>36</sup> Italian Law 206/2004, cit., Article 11 «Ipotesi speciali di confisca obbligatoria e confisca per equivalente».

<sup>37</sup> Ivi, Article 12 «Attività di indagine a fini di confisca».

<sup>38</sup> For a comment, see M. Sciarba, *Anti Money Laundering State Mechanisms. International Experiences, Current Issues and Future Challenges*, Edition Faust, Frankfurt am Main 2018.

<sup>39</sup> *Supra* note 1.

<sup>40</sup> Italian Law Decree 25 September 2001, no. 350 «Disposizioni urgenti in vista dell'introduzione dell'euro», 224(2001) Official Journal of the Italian Republic, [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), accessed 26 August 2021.

<sup>41</sup> See the Report of the discussion held on the draft law for ratification and execution of the United Nations Convention and Protocols against transnational organized crime (AS 2351), released by the Commission in the session of 23 March 2004 of the Parliamentary Commission of Investigation on the Phenomenon of Mafia or Similar Organized Crime of the Italian Parliament, March 2004, [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it), accessed 26 August 2021, p. 6.

<sup>42</sup> Italian Law 11 August 2003, no. 228 «Misura contro la tratta di persone», 195(2003) Official Journal of the Italian Republic, [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), accessed 26 August 2021.

<sup>43</sup> Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, *supra* note 2.

<sup>44</sup> For a definition, see Italian Law no. 146/2006, cit., Article 3 «Definizione di reato transnazionale».

<sup>45</sup> On this issue, see F. Pakes, *Comparative Criminal Justice*, Routledge, London 2018.

of a transnational nature»<sup>46</sup> to be considered as «serious»<sup>47</sup> pursuant to Article 2(b) of the Palermo Convention: the most severe punishment of crimes attributable to a transnational criminal context underlies the reference to the notion of «transnational offence» stemming from Article 3 «Scope of application» of the Palermo Convention<sup>48</sup>.

In addition to the critical issues stressed with regard to the partial introduction of the obligations to criminalize into the Italian Domestic Law there is the question of the assistance provided to victims of crimes, introduced into the Italian legal system by Law no. 206/2004. Also, with regard to Law no. 206/2004, its difficult implementation has *de facto* left incomplete this discipline, foreseen by the Palermo Convention<sup>49</sup> in relation to the victims of transnational crimes and by its Additional Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children<sup>50</sup> in relation to the victim of human trafficking<sup>51</sup>. This is a matter that required (and still requires) to be introduced into the Italian legal system with the aim of regulating psychological, social and legal assistance suitable for guaranteeing the full and free exercise of the rights attributed to victims of crimes<sup>52</sup>. Neither the provision of State compensation and restitution interventions pursuant to the Palermo Convention<sup>53</sup>, suitable for guaranteeing the exercise of rights, has been introduced into the Italian Domestic Law. This lack also relates to the failure to introduce into the Italian legal system the most adequate guarantees of participation in the trial according to the Palermo Convention<sup>54</sup>, as well as the insurance for the victims of the crime and for the

---

<sup>46</sup> Palermo Convention, cit., at Article 2 «Use of terms» defines «Serious crime» as «[...] a conduct constituting an offence punishable by a maximum deprivation of liberty of at least four years or a more serious penalty».

<sup>47</sup> *Ibidem*;

<sup>48</sup> Palermo Convention, cit., at Article 3(2) establishes that « an offence is transnational in nature if: (a) It is committed in more than one State; (b) It is committed in one State but a substantial part of its preparation, planning, direction or control takes place in another State; (c) It is committed in one State but involves an organized criminal group that engages in criminal activities in more than one State; or (d) It is committed in one State but has substantial effects in another State».

<sup>49</sup> Palermo Convention, cit., Article 25 «Assistance to and protection of victims».

<sup>50</sup> *Supra* note 2, Section II «Protection of victims of trafficking in persons».

<sup>51</sup> In relation to the relevant domestic and European legislation on the fight against human trafficking, it should be recalled the Italian legislative decree no. 24/2014 «Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relative alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI», 60/2014 Official Journal of the Italian Republic, [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), accessed 26 August 2021.

<sup>52</sup> In relation to the protection of the victims' rights, *see inter alia* K. Braun, *Victim Participation Rights: Variation Across Criminal Justice Systems*, Springer, Berlin 2019 and P.M. Tobolowsky, *Crime Victim Rights and Remedies*, Carolina Academic Press, Durham 2016.

<sup>53</sup> Palermo Convention, cit., at Article 25(2) foresees that «Each State Party shall establish appropriate procedures to provide access to compensation and restitution for victims of offences covered by this Convention».

<sup>54</sup> Palermo Convention, cit., Article 25(3) on the duty of the Parties «[...] to enable views and concerns of victims to be presented and considered at appropriate stages of criminal proceedings against offenders in a manner not prejudicial to the rights of the defense».



witnesses of adequate compensation measures for the expenses incurred for participating in judicial and procedural activities.

The topics treated in relation to the implementation by the Italian legislator of the obligations to criminalize definitely recall some critical remarks on the partial accomplishment of the duty imposed on the Parties of the Palermo Convention to adequate their legislation to the innovative and detailed catalogue of provision linked to the fight against transnational crimes. An issue that is strictly linked to the implementation in Italy of the obligations to criminalize, several times revealed as difficult and long lasting, definitely recalls the need for new legislative measures aimed at ensuring the effectiveness of International and European Law in practice.

In relation to the implementation of the obligations to criminalize stemming from the Palermo Convention and their transposition in the domestic legislations, it should also be considered the role played by the domestic Courts in the interpretation of the Convention and its application in case law. As for the treatment of transnational organized crimes, some legal implications have arisen from the qualification done by the Italian Court of Cassation, case no. 15107/2016, II Criminal Chamber, Judgment, 7 April 2016, of the crime of massacre as a «crime against humanity that offends transnational interests»<sup>55</sup>. The sentence of the Court of Cassation was related to the “massacre of bar Sayonara” committed in Naples on 11 November 1989 by representatives of two local camorra families, as part of a clash between rival factions. The massacre had provoked six victims, and therefore, ten of the seventeen defendants had been sentenced to life imprisonment by the Court of Naples in 2013, while the remaining seven had been sentenced to eighteen or sixteen years of imprisonment. Compared to the judgment of 2013, however, the Court of Appeal of Naples on 23 January 2015 partially overturned the previous judgment, considering that against the defendants who had used the aforementioned mitigating factor the crime would have been extinguished by prescription after 22 years and six months. Nevertheless, in case no. 15107/2016 the Court of Cassation finally adhered to the orientation according to which crimes punished in abstract with life imprisonment for being the consequence of the death of one or more people, regardless of the recourse to extenuating circumstances that determine, in concrete terms, the application of a temporary prison sentence, were to be considered imprescriptible. Indeed, according to the Court of Cassation, the principle of non-retroactivity was not be invoked in relation to the crime of massacre since it, as «a crime that offends in every time and place the interests of the Union», should be considered included among the hypotheses referred to in Article 7, para. 2 of the ECHR<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> For a comment see S. Bernardi, *Prescrizione e strage alla luce del diritto europeo: una nuova problematica sentenza della Cassazione*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), accessed 26 August 2021 and F. Capone, *La qualificazione del delitto di strage come crimine contro l'umanità*, into *Giurisprudenza italiana*, 2016, pp. 2498-2503).

<sup>56</sup> S. Bernardi, *Prescrizione e strage*, *cit.*, para. 3.

As known, this provision endorses the principle of retroactivity of the most favorable discipline in Criminal Law, allowing the punishment - even retroactive - of actions (or omissions) that, at the time when they were committed, constituted «crimes» according to the general principles of law recognized by civil nations<sup>57</sup>. But in the interpretation of the notion of «crimes» according to Article 7.2 of the ECHR, the Court of Cassation includes the crime of massacre, as an «infringement of transnational interests», thus creating a confusion with the definition of «crime of transnational nature» given by Article 3 of the Palermo Convention<sup>58</sup>.

4. With reference to current events, particular attention seems to have been drawn once again to the fight against transnational crime<sup>59</sup> by the International Community through the adoption by the United Nations General Assembly at its 75th session, of Resolution 75/196<sup>60</sup> on «Strengthening the United Nations crime prevention and criminal justice programme, in particular its capacity for technical cooperation». The Resolution, proposed by Italy, is mainly aimed at giving particular emphasis to the Palermo Convention and its Additional Protocols, since they are considered as the most important tools of the International Community for fighting transnational organized crime<sup>61</sup>. Therefore, in the twentieth anniversary of its adoption by Resolution 55/25 of 15 November 2000<sup>62</sup>, the mechanism for the review of the implementation of the Palermo Convention and its Additional Protocols, adopted by the States Parties to the Convention in 2018, is recalled by Resolution 75/196<sup>63</sup>, urging Parties to actively participate in and support this process<sup>64</sup>.

---

<sup>57</sup> E. Bjorge, *Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees*, Oxford, Oxford University Press 2015, p. 208.

<sup>58</sup> *Supra* note 1.

<sup>59</sup> In 2019, when the process of adoption of Resolution 75/196 started, the General Debate of the General Assembly clearly highlighted the commitment of Member States to tackling organized crime and dismantling terrorist networks – a goal that the growth of connectivity and mobility in the global world has made more complex. On this issue, *see* the speech addressed by Ambassador Stefano Stefanile, Deputy Permanent Representative of Italy to the United Nations, at the Meeting of the Third Commission on “Strengthening the United Nations crime prevention and criminal justice programme, in particular its technical cooperation capacity” of October 2019 ([www.italyun.esteri.it](http://www.italyun.esteri.it), accessed 26 August 2021).

<sup>60</sup> Resolution 75/196 has been adopted on the report of the Third Committee (Social, Humanitarian and Cultural Affairs) of the General Assembly (A/75/479), para. 20, after the item entitled «Crime prevention and criminal justice» had been included in the agenda of the seventy-fifth session of the General Assembly on the recommendation of the General Committee, and allocated at its 2nd plenary meeting, on 18 September 2020, to the Third Committee.

<sup>61</sup> UN General Assembly Resolution 75/196, cit., para. 6.

<sup>62</sup> *Supra* note 1.

<sup>63</sup> UN General Assembly Resolution 75/196, cit., para. 7.

<sup>64</sup> The occasion for the launch of the review process has been the tenth session of the Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, held in Vienna from 12 to 16 October 2020 (*see* [www.unodc-organ.org](http://www.unodc-organ.org), accessed 26 August 2021).

The role of Italy in this regard is supposed to be crucial<sup>65</sup>: indeed, it has already been a pioneer in the establishment of Central Authorities and Specialized Agencies (e.g. Eurojust) that enable effective judicial cooperation at the international level - specifically in the fight against organized crime -<sup>66</sup>, also offering its expertise in this field<sup>67</sup> as a source of inspiration for other States when addressing this issue. Furthermore, the several types of crimes considered as “organized” need to be reported. As for illegal drug market, according to the statistics for Europe released by Europol<sup>68</sup> and the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction<sup>69</sup> in 2019 drug markets and organized crime groups have adapted to police enforcement, often becoming more exploitative and innovative, especially in their use of online and digital resources<sup>70</sup>. Then, human trafficking and migrant smuggling<sup>71</sup> are still on the agenda of policymakers as the main challenges facing the International Community<sup>72</sup>. At the

---

<sup>65</sup> It should be remarked that Italy’s priorities in the work of the Third Committee on preventing crime and tackling illegal drugs reflects the Italian longstanding engagement in this field. The history of the fight against organized crime in Italy is mostly linked to the fight against mafia-style organizations and Italy has long promoted initiatives for fighting organized crime at UN and within the European Union and the Council of Europe (S. Carnevale, S. Forlati, O. Giolo (eds.), *Redefining Organized Crime*, cit., p. 3).

<sup>66</sup> With reference to the role of Eurojust, the Agency is considered as “[...] the main supranational judicial structure in the world promoting the coordination of investigations on cross-border crime”, whose establishment has led to models of coordination between judicial authorities of various Member States on whose territory the investigations on serious crimes are conducted (R. E. Kostoris, *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, Berlin 2018, p. 227). Among its main functions, there is the follow up of those cases – especially those on international transnational crime -, involving more than two Member States, in order to determine the best venue for prosecution. In addition, Eurojust coordinates meetings with all the Countries involved in one case and invites the competent authorities to transfer their proceedings to the Country that is in the position to prosecute, convict or confiscate the proceeds of the crime (W. H. Byrnes, R. J. Munro, *International Law*, cit., p. 6). For the most recent developments of the Agency see T. Rafaraci, R. Belfiore (eds.), *EU Criminal Justice: Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor’s Office*, Springer, Berlin 2018, pp. 183-184; V. Mitsilegas, F. Giuffrida, *The role of EU Agencies in Fighting Transnational Environmental Crime. New challenges for Eurojust and Europol*, Brill, Leiden 2017.

<sup>67</sup> See *infra* note 52.

<sup>68</sup> See [www.europol.eu](http://www.europol.eu), accessed 26 August 2021.

<sup>69</sup> See [www.emcdda.europa.eu](http://www.emcdda.europa.eu), accessed 26 August 2021.

<sup>70</sup> See [www.transformdrugs.org](http://www.transformdrugs.org), accessed 26 August 2021.

<sup>71</sup> According to UNODC, human trafficking involves the recruitment, movement or harboring of people for the purpose of exploitation - such as sexual exploitation, forced labor, slavery or organ removal. Victims can be children or adults, boys, girls, men or women, and are trafficked by the use of improper means such as the threat or use of force, fraudulent schemes, deception, or abuse of power. It can occur within a country or across borders ([www.unodc.org](http://www.unodc.org), accessed 26 August 2021). With regard to child trafficking, it is defined as «The recruitment, transportation, transfer, harboring or receipt of a child for the purpose of exploitation» by the Protocol on Human Trafficking, cit., art. 3(c), accessed 26 August 2021.

<sup>72</sup> R. Väyrynen, *Illegal Immigration, Human Trafficking, And Organized Crime*, Discussion Paper 2003/072, Unu-Wider, Helsinki2003, pp 1-27. See also European Migrant Smuggling Centre/Europol, *4<sup>th</sup> Annual Report 2020*, [www.europol.europa.eu](http://www.europol.europa.eu), accessed 26 August 2021, to look back at the operations supported in 2019 by the Centre and the intelligence gathered to draw the possible evolution of these crime areas in the upcoming months.

same time, it should be noted that illegal financial flows are funding criminal and terrorist activities, taken into consideration the link between organized crime and terrorism<sup>73</sup>: definitely, organized crime poses a concrete threat to peace, security and sustainable development, requiring the double intervention - under International Law, by the full implementation and review mechanism of the Palermo Convention, foreseen by Resolution 75/196<sup>74</sup>, and under Domestic Law of the Parties to the Convention.

Furthermore, the need to fully implement the Convention already emerged with evidence from the conclusions of the General Assembly High-level Debate on «The Role of Regional Organizations in Strengthening and Implementing Crime Prevention Initiatives and Criminal Justice Responses», which took place on 6 June 2019. In this scope, also Resolution 75/196 recalls the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme<sup>75</sup>, urging States to develop national, sub-regional, regional and international strategies to prevent organized crime, with the support of relevant international organizations and other necessary measures<sup>76</sup>. These include the establishment - in accordance with Domestic Law and practice - of designated central and competent authorities and effective points of contact dedicated to facilitating the procedures related to international cooperation - including for extradition and mutual legal assistance requests - in order to effectively address transnational organized crime<sup>77</sup>.

5. From the research emerged several aspects linked to the implementation of the Palermo Convention, with particular emphasis to the obligations stemming from the Convention to criminalize *inter alia* the four typical crimes<sup>78</sup> and the (sometimes) critical issues linked to the transposition of these obligations into the Domestic Law of the Parties. This is the case of Italy, where Law no. 146/2006<sup>79</sup>, issuing the ratification and accession of the Palermo Convention<sup>80</sup>, revealed the incompleteness of the catalogue of rights to protect according to the provisions of UNTOC. At the same time, Italian Law no. 206/2004<sup>81</sup>, providing for the protection of victims of domestic terrorism, proved to be difficult because of its non-application. Nevertheless, a new

---

<sup>73</sup> A. Prokić, *The link between organized crime and terrorism*, *Law and Politics* 15(1) 2017, p. 85 ss.

<sup>74</sup> *Supra* note 60.

<sup>75</sup> Ivi, para. 20.

<sup>76</sup> The United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme has been accompanied by the establishment of a Network consisting of the United Nations Office on Drugs and Crime and a number of interregional and regional institutes around the world, as well as specialized centers. The network has been developed to assist the international community in strengthening co-operation in the crucial area of crime prevention and criminal justice ([www.unodc.org](http://www.unodc.org), accessed 26 August 2021).

<sup>77</sup> *Supra* note 60, para. 20.

<sup>78</sup> *Supra* notes 13-16.

<sup>79</sup> *Supra* note 25.

<sup>80</sup> *Supra* note 1.

<sup>81</sup> *Supra* note 32.

emphasis on the fulfillment by Italy - as State Party to the Palermo Convention<sup>82</sup> - of the obligations to criminalize stemming from UNTOC and its Protocols, which are core components of any crime prevention and criminal justice program, seems to have been recently placed by the adoption of Resolution 75/196<sup>83</sup>.

At this scope, the implementation of the review mechanism<sup>84</sup> of the Convention should be ensured, mainly by the closest cooperation with UNODC<sup>85</sup> and with all other relevant international institutions. The full implementation of the Palermo Convention also passes through Italy's support to Goal 16 of Agenda 2030<sup>86</sup>, an objective that could be achieved first by disseminating a culture of legality, with a focus on youth and education. Then, by enhancing access to justice, including by taking advantage of the opportunities offered by information technology. Finally, by advancing the protection of human rights for all, through a functional justice system for both victims and perpetrators of criminal actions.

---

<sup>82</sup> At this regard it should be recalled the impulse given by the Conference of the Parties to the UNTOC, in its tenth session of 12-16 October 2020, to the review of the implementation of the Convention and its Additional Protocols, as well as the treatment of other serious crimes, as defined in the Convention, including new forms and dimensions of transnational organized crime (see the Provisional agenda for the eleventh session of the Conference, CTOC/COP/2020/L.2, [www.unodc.org](http://www.unodc.org), accessed 26 August 2021).

<sup>83</sup> *Supra* note 23.

<sup>84</sup> *Supra* note 60.

<sup>85</sup> UNODC is the major UN actor in the field of crime prevention and criminal justice and assists requesting Member States to enhance the capacity of key crime prevention actors and systems to operate more effectively and in accordance with human rights, with a view to reduce crime, violence and victimization ([www.unodc.org](http://www.unodc.org), accessed 26 August 2021).

<sup>86</sup> Goal 16 of Agenda 2030 recalls for «Peace, justice and strong institutions» and implies the sustainable development, the respect of human rights and effective governance, based on the rule of law ([www.undp.org](http://www.undp.org), accessed 26 August 2021). See R. Smith, *International Human Rights Law*, OUP, Oxford 2020, p. 408 for a comment on the three dimensions of sustainable development (social, environmental and economic).



Gabriele Dell'Atti

GIUSTIZIA E VERITÀ: LA LEGISLAZIONE ITALIANA ED INGLESE IN  
MATERIA DI SOCIETÀ TRA AVVOCATI A CONFRONTO. SPUNTI DI  
RIFLESSIONE\*

ABSTRACT

In materia di servizi legali, l'ordinamento italiano e quello inglese sono profondamente diversi. Nell'esperienza anglosassone l'attività legale è attività di impresa. Tuttavia, vi è la necessità di evitare che l'utilizzo del modello societario snaturi la funzione riconosciuta all'avvocato.

In the field of legal services, the Italian and English systems are profoundly different. In the Anglo-Saxon experience, legal activity is business activity. However, there is the need to prevent the use of the corporate model from distorting the function of a lawyer.

PAROLE CHIAVE

Avvocato – impresa – società

Lawyer - business – partnerships & companies

SOMMARIO: 1. Premessa –2. La disciplina italiana ed anglosassone in materia di STA: due modelli a confronto - 3. Considerazioni conclusive

1. Il senso più intimo sotteso all'esercizio della professione forense ruota attorno ad una serie di principi e diritti inviolabili fondanti il nostro ordinamento, non declinabili solo nel diritto di difesa, bensì nel concetto ancor più ampio proprio dell'endiadi "giustizia e verità", laddove la giustizia si completa nella verità. Assicurare una difesa significa creare un flusso di informazioni teso a dirimere i contrasti, posto a garanzia della nuda verità (per ciò che essa è) e rivolto a raggiungere la giustizia.

Fuor di retorica, questo è il gravoso compito dell'avvocato; d'altronde, il raggiungimento del titolo all'esito di un *iter* professionale funge da causa *voei* della riserva dell'attività di assistenza giudiziaria in capo agli avvocati, *voei* della necessaria personalità della prestazione professionale e dell'indipendenza ed autonomia richiesta all'avvocato.

Ciò posto, a livello internazionale – e, in particolare, nell'esperienza anglosassone - la figura del professionista intellettuale è stata inserita a pieno titolo nella prospettiva

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

dell'impresa, considerata dall'ormai consolidata giurisprudenza comunitaria in senso ampio come «qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale entità e dalle sue modalità di finanziamento»<sup>1</sup>; il tutto, con necessaria conseguente applicazione dei principi della libera circolazione dei professionisti e di libera prestazione dei servizi professionali<sup>2</sup>.

Sotto il profilo organizzativo, poi, anche a prescindere dalla qualificazione o meno del professionista come esercente attività di impresa, è stata anche superata la storica ritrosia affinché i professionisti potessero utilizzare lo strumento societario<sup>3</sup>, di regola immaginato per l'esercizio dell'attività di impresa in forma collettiva.

---

<sup>1</sup> Si veda, *ex multis*, Corte Giust., 23 aprile 1991, caso Hoefner/Elser/Macroton, in Racc., 1991, p. 1-1979 ss.

<sup>2</sup> Al riguardo, si cfr. la Direttiva 2006/123/CE.

<sup>3</sup> Come è noto, a fronte dello storico limite dettato dall'art. 2 della Legge n. 1815 del 1939, le società tra avvocati sono state inizialmente regolamentate dal d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 (attuativo della Direttiva comunitaria n. 98/5/CE, del 16 febbraio 1998); successivamente, è seguita la legge 12 novembre 2011, n. 183, sulle società di professionisti (ed il relativo regolamento di attuazione: d.m. 8 febbraio 2013, n. 34), la delega contenuta all'articolo 5 della legge 31 dicembre 2012, n. 247 e, infine, l'art. 1, comma 141, della legge 4 agosto 2017, n. 124, con cui, a fronte della previa abrogazione del suddetto art. 5, è stato introdotto, nella legge n. 247/2012 l'articolo 4-bis, recante la disciplina dello "esercizio della professione forense in forma societaria", come poi integrata dall'art. 1, comma 443, della l. 27 dicembre 2017, n. 205. In giurisprudenza, si segnala la nota sentenza della Cass. Civ., Sez. Un., 19 luglio 2018, n. 19282, con cui, in ordine al frastagliato *excursus* normativo innanzi richiamato, per verso, è stato chiarito che «dal 1° l. 2018 l'esercizio in forma associata della professione forense è regolato dall'art. 4-bis della legge n. 247 del 2012» sostanzialmente sostitutiva della previgente disciplina dettata agli artt. 16 e ss. del d.lgs. n. 96/2001, e, per altro verso, con riferimento alla potenziale applicabilità della legge sulle società tra professionisti all'attività forense, che «prima del cit. art. 4-bis, unico consentito modello societario tra avvocati era quello di cui al D.Lgs. n. 96 del 2001, artt. 16 e ss.. Oggi, invece, il carattere anch'esso speciale dell'art. 4-bis della legge professionale degli avvocati fa sì che tale nuova disciplina prevalga sulla (anteriore e) generale disposizione della L. n. 183 del 2011». La sentenza è edita in *Società*, 2018, p. 1109 e ss., con nota di A. Busani.

Infine, in dottrina, tra i tanti e senza presunzione di esaustività, per una compiuta panoramica sul tema (alla luce della normativa di volta in volta vigente), si cfr.: G.F. Campobasso, *Diritto Commerciale*, Utet, Torino, 1997, p. 45; O. Cagnasso, *La disciplina del modello residuale "società tra avvocati"*, in *Società*, 2001, p. 1180; M. Stella Richter jr., *Società tra avvocati: prime riflessioni su costituzione, modificazione e nullità*, in *Foro it.*, 2001, p. 334; G. Alpa, *La nobiltà della professione forense*, Cacucci, Bari, 2004, p. 267; Id., *Le società tra avvocati*, in AA.VV., *Le società tra professionisti*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 1; G. Oppo, *Sul rapporto tra professione intellettuale e impresa*, in *Ultimi Scritti*, VIII, Cedam, Padova, 2013, in part., p. 53; C. Ibba, *Professione intellettuale e impresa (I, Concetti generali e II, Professionista intellettuale e imprenditore)*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 353 e p. 558; Id. *Professione intellettuale e impresa (III, Studio professionale e azienda)*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 331; Id. *Esercizio associato della professione: la legge 23 novembre 1939 n. 1815 e gli obiter dicta della Corte di Cassazione* (nota a Cass. 12 marzo 1987 n. 2555), in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, p. 321; Id., *Le società fra professionisti dopo l'abrogazione dell'art. 2 l. 1815/1939*, in *Riv. not.*, 1997, I, p. 1357; Id. *Sulla riforma delle libere professioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 165; ID, *Società fra avvocati e tipi societari*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 575; Id., *Le società tra professionisti: ancora una falsa partenza?*, in *Riv. Not.*, 2012, p. 1; G. Schiano di Pepe, *Le società di professionisti. Impresa professionale e società fra professionisti*, Giuffrè, Milano, 1977; P. Spada, *Società tra professionisti*, in *Riv. not.*, 1997, p. 1365; G. Marasà, *Le «società» senza scopo di lucro*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 424; Id., *Società tra professionisti e impresa*, in *Riv. not.*, 1997, p. 1347; Id. *Società e associazioni forensi dopo le modifiche introdotte dall'art. 1, comma 141, l. 4 agosto 2017, n. 124: prime considerazioni e interrogativi*, in *Giur. Comm.*, 2018, I, p. 28; A.M.



Tuttavia, il tema nodale dell'analisi dell'esercizio dell'attività forense in forma societaria è pur sempre rappresentato dalla necessità di evitare che l'utilizzo del modello societario snaturi la funzione riconosciuta all'avvocato in ragione della prevalenza della naturale propensione della società verso la massimizzazione del profitto; il tutto, però, senza dimenticare comunque che l'evoluzione delle attività professionali ha indotto spesso i singoli professionisti, allo scopo di rendere un migliore servizio alla clientela, a fare ricorso a forme plurisoggettive che tengano conto della complessità della singola questione affrontata e del sempre più alto livello di specializzazione richiesto.

2. Il modello italiano e quello anglosassone in materia di STA sono caratterizzati da regole e principi decisamente diversi.

Di seguito, dunque, si procede schematicamente a declinare le rispettive discipline attualmente in vigore, onde procedere di seguito ad una valutazione dei due modelli alla luce del richiamato ruolo dell'avvocato.

In particolare, quanto all'ordinamento italiano, è noto che l'art. 1, comma 141, della Legge 4 agosto 2017, n. 124, previa espressa abrogazione dell'art. 5 della legge professionale (che conteneva la delega legislativa al Governo per la disciplina dell'esercizio della professione forense in forma societaria, delega poi scaduta), ha nuovamente modificato la disciplina, inserendo nella Legge n. 247 del 2012 l'art. 4-*bis*; in particolare, tale norma consente l'esercizio in forma societaria della professione forense mercé l'utilizzo dei modelli societari tipizzati all'interno del codice civile (società di persone, di capitali o cooperative), prescrivendo schematicamente: - che le STA siano iscritte in un'apposita sezione speciale dell'albo tenuto dall'ordine territoriale nella cui circoscrizione ha sede la medesima società; - il divieto di partecipazione societaria tramite società fiduciarie, trust o per interposta persona (comma 1); - che: «i soci, per almeno due terzi del capitale sociale e dei diritti di voto, devono essere avvocati iscritti all'albo, ovvero avvocati iscritti all'albo e professionisti iscritti in albi di altre professioni; il venire meno di tale condizione costituisce causa di scioglimento della società e il consiglio dell'ordine presso il quale è iscritta la società procede alla cancellazione della stessa dall'albo, salvo che la società non abbia provveduto a ristabilire la prevalenza dei soci professionisti nel termine perentorio di sei mesi»; - che la maggioranza dei membri dell'organo di gestione debba essere composta da soci avvocati e che i componenti dell'organo di gestione non possano essere estranei alla compagine sociale; i soci professionisti possono rivestire la carica di amministratori; -

---

Leozappa, *Società e professioni intellettuali - Le società professionali tra codice civile e leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 2004; R. Salomone, *Le libere professioni intellettuali*, Cedam, Padova, 2010, p. 13; G. Bertolotti, *Le società tra avvocati*, Giappichelli, Torino, 2020; Id., *Società tra professionisti e società tra avvocati*, Giappichelli, Torino, 2013; Id., *Le società tra avvocati*, Giappichelli, Torino, 2020; C. Masieri, *Associazione tra avvocati, società tra avvocati e responsabilità professionale nel diritto italiano e comparato*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 629.

al comma 3, che, anche nel caso di esercizio della professione forense in forma societaria, resta fermo il principio della personalità della prestazione professionale, di talché l'incarico può essere svolto soltanto da soci professionisti in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della specifica prestazione professionale richiesta dal cliente, i quali assicurano per tutta la durata dell'incarico la piena indipendenza e imparzialità, dichiarando iniziali o sopravvenuti conflitti di interesse o casi di incompatibilità; - al comma 4, il concorso della responsabilità della società e dei soci con quella del professionista che ha eseguito la specifica prestazione; - al comma 5, che la sospensione, cancellazione o radiazione del socio dall'albo costituisce causa di esclusione dalla società; - al comma 6, che le società sono in ogni caso tenute al rispetto del codice deontologico forense e sono soggette alla competenza disciplinare dell'ordine di appartenenza; - che nella denominazione sociale deve essere indicato che trattasi di "società tra avvocati", e che le STA sono tenute ad applicare la maggiorazione percentuale relativa al contributo integrativo da riversare alla Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense<sup>4</sup>.

Tale scelta, invero, è stata assunta nel nostro ordinamento all'esito di un tortuoso *iter* normativo che, nel tempo, ha superato l'originario divieto di esercizio in forma societaria dell'esercizio delle professioni cd. protette di cui alla Legge 23 novembre 1939, n. 1815<sup>5</sup>.

Ebbene, nell'ordinamento dell'Inghilterra e del Galles, le società di persone (*partnerships*) vengono definite come la relazione tra persone che svolgono in comune un "*business*" per ottenere un profitto<sup>6</sup>; la parola "*business*" comprende sia l'esercizio delle professioni, sia le attività destinate al compimento di un unico affare<sup>7</sup>. Lo svolgimento di una professione intellettuale in forma societaria, dunque, può essere attuato attraverso la costituzione di una *Limited Liability Partnership* (LLP), ossia una particolare forma di collettività organizzata che non trova alcuna corrispondenza nei tipi di società presenti negli altri Stati europei e che richiama per certi versi le *limited liability partnerships* americane<sup>8</sup>.

La LLP è un modello societario non riservato esclusivamente ai professionisti, ma utilizzabile per lo svolgimento di qualsiasi attività commerciale, introdotto nell'ordinamento anglosassone dal *Limited Liability Partnerships Act* (LLPA) del

---

<sup>4</sup> Si segnala che, da ultimo, è stato pubblicato in G.U. Serie Generale n. 278 del 22 novembre 2021 il "Regolamento Società tra Avvocati" che entrerà in vigore dal 1° gennaio 2022; si è, dunque, concluso l'*iter* di approvazione ministeriale inerente gli aspetti previdenziali per l'esercizio in forma societaria della professione forense.

<sup>5</sup> Si veda nt. 1.

<sup>6</sup> Cfr. art. 1 Partnership Act 1890, che così stabilisce: "*Partnership is the relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit*".

<sup>7</sup> A. Cahn, D. Donald, *Comparative Company Law: Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 119.

<sup>8</sup> M. Andenas, F. Wooldridge, *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, p. 102.

2000<sup>9</sup>. Esso rappresenta un ibrido tra la società di persone (*partnership*) e la società a responsabilità limitata (*private limited company*), tant'è che alle disposizioni contenute nel LLPA si aggiungono quelle dettate in tema di società di persone, se pur in casi eccezionali<sup>10</sup>, e molte delle norme contenute nel *Companies Act* del 2006.

La LLP, inoltre, ha soggettività e personalità giuridica; è, dunque, un centro autonomo di imputazione di diritti ed obblighi cui si applica il regime di autonomia patrimoniale perfetta<sup>11</sup>. Nella LLP, poi, ciascun socio ha la rappresentanza della società, ha diritto di partecipare alla gestione della stessa e di riceverne direttamente gli utili<sup>12-13</sup>.

Per quanto riguarda i rapporti tra soci, poi, l'art. 5 del LLPA stabilisce che i diritti e i doveri di ciascuno di essi, così come quelli verso la società, possono essere disciplinati da uno specifico accordo non soggetto a pubblicità e la cui natura è confidenziale. In assenza di tale accordo, si applicano le norme previste dall'art. 7 del *Limited Liability Partnership Regulations* del 2001<sup>14</sup>, che ha integrato il LLPA.

Per quanto attiene la responsabilità, l'autonomia patrimoniale perfetta pone la LLP su un piano diverso anche rispetto alle *partnerships* tradizionali, ove i soci sono responsabili in solido con la società per le obbligazioni contratte nello svolgimento dell'attività<sup>15-16</sup>.

---

<sup>9</sup> Entrato in vigore nel 2001.

<sup>10</sup> Cfr. Sec. 1 (5) LLPA.

<sup>11</sup> La LLP viene ad esistenza attraverso il deposito dei documenti necessari presso il *Registrar of Companies*. La registrazione della LLP deve specificare i soci (*designated members*) che sono responsabili dell'esecuzione di una serie di funzioni relative alla *governance* della società.

<sup>12</sup> Merita di essere sottolineato che l'imposizione fiscale sui redditi prodotti dalla LLP grava direttamente sui singoli soci e non sulla società stessa.

<sup>13</sup> A. Cahn, D. Donald, *Comparative Company Law*, cit., p. 120, secondo cui alle LLP si applicano anche le regole contabili e di rendicontazione del *Companies Act* 2006.

<sup>14</sup> Per quanto riguarda i rapporti tra soci, poi, l'art. 5 del LLPA stabilisce che i diritti e i doveri di ciascuno di essi, così come quelli verso la società, possono essere disciplinati da uno specifico accordo non soggetto a pubblicità e la cui natura è confidenziale. In assenza di tale accordo, si applicano le norme previste dall'art. 7 del *Limited Liability Partnership Regulations* del 2001, che ha integrato il LLPA; tale articolo contiene dieci diverse disposizioni, che richiamano quelle contenute nel *Partnership Act* del 1890 in tema di rapporti tra soci e tra soci e la società.

<sup>15</sup> Tuttavia, diverso è il discorso per quanto riguarda la responsabilità extracontrattuale, con riferimento alla quale vi sono differenze a seconda che l'atto illecito sia stato compiuto in nome e per conto della società oppure no. A dire il vero, l'introduzione del modello della LLP trova la propria giustificazione nell'esigenza di rispondere alle pressioni dei grandi studi professionali, i quali non volevano incorrere nella cd. *vicarious liability*, ossia in quella forma di responsabilità imputabile alla società per omesso controllo (ove potenzialmente possibile e dovuto) in ordine ad atti illeciti commessi dai soci al di fuori dell'attività professionale; si cfr. A. Cahn, D. Donald, *Comparative Company Law*, cit., p. 119; G. Morse, *Partnership Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 293. Pertanto, il legislatore britannico ha stabilito di limitare tale forma di responsabilità, escludendo che la società potesse essere chiamata a rispondere in ipotesi di questo tipo. Al contrario, Sec. 6 (4) LLPA chiarisce che la LLP è responsabile nei confronti dei terzi, insieme al socio agente, laddove questi compia atti illeciti o omissioni nell'esercizio dell'attività sociale e spendendo il nome della società.

<sup>16</sup> Va precisato che, la legislazione anglosassone in materia di LLP è stata nel tempo novellata ad opera, tra l'altro, dei seguenti interventi normativi: *The Companies (Late Filing Penalties) and Limited Liability*

Per quanto attiene lo svolgimento delle professioni legali, poi, è noto che nell'ordinamento dell'Inghilterra e del Galles i professionisti in campo legale si dividono in due categorie principali: i "*solicitors*" ed i "*barristers*"<sup>17</sup>. In via esemplificativa, è possibile affermare che il *solicitor* è il legale posto all'inizio della catena, colui il quale esercita la propria attività di consulenza legale a diretto contatto con il cliente curando tutta la fase che prelude il processo<sup>18</sup>. Invece, il *barrister* è un avvocato che rappresenta e difende la parte in giudizio: pertanto, è posizionato alla fine della serie giacché non ha il contatto iniziale e diretto con il cliente assistito.

Premessa la separazione tra la figura del *solicitor* e quella del *barrister*, in Inghilterra e nel Galles l'attuale quadro normativo di riferimento è definito dal *Legal Services Act* del 2007 (LSA)<sup>19</sup>, secondo cui possono esercitare attività legali solo individui ed imprese autorizzate da un "*Approved Regulator*"<sup>20</sup>, nonché soggetti eccezionalmente esenti da detta autorizzazione<sup>21</sup>.

---

*Partnerships (Filing Periods and Late Filing Penalties) Regulations 2008 – SI 2008/497; The Limited Liability Partnerships (Accounts and Audit) (Application of Companies Act 2006) Regulations 2008 – SI 2008/1911; The Small Limited Liability Partnerships (Accounts) Regulations 2008 – SI 2008/1912; The Large and Medium-sized Limited Liability Partnerships (Accounts) Regulations 2008 – SI 2008/1913; The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009 SI 2009/1804; The Companies and Limited Liability Partnerships (Accounts and Audit Exemptions and Change of Accounting Framework) Regulations 2012; Limited Liability Partnership (Register of People with Significant Control) Regulations 2016.*

Per un approfondimento si rimanda alla guida *Life of a limited liability partnership (LLP)*, aggiornata al 31 dicembre 2020, reperibile su [www.gov.uk](http://www.gov.uk).

<sup>17</sup> Secondo le tradizionali regole anglosassoni, vi era una netta distinzione tra le competenze dei *barrister* e dei *solicitors*, giacché questi ultimi operavano una consulenza di tipo stragiudiziale per gli assistiti, occupandosi altresì di predisporre la documentazione necessaria alla causa. I *barristers* erano i titolari del diritto a comparire dinanzi alle corti superiori (c.d. *right of audience*), laddove invece i *solicitors* potevano stare in udienza esclusivamente d'innanzi alle c.d. *County Courts* e ai giudici di pace. Con il passare del tempo, tuttavia, il divario tra le due figure è andato riducendosi, poiché i *barristers* hanno via via perso l'antico monopolio del patrocinio dinnanzi alle corti superiori, potendo d'altro canto instaurare un rapporto diretto con i clienti. Allo stesso modo, il *Supreme Court Act 1981* ha conferito al *Lord Chancellor* il potere di concedere al *solicitor* – laddove fosse necessario – la possibilità di introdurre la disputa dinnanzi alla *Crown Court*; a ciò si aggiunga che il *Courts and Legal Service Act del 1990* ha riconosciuto definitivamente ai *solicitors*, in possesso di specifica autorizzazione, la possibilità di stare in giudizio dinnanzi alla suddetta Corte. Il divario tra *solicitors* e *barristers* si è ulteriormente assottigliato nel 1999, allorquando l'*Access to Justice Act 1999* ha concesso ai *solicitors* il c.d. *right of audience*, non più esclusivamente innanzi alla *Crown Court*, ma anche alla *Higher Court*.

<sup>18</sup> Diverse sono le aree in cui un *solicitor* può svolgere la sua attività, tra cui: diritto di famiglia, diritto penale, diritto del lavoro, proprietà intellettuale, questioni in materia di locazione.

<sup>19</sup> Anche noto come *Legge Tesco*, giacché Tesco, uno dei più grandi *brand* di supermercati anglosassoni, è stato tra i primissimi che, grazie alla liberalizzazione della professione forense, ha ottenuto una licenza per costituire una *Alternative Business Structures* (ABS), potendo offrire a prezzi competitivi anche servizi legali, diversificando così la propria offerta, esulando dalla consueta vendita di beni.

<sup>20</sup> Si rimanda alla *Legal services regulation map*, una mappa relativa alle connessioni esistenti tra i professionisti autorizzati e le rispettive Autorità regolatrici, reperibile su <https://legalservicesboard.org.uk>.

<sup>21</sup> La sezione 12 del LSA stabilisce le sei attività specifiche dei servizi legali che solo coloro che sono autorizzati (o coloro che sono esenti, ossia i soggetti di cui alle schedule 3 del LSA) possono svolgere.

Lo svolgimento della professione di avvocato in Inghilterra e Galles richiede il compimento di una serie di fasi: fase accademica consistente nella formazione universitaria e nello studio post-laurea, in cui si ottiene il *Graduate Diploma in Law* (GDL); fase professionale consistente nella pratica propedeutica all'ottenimento del titolo e nel superamento del *Legal Practice Course* (LPC); fase di aggiornamento professionale, successiva all'ottenimento del titolo e consistente nel costante aggiornamento del professionista in ragione delle novità normative e dell'evoluzione dell'ambiente di lavoro. In tal caso, si parla di *Continuing Professional Development* (CPD).

Più nel dettaglio, per diventare *solicitor*<sup>22</sup> è necessario completare la seguente formazione: tre anni di laurea, cui aggiungere un anno di corso di conversione, laddove l'aspirante *solicitor* non abbia un diploma di laurea in giurisprudenza; corso di pratica legale di un anno (LPC); corso biennale di abilitazione professionale; periodo di pratica di due anni in uno studio legale, dove il praticante è chiamato ad occuparsi di diverse materie per acquisire esperienza e scegliere la branca del diritto in cui vuole specializzarsi.

Tuttavia, di recente introduzione sono alcune novità afferenti il conseguimento del titolo di *solicitor*; infatti, da settembre 2021 per gli aspiranti *solicitors* è stato introdotto il *Solicitors Qualifying Examination* (SQE), che sostituirà completamente (a seguito di un periodo di transizione stimato in circa dieci anni, ossia entro il 2032) l'attuale percorso.

Inoltre, tornando al tema che qui interessa, si evidenzia che i *solicitors* hanno la possibilità di svolgere la professione tanto in forma individuale, quanto in forma

---

Queste sono chiamate "attività legali riservate" e il loro campo di applicazione è: «a) *The exercise of a right of audience*; b) *The conduct of litigation*; c) *Reserved instrument activities*; d) *Probate activities*; e) *Notarial activities*; f) *The administration of oaths*». Una volta che un professionista è autorizzato dal suo *Approved Regulator* ad esercitare servizi legali riservati, diventa soggetto alla regolamentazione di tale *Approved Regulator* per lo svolgimento delle attività legali (riservate e non).

In alcune circostanze, le persone considerate esenti ai fini del LSA possono esercitare un'attività legale riservata e senza bisogno di essere autorizzate. Per esempio, in relazione all'esercizio di un diritto di udienza una persona è considerata esente se detto diritto è stato concesso da un tribunale specifico in relazione ad un determinato procedimento, come nelle fattispecie del c.d. *McKenzie Friend*. Il termine "*McKenzie friend*" deriva dal caso *McKenzie / McKenzie* del 1970, in cui la corte decise che una parte che si rappresenta da sola in tribunale dovrebbe essere autorizzata ad avere un amico in tribunale che la assista. Nel tempo sono andate via via sviluppandosi associazioni di beneficenza e altre organizzazioni pensate per offrire tali servizi. In Inghilterra sono previsti diversi tipi di *McKenzie Friends*, tra cui: a) i membri della famiglia, o amici, che forniscono supporto morale in tribunale e non chiedono alcun compenso; b) aiutanti volontari legati a istituzioni o enti di beneficenza, che generalmente non si fanno pagare per il loro aiuto; c) infine, i *McKenzie Friends* a pagamento, che offrono sostegno nei procedimenti giudiziari. Per un approfondimento si rimanda ai documenti *Consultation – reforming the courts' approach to McKenzie Friends del 2016*, *Reforming the courts' approach to McKenzie Friends - Consultation Response del 2019* ad opera del Lord Chief Justice). L'elenco completo delle esenzioni si trova nella Schedule 3 della LSA.

<sup>22</sup> Tratto dalla guida *How to become a lawyer, fornita dal Bellerbys College, Brighton UK*, reperibile sul sito [www.bellerbys.com](http://www.bellerbys.com).

associata<sup>23</sup> tramite le c.d. *recognised bodies*, ossia strutture riconosciute dalla *Solicitors Regulation Authority* (SRA)<sup>24</sup> ed aventi forma societaria.

Per qualificarsi come *barrister*, invece, il percorso formativo è diviso in tre stadi<sup>25</sup>, così come previsto dal *Bar Standards Board* (BSB)<sup>26</sup>. Esso è rappresentato da: fase accademica consistente nell'ottenimento di un diploma di laurea triennale (cui aggiungere, anche in questo caso, un anno di corso di conversione, qualora la laurea iniziale non fosse in giurisprudenza); fase attitudinale caratterizzata da un anno di corso di formazione professionale per avvocati, originariamente denominato *Bar Professional Training Course* (BPTC) e ora sostituito dai *Bar courses*, cui si accede dopo aver superato il *Bar Course Aptitude Test*; *pupillage* di un anno in uno studio legale, ossia una vera e propria fase di pratica divisa in due semestri, nel primo il *barrister* affianca un legale esperto ed acquisisce ulteriore esperienza, mentre nella seconda inizia a fornire servizi legali e partecipa alle udienze.

A quanto innanzi, poi, va aggiunto che in Inghilterra ed in Galles si è assistito ad una diffusa liberalizzazione dell'attività forense che ha portato ad una transizione da un mercato controllato ad un mercato competitivo; e tanto, in ragione di due elementi significativi: (i) il primo rappresentato dalla natura dell'attività forense, reputata al pari dell'attività commerciale: da un lato, gli avvocati sono considerati fornitori di specifici servizi e, dall'altro, i clienti sono consumatori; ne deriva l'assimilabilità dei servizi legali ad una vera e propria merce di scambio, giacché gli stessi risultano essere sensibili alle fluttuazioni del mercato (della domanda e dell'offerta)<sup>27</sup> e la relativa attività legale è, come tale, assoggettata *in toto* alla nuova disciplina della concorrenza; (ii) il più recente orientamento al *business* degli studi professionali moderni unito al processo di *deregulation* dei servizi legali attuato dal *Legal Service Act 2007* ha portato, poi, alla creazione delle c.d. *Alternative Business Structures* (ABS)<sup>28</sup>, ossia studi legali costituiti in forma societaria in cui anche i non avvocati (*Non Authorised Persons*) possono avere una partecipazione finanziaria; di conseguenza, per un verso, gli studi legali esistenti possono includere nel proprio organico anche personale privo di competenza o titolo legale e, per altro verso, possono essere costituite nuove società formate da *managers* (privi di formazione legale) ed avvocati. Dette strutture

---

<sup>23</sup> Sul tema, A. Berlinguer, *La professione forense. Modelli a confronto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 127, ove si legge «il *Court and Legal Service Act 1990* ha spianato la strada all'esercizio collettivo delle professioni forensi. In particolare, la sect. 66 (I) ha eliminato il divieto, contenuto nella sect. 39 del *Solicitors Act 1974* per i *solicitors* di formare partnership con persone che non siano *solicitors*, anche se la subsection (II) ha consentito alla *Law Society* di mantenere alcune limitazioni».

<sup>24</sup> La *Solicitors Regulation Authority* (SRA) è l'organismo di regolamentazione dei *solicitors* in Inghilterra e Galles. Per un approfondimento si veda la sez.- *About Us* del sito ufficiale [www.sra.org.uk](http://www.sra.org.uk).

<sup>25</sup> Tratto dalla guida *How to become a lawyer, fornita dal Bellerbys College*, Brighton UK, reperibile sul sito [www.bellerbys.com](http://www.bellerbys.com).

<sup>26</sup> Per approfondimenti si rimanda a [www.barstandardsboard.org.uk](http://www.barstandardsboard.org.uk).

<sup>27</sup> N. Dunne, *Liberalisation and the legal profession in England and Wales*, in *Cambridge Law Journal*, 80 (2), 2021, pp. 274 ss..

<sup>28</sup> Fattispecie realizzabili sin dal 2011.

alternative di *business* sono disciplinate dalla parte 5 del *Legal Services Act 2007*, avente il dichiarato scopo quello di consentire agli esercenti la professione legale una maggiore flessibilità e varietà di azione nell'esercizio non individuale della propria attività.

La circostanza per cui uno studio legale possa essere gestito anche da chi non è avvocato, poi, ha reso necessaria l'istituzione di nuovi organi, quali: il *Legal Services Board*<sup>29</sup>, il *Legal Ombudsman*<sup>30</sup> e la *Solicitors Regulation Authority (SRA)*<sup>31</sup>.

L'introduzione delle ABS ha inevitabilmente posto una serie di interrogativi circa le ricadute che tali strutture avrebbero potuto avere sul mercato esistente e, in particolare, sulla sopravvivenza dei piccoli studi professionali, con pressioni sugli studi di dimensioni maggiori<sup>32</sup> determinati non solo dai soci finanziatori ed in presenza di gestori non avvocati<sup>33</sup>, oltre che sulla svalutazione dei servizi legali<sup>34</sup>.

D'altra parte, s'è pure detto che le ABS potrebbero generare i benefici propri del mercato aperto, quali la pressione al ribasso sui prezzi, la diversificazione della domanda, maggiori opportunità per i *newcomers* che offrono servizi più innovativi o maggiormente competitivi sul piano delle tariffe<sup>35</sup>.

3. Una volta analizzata la disciplina in materia di STA nel nostro ordinamento ed in quello inglese, è possibile affermare che:

(i) il modello italiano, pur ammettendo l'esercizio dell'attività forense a mezzo dello strumento societario, rimane comunque imperniato sulla rilevanza della persona

---

<sup>29</sup> Il *Legal Services Board* è un organismo di controllo indipendente responsabile della supervisione della regolamentazione degli avvocati in Inghilterra e Galles. Esso ha il compito di monitorare tutti gli otto enti di regolamentazione approvati nel mercato dei servizi legali (tra cui ricordiamo la *Law Society*, il *Bar Council* e il *Chartered Institute of Legal Executives*). Per un approfondimento si rimanda al sito ufficiale [www.legalservicesboard.org.uk](http://www.legalservicesboard.org.uk).

<sup>30</sup> Il *Legal Ombudsman* è un difensore civico che indaga sui reclami proposti nei confronti degli avvocati dell'Inghilterra e del Galles. Per un approfondimento si rimanda al sito ufficiale [www.legalombudsman.org.uk](http://www.legalombudsman.org.uk).

<sup>31</sup> Alla *Solicitors Regulation Authority* è demandato il compito di valutare le domande delle imprese che desiderano utilizzare la struttura di ABS e di emettere le relative licenze.

<sup>32</sup> Un numero considerevole di nuove ABS sono studi legali affermati che hanno deciso di implementare queste organizzazioni: si pensi ad Irwin Mitchell, che è stato il primo studio top-50 a trasformarsi in una ABS, tanto che da allora anche Gateley, Weightmans e Knights ne hanno seguito l'esempio. Per un approfondimento, si rimanda *Research and Analysis - The changing legal services market*, ad opera della Solicitors Regulation Authority, consultabile su [www.sra.org.uk](http://www.sra.org.uk).

<sup>33</sup> *The potential impact of Alternative Business Structures (ABS) on the diversity of the legal workforce - Draft for discussion*, a cura del *Legal Service Board*, reperibile su [www.legalservicesboard.org.uk](http://www.legalservicesboard.org.uk).

<sup>34</sup> Così I. Bray, *The ABC of ABSs (alternative business structures)*, Regno Unito, 7 maggio 2021, reperibile su [www.lexology.com](http://www.lexology.com), secondo cui «*There were great fears in the profession that this would bring about 'Tesco Law', where buying legal services was as easy as buying a tin of beans and big businesses would dominate the legal services market. The resulting splash would drown out many smaller practices*».

<sup>35</sup> Si veda *The potential impact of Alternative Business Structures (ABS) on the diversity of the legal workforce - Draft for discussion*, a cura del *Legal Service Board*, cit.

dell'avvocato<sup>36</sup>, come si evince chiaramente dalle regole sull'assetto proprietario (gli avvocati devono essere titolari di una maggioranza qualificata del capitale sociale e non sono ammesse partecipazioni "bendate"), sulla *governance* (la maggioranza dei membri dell'organo di gestione debba essere composta da soci avvocati), sul principio della personalità della prestazione professionale da esercitarsi con indipendenza ed imparzialità, sul regime di responsabilità professionale dell'avvocato che ha eseguito la specifica prestazione, sul rapporto direttamente proporzionale tra partecipazione sociale e mantenimento del titolo di avvocato (la sospensione, cancellazione o radiazione del socio dall'albo costituisce causa di esclusione dalla società) e, infine, sul necessario rispetto da parte del socio delle regole deontologiche forensi, pena l'assoggettamento alla valutazione disciplinare da parte degli organi competenti;

(ii) il modello anglosassone, invece, si fonda, prima che sulla persona dell'avvocato, sul servizio legale come attività economica; l'attività legale è attività di impresa assoggettata alla piena liberalizzazione del servizio ed alla concorrenza, in cui gli avvocati sono fornitori di specifici servizi legali, i clienti sono consumatori ed il servizio di volta in volta reso è un prodotto.

Ebbene, per utilizzare le parole di denuncia rese all'indomani dell'introduzione della LSA dalla Baronessa Deech of Cumnor, nella qualità di Presidente del *Bar Standards Board*, sembra che un simile ultraliberale quadro legislativo delineato a mezzo della LSA sia insoddisfacente e lesivo del principio costituzionale della *Rule of law* sulla parità di trattamento di ogni persona di fronte alla legge<sup>37</sup>.

D'altronde, le fattispecie di rilevanza giuridica attengono alla vita dei cittadini e l'attività dell'avvocato è rivolta a fare in modo che la legge sia applicata correttamente

---

<sup>36</sup> Nonostante la legge n. 124 del 2017 abbia eliminato la previgente disposizione contenuta nella legge n. 247 del 2012 secondo cui «l'esercizio della professione forense in forma societaria non costituisce attività di impresa» e sebbene oggi sia possibile la partecipazione a capitale delle STA anche di soggetti non avvocati, rimangono chiari elementi a supporto della considerazione che si tratti di una società funzionale a permettere all'avvocato di svolgere meglio il proprio ruolo.

Ciò posto, non v'è dubbio che per le STA «l'ambito del fenomeno impresa andrà valutato di volta in volta e dovrà ammettersi tutte le volte in cui l'organizzazione risulti prevalente rispetto al lavoro intellettuale prestato dai soci professionisti» (G. Bertolotti, *Le società tra avvocati*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 75; Id., *Società tra professionisti e società tra avvocati*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 72 e ss. e 181 e ss.); in questa prospettiva, tuttavia, laddove la struttura organizzativa dovesse prevalere sulla persona dell'avvocato, occorrerebbe verificare il motivo di una simile prevalenza (magari si tratta dell'organizzazione di prestazioni professionali altrui ovvero consta lo svolgimento di altre attività economiche di natura imprenditoriale), sicché, ove tale predominanza si dimostrasse limitativa del ruolo (oltre che dell'indipendenza e dell'autonomia) dell'avvocato, ci si troverebbe dinanzi ad un cortocircuito, nel senso che, per un verso, risulterebbe applicabile *tout court* la disciplina dell'impresa, e, per altro verso, andrebbe prioritariamente verificato se quella STA possa continuare ad operare come tale e se, all'esito di procedimento disciplinare, ricorrono i presupposti affinché vengano comminate una adeguata sanzione disciplinare alla STA ed agli avvocati che ne fanno parte.

<sup>37</sup> Ci si riferisce al discorso della Baronessa Deech of Cumnor, nella qualità di Presidente del *Bar Standards Board*, organismo disciplinare dei *barrister*, tenutosi in data 9 maggio 2012 al Gresham College.



ad una data fattispecie concreta; un prodotto difettoso può essere cambiato, restituito o costituire la base per un risarcimento, la vita no.

In materia di servizi legali, dunque, il nostro ordinamento, a differenza di quello anglosassone, percepisce lo strumento societario come modello organizzativo non tanto rivolto all'esercizio puro e semplice di attività di imprese, quanto piuttosto funzionale alla persona dell'avvocato ed all'attività precipua a questi richiesta<sup>38</sup>.

Un simile approccio emerge dalla lettera della norma ed è certamente rilevante anche in termini interpretativi. Ed infatti, a mio avviso, la regolamentazione in tema di STA richiama il senso più intimo della professione forense; di qui, la conseguenza per cui il metro interpretativo della disciplina di cui al citato art. 4-*bis* deve sempre essere improntato alla centralità della persona dell'avvocato, alla sua autonomia ed indipendenza, di talché, nel silenzio della legge, l'applicazione pura e semplice delle regole societarie sarà preclusa ogniqualvolta dovesse porsi in contrasto con i suddetti criteri. Si tratta, quindi, di cogliere l'evoluzione sociale e giuridica della figura dell'avvocato, di individuare i principi di cui è promotore e confrontarli, in termini di coerenza e compatibilità, con la struttura societaria e con le norme proprie di tale fattispecie, alla ricerca di quella funzione sociale che entro esse "è costretta a vivere"<sup>39</sup>.

Pertanto, per la professione legale, la società è strumento organizzativo applicato alla persona prima che all'impresa, le cui regole saranno applicabili in quanto compatibili con il ruolo e la funzione dell'avvocato.

D'altronde, giustizia e verità sono concetti che si completano l'un l'altro, ma che si compiono anche grazie al ruolo dell'avvocato, libero da potenziali pressioni proprie dell'utilità economica.

---

<sup>38</sup> Nel sistema anglosassone, l'attuale regolamentazione è stata introdotta al dichiarato fine di ridurre le barriere sociali per l'accesso alla difesa, creando concorrenza funzionale alla riduzione dei costi di accesso alla giustizia; tuttavia, si consideri che nel nostro ordinamento il gratuito patrocinio rappresenta un efficace strumento a tal fine.

<sup>39</sup> Si cfr. T. Ascarelli, *Il negozio indiretto*, in *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 151.



Luigi Iacobellis

## IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA TRIBUTARIA E L'EQUITÀ FISCALE DI GENERE PER LA RIDUZIONE E CONTRASTO AL GENDER GAP\*

### ABSTRACT

In uno scenario mondiale aggravato dalla situazione pandemica e caratterizzato dall'acuirsi delle disuguaglianze, il tema delle differenze di genere assume un ruolo di assoluta centralità. Analizzati i principali elementi del gender gap e del differenziale retributivo di genere, anche in ragione dei più recenti studi ed analisi statistiche, nel contributo si è inteso indagare in diritto la possibilità di introdurre una tassazione di vantaggio per le donne, nel rispetto dei limiti imposti dal diritto unionale, dai fondamenti del sistema tributario italiano e dal principio di uguaglianza tributaria sancito dalla nostra Carta costituzionale. *De jure condendo* vengono valutate le possibili strategie, funzionali anche al quadro post-pandemico, che l'ordinamento tributario potrà adottare per il raggiungimento di una equità fiscale di genere, illustrando potenzialità e criticità della leva impositiva per ridurre e contrastare il gender gap attraverso una rimodulazione del sistema di tassazione dei redditi delle donne.

The issue of gender differences assumes a role of absolute centrality in the horizon of the inequalities and in a tragical pandemic time. In the paper the author analyzes the main elements of the gender gap and the gender pay gap, among recent studies and statistical data, and the possibility of introducing an advantageous taxation for women, in compliance with the limits imposed by EU law, the Italian tax system and the principle of tax equality enshrined in the constitutional charter, including the possible strategies, also functional to the post-pandemic framework, that the tax system may adopt to achieve gender fiscal equity.

### PAROLE CHIAVE

Divario di genere – tassazione di genere – Gender gap – tax gender – tax equality  
uguaglianza tributaria

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il gender gap ed il divario retributivo di genere. – 3. Le nuove strategie e azioni internazionali, comunitarie e italiane per ridurre il gender pay gap. – 4. La leva fiscale per la riduzione del gender pay gap ed il principio di uguaglianza tributaria della nostra Carta costituzionale. – 5. Una nuova lettura orientata del principio di uguaglianza tributaria costituzionalmente compatibile con la fiscalità promozionale di genere e le prospettive di riforma dell'Irpef.

---

\* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema per *peer review*.

1. Il tema delle disuguaglianze negli ultimi anni è tornato prepotentemente nel dibattito politico, istituzionale, economico e sociale, sollecitando accesi interventi a più livelli per individuare proposte concrete atte a ridurre la forbice nei vari ambiti applicativi oggetto di indagine. Risulta infatti pertinente declinare la voce disuguaglianze al plurale, intendendosi necessario affermarne l'esistenza di una pluralità di tipologie e forme, di diversificati termini di confronto, situazioni e contesti da porre in analisi comparata: disuguaglianza nella distribuzione e acquisizione delle ricchezze, disuguaglianza di opportunità, di accesso alle risorse e al mercato del lavoro, disuguaglianza di genere, solo per citarne alcuni. È di tutta evidenza come le disuguaglianze globali risultano essersi negli anni aumentate in modo esponenziale e oggi rappresentano uno dei maggiori ostacoli allo sviluppo sostenibile e alla lotta contro la povertà, limitando di fatto le possibilità di alcuni settori della società di partecipare alla vita sociale, culturale, politica ed economica e, di conseguenza, di contribuire alla crescita individuale e collettiva<sup>1</sup>.

La pandemia da Covid-19, in un contesto mondiale già fortemente precario, ha generato un ulteriore tragico aumento delle disuguaglianze. In base all'indice di Gini (parametro utilizzato per misurare la disuguaglianza nella distribuzione della ricchezza e calcolato in base ad un valore che oscilla tra 0 e 100: ad un valore basso del parametro corrisponde maggiore uguaglianza, ad un valore alto maggiore disuguaglianza), l'Italia attualmente è il sesto paese con maggiore disuguaglianza all'interno dell'Unione europea e al secondo posto tra i paesi dell'Europa occidentale. Secondo un recente studio condotto dalla Banca d'Italia relativo all'impatto della pandemia sul reddito da lavoro in Italia<sup>2</sup>, negli ultimi anni il tasso di disuguaglianza in Italia è costantemente

---

<sup>1</sup> A.B. Atkinson, *Inequality. What can be done?*, Harvard University press, Harvard, 2015. Per Atkinson i motivi per affrontare la disuguaglianza sono molti: se riduciamo la disuguaglianza di esiti economici, questo contribuisce a garantire l'uguaglianza di opportunità, che è considerata una caratteristica fondamentale di una società democratica moderna. Mali sociali come la criminalità e le cattive condizioni sanitarie sono attribuiti alla natura estremamente disuguale delle società di oggi; ciò costituisce un motivo strumentale per cercare di raggiungere livelli inferiori di povertà e disuguaglianza e lo stesso si può dire a proposito del timore che livelli estremi di disuguaglianza siano incompatibili con una democrazia funzionante. Sempre secondo l'autore, risulta fondamentale non accettare l'idea secondo cui la crescita della disuguaglianza sia inevitabile: questa non è il prodotto esclusivamente di forze che stanno al di fuori del nostro controllo. Esistono passi che possono essere intrapresi dai governi, singolarmente o collettivamente, da aziende, da sindacati e organizzazioni dei consumatori e da noi tutti in quanto individui, per ridurre i livelli attuali di disuguaglianza.

<sup>2</sup> F. Carta, M. De Philippis, *The impact of the COVID-19 shock on labour income inequality: Evidence from Italy. Questioni di Economia e Finanza*, Banca d'Italia Eurosystem, Roma, 2021, p. 17. Secondo lo studio delle autrici «we find that, in the absence of social insurance benefits, the crisis would have significantly increased equalized labour income inequality. This finding is grounded on three main observations. First, workers belonging to lower income households were more likely to be employed in sectors involved in the lock-down measures and, secondly, employed in occupations characterized, on average, by fewer possibilities of working from home. Third, younger individuals with temporary contracts, who earn lower wages on average, were hit hardest by the crisis as they experienced the largest employment losses. We estimate that, in the absence of social insurance benefits, the Gini index would rise by 4.0 percentage points in the first semester 2020, from 34.8% in 2019. This increase in inequality

salito: 34,8% nel 2019, 36,5% nel primo trimestre del 2020 e 41,1% nel secondo trimestre.

In tale scenario il tema delle differenze di genere assume un ruolo di assoluta centralità nello studio delle disuguaglianze. Analizzati i principali elementi del gender gap e del differenziale retributivo di genere, anche in ragione dei più recenti studi ed analisi statistiche, nel presente contributo si è inteso studiare la possibilità in diritto di introdurre una tassazione di vantaggio per le donne, nel rispetto dei limiti imposti dal diritto unionale, dai fondamenti del sistema tributario italiano e dal principio di uguaglianza tributaria sancito dalla nostra Carta costituzionale. *De jure condendo*, vengono valutate le possibili strategie, funzionali anche al quadro post-pandemico, che l'ordinamento tributario potrà adottare per il raggiungimento di una equità fiscale di genere, illustrando potenzialità e criticità della leva impositiva per ridurre o contrastare il gender gap attraverso una rimodulazione del sistema di tassazione dei redditi delle donne.

2. Con l'espressione *gender gap* si è soliti riferirsi al divario tra generi, con particolare riferimento alle differenze tra i sessi e alla sperequazione sociale, economica e professionale esistente tra uomini e donne. Il tema di certo non è nuovo nel dibattito istituzionale né tantomeno può essere annoverato tra i problemi endemici esclusivi del nostro ordinamento<sup>3</sup>.

---

is substantial: it is larger than the one observed over the entire period of the double dip recession (when the Gini index increased by 3.1 p.p. between 2009 and 2014). Moreover, we find that in the short term, the pre-existing social insurance benefits were able to compensate for income losses and for the increased inequality, but those specifically introduced to face the COVID-19 emergency were significantly more. This result suggests that in the short term, the effort made by the Italian Government to sustain Italian households was effective on average. Relative to the pre-COVID safety nets, the main difference is due to the lump sum bonus given to all self-employed individuals during the months of the emergency. The long-run effects on inequality will depend on how long the Government will be able to support the economy with social insurance policies and on the market's ability to reabsorb the workforce currently not used in the sectors mostly hit by the crisis. Moreover, our work points out that the Italian social insurance system is highly fragmented and does not ensure the labour incomes for all workers against economic shocks; in particular, it does not protect temporary employees, usually the main margin of adjustment for firms, and self-employed individuals. Although there is an economic rationale behind the different degrees of protection across workers, the severity of the current crisis has shown the need to leave no one behind. It calls for a rethinking of the existing social insurance system. For instance, it could be optimal to introduce policies that incentivize self-employed individuals to ensure against adverse shocks or that directly provide insurance, envisaging some form of experience ratings to avoid moral hazard behaviours».

<sup>3</sup> Tra i più recenti contributi sul tema si vedano R. Lugarà, *Parità retributiva tra uomini e donne: brevi spunti di riflessione alla luce delle recenti decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 1/2021, p. 26 ss.; F. Marinelli, *Gender gap e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il punctum dolens è la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 1/2021, p. 65 ss.; M.C. Spena, *Oltre le pari opportunità: verso una nuova strategia per l'inclusione e la parità di genere - Beyond equal opportunities: towards a new strategy for inclusion and gender equality*, in *Rivista Giuridica Europea*, n. 2/2020, p. 65 ss.; A.M. Battisti, *Donne (in)visibili e disparità retributiva - Invisible women and gender pay gap*, in *Massimario*

Risultano significativi in tal senso i recentissimi risultati del Global Gender Gap Report 2021<sup>4</sup>, pubblicato dal World Economic Forum a marzo 2021: il documento registra in un panel di 156 paesi la situazione del divario di genere attraverso una analisi comparata riferita all'anno 2020 su particolari indici di riferimento (tra tutti economici, politici, educazione e salute). Secondo l'analisi condotta, anche a causa dell'impatto della pandemia nelle economie mondiali, è aumentato di quasi 36 anni il tempo programmato per l'eliminazione del gender gap nel mondo: dai 99,5 anni dello scorso studio ai 135,6 di oggi (parametro del global gender gap). Il dato peggiora analizzando i parametri isolati: il *political gender gap* (presenza delle donne nelle istituzioni) è passato dai precedenti 95 anni agli attuali 145,5 per l'eliminazione del divario;

---

*di giurisprudenza del lavoro*, n. 3/2019, p. 459 ss.; C. Bassu, *Parità di genere ai tempi del Coronavirus: l'impatto diretto e indiretto della crisi sanitaria sui diritti delle donne*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2/2019, p. 593 ss..

<sup>4</sup> Secondo lo *studio* «early trends from the pandemic-scarred labour market signal a variety of emerging and pre-existing challenges for advancing gender parity. The COVID-19 pandemic has altered the lives of men and women, introducing new challenges for progress towards gender parity in employment and a longer double-shift of paid and unpaid work. While in some economies women have experienced deeper hardship than men, in others governments put in place gender-sensitive policies to tackle the issue. Among the most promising approaches applied by countries that integrated gender-sensitive COVID-19 contingencies were measures that prioritized women's labour market participation by focusing on unpaid care work, on supporting sectors with larger female representation, and on addressing violence against women in the context of broader social protection and labour market measures through a wide array of policy mechanisms.

Looking ahead towards a gender-positive recovery, it is possible to design systems and policies which boost gender parity in economic participation in the recovery phase, avoid scarring of the pandemic becoming permanent, and create more resilient socio-economic systems. First, further investments are needed in the care sector and for equitable access to care leave for men and women. Second, policies and practices need to proactively focus on overcoming occupational segregation by gender. Third, effective mid-career reskilling policies, combined with managerial practices which embed sound, unbiased hiring and promotion practices, will pave the way for a more gender-equal future of work. With respect to the first strategy, data from the World Bank updated in 2021 shows that, globally, women can take on average just over 3 months of leave (paid or unpaid) while fathers can take on average 3 days. Among the top 20% of economies by gender parity in care leave<sup>2</sup> women can take more than 8 months and men more than 3 months of care leave.

The care sector in many economies remains poorly funded, partially informal in nature and providing low wages. This underinvestment reflects the common misconception that care work is “low productivity” or “free” work – ignoring the substantial impact of this sector on human capital development across age ranges and its potential to create jobs. Investment in the care sector should be a priority not only for governments looking for a strong return on investment in their fiscal recovery package, but also for innovators looking to apply themselves to impactful socio-economic challenges. Second, the recovery should usher the way for re-deploying and re-employing women in emerging jobs – a target that will require focused efforts to overcome the trend towards occupational segregation by gender and proactively strengthen the pipeline of women prepared for the emerging jobs of tomorrow. Gender parity should thus be a key principle for organizations setting in place an effective future of work strategy. Effective mid-career reskilling policies will also be an important mechanism for developing and deploying female workers into previously male-dominated growing professions. Such policies will not prove sufficient on their own accord. They must be matched to business cultures and structures which embrace diversity, equity and inclusion».

*l'economic gender gap* pur leggermente migliorando rispetto al precedente studio, prevede siano necessari ben 267,6 anni per colmare le differenze nella distribuzione e percezione della ricchezza tra uomini e donne e nel mercato del lavoro. Unico dato confortante riguarda il parametro sull'accesso all'istruzione e alle cure (*gender gaps in education and health*): secondo le stime nel settore dell'istruzione 37 paesi hanno raggiunto la parità di genere, per gli altri occorreranno in media 14,2 anni per completare il processo; nella tutela della salute più del 95% del divario mondiale è stato definito.

Dai dati pubblicati, confermati anche da studi condotti da altri centri di ricerca internazionali, emerge con chiarezza il tragico divario economico tra uomini e donne, in particolar modo quello retributivo o altrimenti definito *gender pay gap*: il differenziale retributivo di genere consiste nella differenza tra i compensi orari lordi di uomini e donne calcolato sugli stipendi versati direttamente ai dipendenti (non contabilizzando le agevolazioni fiscali e i contributi previdenziali). Concentrandoci sul territorio comunitario, i dati reddituali tra donne e uomini, oggetto di numerose ricerche e statistiche condotte dalle istituzioni europee come il *Gender wage Gap*<sup>5</sup> (promosso dall'Ocse - Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) e da ultimo dal *Gender Pay Gap Statistics*<sup>6</sup> (calcolato dall'Eurostat - Ufficio statistico dell'Unione

---

<sup>5</sup> Secondo gli studi condotti dall'Ocse, le donne sono spesso percepite come le prime responsabili per la cura della famiglia e della casa. Il tempo dedicato dalle donne italiane al lavoro domestico e di cura limita la loro partecipazione al lavoro retribuito. Una maggiore partecipazione femminile al lavoro non solo aiuta a sostenere il reddito familiare, elemento essenziale in periodi di forte disoccupazione, ma contribuisce anche a mitigare la pressione che deriva dall'invecchiamento della popolazione. Le proiezioni pre-Covid mostrano che – a parità di altre condizioni – se nel 2030 la partecipazione femminile al lavoro raggiungesse i livelli maschili, la forza lavoro italiana crescerebbe del 7% e il PIL pro-capite crescerebbe di un punto percentuale l'anno.

<sup>6</sup> Dai risultati dell'indagine condotta, i divari retributivi possono essere analizzati anche dal punto di vista dell'occupazione a tempo parziale o a tempo pieno; tuttavia, non sono disponibili informazioni a questo livello di dettaglio per tutti gli Stati membri dell'UE. Nel 2019 il divario retributivo di genere per i lavoratori a tempo parziale variava dal -5,1% in Italia al 22,0% in Croazia. Un divario retributivo negativo tra i sessi significa che, in media, la retribuzione oraria lorda delle donne è superiore a quella degli uomini; ciò è spesso dovuto a una distorsione della selezione, soprattutto quando il tasso di occupazione è più basso per le donne che per gli uomini: le donne che si impegnano nel mercato del lavoro possono avere competenze e livelli di istruzione relativamente più elevati rispetto agli uomini. Per quanto riguarda i lavoratori a tempo pieno, i divari retributivi variano notevolmente anche negli Stati membri dell'UE, passando dal -1,6 % in Italia al 24,1 % in Lettonia. Il divario retributivo di genere, inoltre, è generalmente molto più basso per i nuovi operatori del mercato del lavoro e tende ad ampliarsi con l'età; tuttavia tali differenze per fasce di età possono avere andamenti diversi nei vari paesi. Il divario retributivo di genere potrebbe aumentare con l'età a causa delle interruzioni di carriera che le donne possono subire durante la loro vita lavorativa. Anche una scomposizione per i diversi settori dell'economia rivela profili interessanti. In tutti gli Stati membri dell'UE, ad eccezione del Belgio e della Spagna, il divario retributivo di genere nelle attività finanziarie e assicurative è più elevato che nell'economia delle imprese nel suo complesso. Nel 2019 il divario retributivo di genere nelle attività finanziarie e assicurative variava dal 6,6% in Belgio al 38,3% in Repubblica Ceca. Nell'economia imprenditoriale nel suo complesso, il più elevato divario retributivo di genere si è registrato in Estonia (23,2%) e il più basso in Svezia (8,7%). È inoltre interessante notare i settori economici per i quali un numero significativo di Stati membri ha registrato divari di genere negativi. Nove Stati membri hanno

europea), pubblicato a febbraio 2021 relativamente all'anno 2019, attestano che le donne percepiscono una retribuzione oraria da lavoro dipendente lorda in media pari al 14,1% in meno del sesso maschile; in alcuni Stati membri, divari retributivi più bassi, come quello italiano del 4,7%, tendono ad essere collegati ad una minore partecipazione delle donne al mercato del lavoro ma anche da altri fattori economici e sociali. Secondo lo studio condotto dall'Eurostat, pur variando notevolmente i valori tra i vari Paesi della comunità, le cause del *gender pay gap* sono molteplici e spesso comuni: le donne continuano ad essere vittime di una vera e propria discriminazione sul luogo di lavoro, che si sostanzia anche in una retribuzione più bassa dei colleghi di sesso maschile aventi le stesse qualifiche, stesse condizioni lavorative e medesime categorie professionali di appartenenza fino a subire molto spesso demansionamenti al ritorno dal congedo di maternità. Le donne, infatti, sono molto spesso obbligate ad avere interruzioni di carriera e a prendere decisioni professionali basate sulla cura e le responsabilità familiari. A questo si aggiunge, sempre secondo le istituzioni comunitarie, che buona parte del divario retributivo totale di genere può essere tristemente spiegato con una sovrarappresentanza di donne in settori relativamente a basso salario quali l'assistenza, le vendite o l'istruzione, a scapito di settori della scienza, della tecnologia e dell'ingegneria, dove la percentuale di uomini impiegati è molto elevata; le donne occupano anche meno posizioni dirigenziali (è donna meno del 10% degli amministratori delegati delle principali aziende), con un guadagno inferiore statisticamente di un quarto rispetto agli uomini nelle stesse posizioni apicali. A questo si aggiunge che, in media, le donne svolgono più ore di lavoro non retribuito (si stima che il 75% dell'assistenza e cura dei bambini e dei più deboli e del lavoro domestico non retribuito è svolto totalmente da donne), determinando una minore disponibilità di tempo per il lavoro retribuito: stando ai dati raccolti, quasi un terzo delle donne lavora part-time. In conclusione, le donne non soltanto guadagnano di meno ma svolgono anche meno ore di lavoro retribuito e più lavoro non retribuito, oltre ad avere più probabilità di essere disoccupate rispetto agli uomini (solo il 67% delle donne nell'UE ha un'occupazione contro il 78% degli uomini) e ad accedere a livelli pensionistici fortemente più bassi (in media le pensioni delle donne nell'UE sono inferiori del 30,1% rispetto a quelle degli uomini).

3. Risulta necessario a livello globale ridurre il *gender pay gap* non soltanto per realizzare una maggiore equità di genere ma anche e soprattutto per ridurre la povertà e l'esclusione sociale, promuovendo la crescita dell'economia in ottica di sviluppo

---

registrato divari retributivi negativi di genere nelle attività di approvvigionamento idrico, fognature, gestione dei rifiuti e risanamento e tredici nel settore edile. Nel 2019 la maggior parte dei paesi dell'UE ha registrato, infine, un divario retributivo di genere (in termini assoluti) più elevato nel settore privato che nel settore pubblico. Ciò potrebbe essere dovuto al fatto che, nella maggior parte dei Paesi, le retribuzioni sono determinate da griglie salariali trasparenti che si applicano allo stesso modo agli uomini e alle donne. Il divario retributivo di genere variava nel settore privato, passando dall'8,9% in Belgio al 22,9% in Germania e nel settore pubblico dal -0,4% in Romania al 19,7% in Lettonia.



sostenibile. Secondo gli studi di Eurostat citati, nei Paesi europei ogni riduzione dell'1% nel divario retributivo di genere comporterebbe un aumento del Pil dello 0,1%, in grado di generare un aumento dei consumi, l'incremento della base imponibile delle imposte sui redditi e un alleggerimento dell'onere gravante sui sistemi previdenziali nazionali.

Verso questo obiettivo gli Stati stanno orientando da tempo le loro politiche, non sempre con risultati confortanti. A livello mondiale si segnala l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità sottoscritto nel settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri dell'ONU, nel quale si prevedono 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile – Sustainable Development Goals, SDGs – per un totale di 169 target che i Paesi aderenti si sono impegnati a raggiungere entro il 2030. Tra questi emergono in combinato disposto gli obiettivi 5 - Parità di genere e 10 – Ridurre le disuguaglianze; in particolare direttamente connessi col tema trattato i target 5.a (avviare riforme per dare alle donne uguali diritti di accesso alle risorse economiche così come alla titolarità e al controllo della terra e altre forme di proprietà, ai servizi finanziari, eredità e risorse naturali, in conformità con le leggi nazionali), 5.c (adottare e intensificare una politica sana ed una legislazione applicabile per la promozione della parità di genere e l'emancipazione di tutte le donne e bambine, a tutti i livelli), 10.2 (entro il 2030, potenziare e promuovere l'inclusione sociale, economica e politica di tutti, a prescindere da età, sesso, disabilità, razza, etnia, origine, religione, stato economico o altro), 10.3 (assicurare pari opportunità e ridurre le disuguaglianze nei risultati, anche eliminando leggi, politiche e pratiche discriminatorie e promuovendo legislazioni, politiche e azioni appropriate a tale proposito) e 10.4 (adottare politiche, in particolare fiscali, salariali e di protezione sociale, per raggiungere progressivamente una maggior uguaglianza).

Per quanto concerne la Comunità europea, nel marzo del 2020 la Commissione europea, a conclusione della *Strategic engagement for gender equality 2016-2019*, ha presentato la Strategia dell'UE per la parità di genere 2020-2025, che include misure volte a colmare il divario retributivo e pensionistico tra donne e uomini; tra queste emerge la necessità di garantire che le donne e gli uomini siano parimenti retribuiti per lo stesso lavoro e per un lavoro di pari valore: in questo senso la Commissione si è impegnata a presentare misure vincolanti sulla trasparenza retributiva. Il 4 marzo 2021 è stata presentata dalla Presidente della Commissione europea, dopo un processo di consultazione tra tutti gli Stati membri, la proposta di direttiva «to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms».

Il 21 gennaio 2021 il Parlamento europeo ha approvato la Risoluzione sulla strategia dell'UE per la parità di genere (2019/2169(INI)), con la quale si richiede alla Commissione di redigere un nuovo ambizioso piano d'azione per far fronte al divario retributivo di genere, con obiettivi chiari per gli Stati membri al fine di ridurre il divario salariale di genere nei prossimi cinque anni. Il Parlamento europeo, inoltre, con la risoluzione ha auspicato azioni per rendere più agevole l'accesso per le donne e le

ragazze in aree di studio e lavoro a predominanza maschile, di favorire la flessibilità dell'orario di lavoro e di migliorare i salari e le condizioni di lavoro in settori fortemente dominati dalle donne. In particolare, nello stesso documento è stato rilevato che la tassazione individuale è fondamentale per conseguire l'equità fiscale per le donne, sottolineando l'impatto negativo di talune forme di imposizione sui tassi di occupazione delle donne e sulla loro indipendenza economica e osservando che le politiche fiscali dei Paesi membri dovrebbero essere ottimizzate per rafforzare gli incentivi alla partecipazione delle donne al mercato del lavoro. In altri termini viene reiterata la richiesta formulata più volte agli Stati membri di integrare la prospettiva di genere nelle politiche di tassazione al fine di ridurre ed eliminare le discriminazioni generate in ambito fiscale.

La situazione emergenziale generata dalla pandemia da Covid-19 ha confermato l'importanza di attuare azioni contro il *gender pay gap*. Il Quadro finanziario pluriennale 2021-2027 unito al Ngeu - NextGenerationEU, piano di investimenti di 750 miliardi di euro quale strumento temporaneo pensato per stimolare la ripresa, rappresentano di certo il pacchetto di misure più ingenti mai finanziate per ricostruire l'Europa dopo gli effetti della pandemia.

Dei complessivi 672,5 miliardi di euro stanziati nel RRF - *Recovery and Resilience Facility*, l'Italia sarà beneficiaria di complessivi 191,5 miliardi di euro da impiegare nel periodo 2021-2026 (ai quali devono aggiungersi i 31 miliardi di euro derivanti dal Fondo complementare e i 13,5 miliardi di euro del programma React-Eu, per complessivi 235,6 miliardi di euro destinati al nostro Paese), dei quali 68,9 miliardi di euro a fondo perduto. Il dispositivo RRF ha richiesto agli Stati membri di presentare un pacchetto di investimenti e riforme, in armonia con i sei pilastri del Ngeu: l'Italia ha presentato il Pnnr - Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza articolato in sei missioni (digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; inclusione e coesione; salute) e 16 Componenti. In questo contesto è stato posto come obiettivo l'adozione di politiche in favore delle donne: il Governo italiano attraverso il Dipartimento per le Pari Opportunità intende lanciare una Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026 - in coerenza con la Strategia europea per la parità di genere 2020-2025 - con cinque priorità (lavoro, reddito, competenze, tempo, potere). In un ampio programma volto sia a favorire la partecipazione femminile al mercato del lavoro, direttamente o indirettamente, sia a correggere le asimmetrie che ostacolano le pari opportunità sin dall'età scolastica. Alle riforme previste dal Pnnr si aggiungono le misure che, sebbene non ricomprese nel perimetro del Piano, devono considerarsi concorrenti alla realizzazione degli obiettivi generali, tra le quali devono includersi gli interventi programmati per la razionalizzazione e l'equità del sistema fiscale e per l'estensione e il potenziamento del sistema di ammortizzatori sociali. In questo scenario il Piano prevede la possibile revisione dell'Irpef, con il duplice obiettivo di semplificare e razionalizzare la struttura del prelievo e di ridurre gradualmente il carico fiscale,

preservando la progressività e l'equilibrio dei conti pubblici, anche al fine di incentivare la *tax compliance* e per sostenere la partecipazione al lavoro delle donne e dei giovani.

4. Tra gli strumenti che negli ultimi anni sono stati annoverati tra quelli maggiormente indicati per la riduzione del divario di genere certamente rientra la leva fiscale. L'utilizzo di neologismi come *gender tax* o tassazione di genere si riferiscono propriamente o impropriamente a modelli di tassazione a finalità promozionale – incentivante o disincentivante – in funzione del genere e funzionalizzati a contrastare il divario reddituale tra uomo e donna<sup>7</sup>. Si pensi tra tutti al movimento trasversale europeo di recente formazione volto alla eliminazione della così denominata *tampon tax*: in Italia si insiste affinché l'aliquota Iva ordinaria pari al 22% applicata agli assorbenti possa essere ricondotta a quella ridotta per specifici beni e servizi, stante la finalità di bene di prima necessità per le donne. Un ulteriore recentissimo caso che ha suscitato plausi e qualche polemica è costituito dal regolamento tasse per l'anno accademico 2021/2022 adottato a maggio 2021 dall'Università degli Studi di Bari Aldo

---

<sup>7</sup> P. Apps, *Gender Equity in the Tax System for Fiscal Sustainability*, University of Sydney Law School and IZA workshop, Sydney, 2015, p. 23 ss. Secondo lo studio condotto dall'autrice in Australia «given the gender gap in both pay and labour supply, women as a group cannot gain from tax advantaged superannuation. The overall impact of the system is to widen the net-of-tax gender pay gap due to the preferential tax treatment of those on higher pay... In addition to the limitations of the system with respect to equity, a significant loss is associated with privatisation due to high administrative costs (fees, commissions, advertising, excessive executive pay, etc.). It is recognised in the literature that administrative costs for public sector schemes are far lower. There is a clear trade-off: it is administratively less expensive to provide a uniform retirement program for all individuals than to have a large number of competing programs available, among which individuals can choose. It is generally accepted that the optimal policy is a universal public pension. The implementation of a universal pension is, however, likely to be strongly opposed by those who fail to understand the concept of economic cost, as discussed in the context of universal family payments in the preceding section. As the limitations of the superannuation system become increasingly recognised, a frequent response is to shift the argument used to support much of its preferential tax treatment. Recent Budget estimates of the tax expenditure on superannuation concessions have exceeded \$30 billion based on the comprehensive income tax benchmark. This figure is rejected by those who argue that the calculation should take account of opportunities for tax avoidance, for example through the use of trusts and negative gearing, to give a more reliable lower estimate. It has also been argued that much of the tax expenditure can be justified in terms of reducing the double taxation of saving. Under a comprehensive income tax saving is said to be taxed twice and that the ideal tax system would exempt capital income. The proposition that the optimal tax rate on capital is zero contradicts the central tenet of modern tax theory, that the optimal tax rate on a given source of income, whether labour or capital, can only be determined on the basis of empirical evidence on distributional outcomes and behavioral effects because we are in a "second best" setting. Even if capital were highly mobile, which is very much open to question in a number of important contexts, this does not imply an optimal rate of zero. If we attempt to move towards a low capital income tax regime, for example, by increasing mandatory contributions to superannuation, raising the GST, or cutting the company income tax rate, taxes elsewhere will have to rise. If the ongoing policy agenda persists, we can expect further shifts in the burden of taxation towards three groups, the "middle", working married mothers, and the next generation, with negative effects on the tax base, productivity and growth».

Moro e recante per la prima volta una misura volta ad incentivare l'iscrizione delle donne ai corsi di laurea che hanno un tasso di frequenza femminile ridotto: le studentesse con Isee – Indicatore della situazione economica equivalente non superiore a 30.000 euro iscritte ai corsi di laurea in cui il tasso di frequenza femminile è al di sotto del 30% (triennale in Informatica, Informatica e comunicazione digitale, Informatica e tecnologie per la produzione del software, Fisica, Scienze e Tecnologie agrarie, Storia e Scienze sociali; magistrale in Computer Science, Data Science, Medicina delle piante, Physics, Scienze Agro-ambientali e territoriali, Scienze e Tecniche dello sport, Scienze e Tecnologie dei materiali, Scienze strategiche marittimo-portuali, Sicurezza Informatica) usufruiranno di una riduzione del 30% del contributo onnicomprensivo. A questo si aggiunga l'esonero totale dalle tasse universitarie disposto dall'Ateneo barese per le studentesse madri, per i figli nati dal 1 ottobre 2021 al 30 settembre 2022, misura già approvata nel precedente mandato rettorale e confermata negli anni successivi.

I casi citati rappresentano gli ultimi in ordine di arrivo ma non certamente gli unici realizzati nel corso degli anni nel nostro Paese. Gli interventi del legislatore italiano si sono contraddistinti sinora per sporadicità e assenza di sistematicità, fattori che non hanno permesso, nel corso degli anni, di adottare istituti giuridici che nel medio-lungo periodo potessero realizzare gli obiettivi sperati. Storicamente il legislatore italiano è intervenuto esclusivamente seguendo due direttrici. Sul lato del reclutamento/pensionamento, prevedendo talune agevolazioni fiscali temporanee dirette alle imprese per l'assunzione di personale femminile, disponendo crediti d'imposta per neo-costituende imprese formate da donne<sup>8</sup> o attraverso incentivi all'esodo<sup>9</sup>; più diffusamente all'interno della tassazione della famiglia, valorizzando il ruolo della donna esclusivamente come componente di un nucleo familiare nell'articolato sistema Irpef<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> A.F. Uricchio, *Il credito d'imposta per l'imprenditoria femminile*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, n. 9/1996, p. 668 ss.; si pensi tra le prime alla legge 25 febbraio 1992 n. 215 sull'imprenditoria femminile, diventata operativa nell'estate del 1997 a seguito della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del regolamento attuativo (G.U.24 aprile 1997 S.O. n.87/L), che ha previsto una serie di agevolazioni volte a favorire lo sviluppo della donna imprenditrice e a promuovere la formazione e la qualificazione professionale di tali figure.

<sup>9</sup> Tra tutti si vedano S. Arnaldo, *Brevi note sul trattamento degli incentivi all'esodo*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, n. 23/2002; F. Petrucci, *Possibili discriminazioni nel regime di favore all'esodo*, in *Corriere tributario*, n. 37/2005; L. Lovecchio, *Incentivi all'esodo e incompatibilità comunitaria*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, n. 19/2007; M.C. Fregni, *Il trattamento fiscale agevolato degli incentivi all'esodo ed il principio di parità uomo-donna*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 4/2009.

<sup>10</sup> Tra i molteplici contributi scientifici si segnalano i lavori monografici di C. Sacchetto, *La tassazione della famiglia: aspetti nazionali e comparati*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010; A. Turchi, *La famiglia nell'ordinamento tributario. Parte prima. I modelli di tassazione dei redditi familiari*, Giappichelli, Torino, 2012; A. Turchi, *La famiglia nell'ordinamento tributario. Parte seconda. Tra favore e limiti del sistema*, Giappichelli, Torino, 2015.

Certamente una tassazione di tipo promozionale a sostegno del reddito delle donne non può prescindere da uno studio sul rapporto tra leva fiscale di genere e principi costituzionali, in particolar modo quello di uguaglianza contenuto nell'art. 3 della nostra Carta fondamentale.

La posizione giuridica della donna in rapporto ai principi dettati nella nostra Costituzione non dovrebbe a rigore essere oggetto di trattazione particolare<sup>11</sup>. Nel momento in cui si afferma che tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso (art. 3 Cost. I comma), si esclude che possano essere create delle situazioni giuridiche diverse tra essi in ragione del sesso. Tutti le disposizioni successive, come ad esempio quella inclusa nella Parte I Titolo III sui rapporti economici secondo la quale la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e a parità di lavoro le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore e che le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione (art. 37 Cost.), costituirebbero semplici rafforzamenti ed esplicitazioni di diretta applicazione del principio di uguaglianza.

Affermare, tuttavia, che introdurre una tassazione di genere sia questione costituzionalmente ammessa in modo pacifico non risponderebbe al vero, proprio in ragione del principio di uguaglianza tributaria, desumibile dal combinato disposto degli artt. 3 e 53 Cost.<sup>12</sup>.

Il principio di capacità contributiva si afferma anche come principio dell'uniformità o dell'uguaglianza tributaria, intesa non nel senso che tutti debbano concorrere alle spese pubbliche in uguale misura ma nel fatto che deve essere assicurata uniformità di trattamento a parità di condizioni<sup>13</sup>; ciò comporta che non possono essere imposti trattamenti fiscali differenziati nei confronti di soggetti portatori di identiche manifestazioni di capacità contributiva e che a situazioni di capacità contributiva diverse devono corrispondere imposizioni fiscali differenti. L'uguaglianza tributaria, quindi, non impone una tassazione uniforme<sup>14</sup>, con criteri assolutamente identici e proporzionali per tutte le tipologie di imposizione tributaria (come affermato dalla stessa Corte costituzionale, tra tutte la nota sentenza della Corte Cost. n. 10/2015 sulla c.d. Robin tax); tale assunto è confermato dalla molteplicità di regimi di tassazione sui redditi, diversificati anche rispetto alle modalità di determinazione delle basi imponibili, in ragione di ricchezze di non omogenea natura e fonte. Tuttavia, se al legislatore è lasciato il bilanciamento del principio di uguaglianza tributaria con altri

---

<sup>11</sup> M.G. Manfredini, *La posizione giuridica della donna nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 1979, p. 11.

<sup>12</sup> In tal senso F. Gallo, *L'uguaglianza tributaria*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, p. 21; F. Gallo, *Ancora in tema di uguaglianza tributaria*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, n. 4/2013, p. 321 ss.

<sup>13</sup> I. Manzoni, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1965, p. 14.

<sup>14</sup> M. Ingresso, *Diritto, sistema e giustizia tributaria*, in *Rassegna tributaria*, n. 3/1990.

valori costituzionali, come la stessa Corte Costituzionale sostiene<sup>15</sup>, ciò deve avvenire in modo da determinare il minor sacrificio possibile al suddetto principio<sup>16</sup>. In altri termini sarebbe necessario dimostrare, caso per caso, in ogni modello di tassazione sul genere, la ragionevolezza di un trattamento di vantaggio in favore delle donne rispetto agli uomini, in termini di minore capacità contributiva per redditi di stesso ammontare e natura; in mancanza si realizzerebbe una discriminazione a contrario, fondata esclusivamente sul sesso e pertanto in espressa violazione del principio di uguaglianza tributaria.

A questo si aggiunga anche il problema della compatibilità comunitaria di un trattamento tributario di favore esclusivamente dedicato alle donne. Come già citato, emblematico il caso degli incentivi all'esodo introdotti in Italia a fine anni novanta<sup>17</sup> e dichiarati illegittimi dalla Corte di Giustizia<sup>18</sup>. L'art. 19, comma 4 bis, del d.p.r. n.

---

<sup>15</sup> Tra tutte C. Cost., 9 febbraio 2015 n. 10, sulla c.d. Robin Tax, secondo la quale il compito istituzionale affidato alla Corte «richiede che la Costituzione sia garantita come un tutto unitario, in modo da assicurare una tutela sistemica e non frazionata (sentenza n. 264 del 2012) di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»: per questo la Corte opera normalmente un ragionevole bilanciamento dei valori coinvolti nella normativa sottoposta al suo esame, dal momento che la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi (sentenza n. 85 del 2013)... La cessazione degli effetti delle norme dichiarate illegittime dal solo giorno della pubblicazione della presente decisione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica risulta, quindi, costituzionalmente necessaria allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco, in modo da impedire alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri [...] garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali (sentenza n. 264 del 2012). Essa consente, inoltre, al legislatore di provvedere tempestivamente al fine di rispettare il vincolo costituzionale dell'equilibrio di bilancio, anche in senso dinamico (sentenze n. 40 del 2014, n. 266 del 2013, n. 250 del 2013, n. 213 del 2008, n. 384 del 1991 e n. 1 del 1966), e gli obblighi comunitari e internazionali connessi, ciò anche eventualmente rimediando ai rilevati vizi della disciplina tributaria in esame».

<sup>16</sup> D. Stevanato, *Il principio di capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza delle imposte*, n. 4/2019, p. 345.

<sup>17</sup> G. Paudice, *Sul trattamento tributario e previdenziale dei c.d. incentivi all'esodo*, in *Il Diritto del lavoro*, n. 3/2002, p. 233 ss.

<sup>18</sup> La Corte di Giustizia Europea (causa C-207/04) venne investita, per verificare la legittimità dell'art. 19, comma IV-bis, in relazione all'art. 141 CE 6 e alla direttiva 76/207/CEE del Consiglio. Con sentenza del 21 luglio 2005, la Corte affermò che in via preliminare, occorre verificare se la concessione di un'agevolazione fiscale, stabilita in funzione dell'età del lavoratore, relativa alla tassazione di un'indennità di esodo, quale quella controversa nella causa principale, rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 141 CE o della direttiva 76/207/CEE del Consiglio. Secondo una giurisprudenza costante, la nozione di retribuzione di cui all'art. 141 CE comprende tutti i vantaggi, in contanti o in natura, attuali o futuri, purché siano pagati, sia pure indirettamente, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo (v., in particolare, sentenze 17 maggio 1990, causa C 262/88, Barber, Racc. p. I 1889, punto 12, e 9 febbraio 1999, causa C 167/97, Seymour-Smith e Perez, Racc. p. I 623, punto 23). Il vantaggio di cui trattasi nella causa principale, ossia un'agevolazione fiscale, non è pagato dal datore di lavoro. Un siffatto vantaggio non rientra quindi nell'ambito di applicazione dell'art. 141 CE. Quanto al problema se la concessione di un'agevolazione fiscale stabilita in funzione dell'età del

917/1986, così come modificato dal d.lgs. n. 314/1997, aveva disposto il dimezzamento dell'aliquota applicata per la tassazione del Tfr e altre indennità sulle somme corrisposte in occasione della cessazione del rapporto al fine di incentivare l'esodo dei

---

lavoratore, relativa alla tassazione di un'indennità di esodo, quale quella controversa nella causa principale, rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 76/207/CEE del Consiglio, occorre rammentare che, secondo l'art. 5, n. 1, di tale direttiva, l'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso. Letto alla luce dell'art. 5, n. 2, lett. a), della direttiva 76/207/CEE del Consiglio, in forza del quale gli Stati membri devono adottare le misure necessarie affinché siano soppresse le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative contrarie al principio della parità di trattamento, l'art. 5, n. 1, di tale direttiva va inteso nel senso che esso riguarda anche le condizioni di licenziamento stabilite dai detti Stati. Nell'ambito della direttiva 76/207/CEE del Consiglio, il termine licenziamento va inteso in senso ampio, in maniera da comprendervi la cessazione del rapporto di lavoro fra il lavoratore e il suo datore di lavoro, anche nell'ambito di un regime di interruzione volontaria del rapporto (v., in tal senso, sentenza 16 febbraio 1982, causa 19/81, Burton, Racc. p. 555, punto 9). Rimandando all'art. 17, comma 4 bis, del DPR n. 917/86, il giudice del rinvio ha spiegato che l'agevolazione fiscale di cui trattasi nella causa principale è concessa al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori che abbiano superato l'età di 50 anni se donne e di 55 se uomini. Da tutto quanto precede risulta che un regime di tassazione stabilito in funzione dell'età del lavoratore, come quello di cui trattasi nella causa principale, costituisce una condizione inerente al licenziamento ai sensi dell'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207/CEE del Consiglio. A norma dell'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207/CEE del Consiglio, gli uomini e le donne devono fruire delle medesime condizioni di licenziamento senza discriminazioni fondate sul sesso. Una differenza di trattamento risultante dalla tassazione con aliquota ridotta alla metà delle somme erogate in occasione dell'interruzione del rapporto di lavoro a carico dei lavoratori che hanno superato i 50 anni, se donne, e i 55 anni, se uomini, costituisce una disparità di trattamento fondata sul sesso dei lavoratori. Considerate le osservazioni presentate dal governo italiano e dalla Commissione delle Comunità europee, bisogna esaminare se una siffatta differenza di trattamento sia giustificata in forza della deroga prevista all'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva 79/7/CEE del Consiglio, secondo la quale tale direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di escludere dal suo campo di applicazione la fissazione del limite di età per la concessione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro e le conseguenze che possono derivarne per altre prestazioni. Da una giurisprudenza costante risulta che, tenuto conto dell'importanza fondamentale del principio della parità di trattamento, l'eccezione al divieto di discriminazioni fondate sul sesso prevista dall'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva 79/7/CEE del Consiglio dev'essere interpretata restrittivamente (v., in particolare, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall, Racc. p. 723, punto 36, e 30 marzo 1993, causa C 328/91, Thomas e a., Racc. p. I 1247, punto 8). Tale disposizione può applicarsi soltanto alla fissazione dell'età del pensionamento per la corresponsione delle pensioni di vecchiaia e di anzianità ed alle conseguenze che ne derivano per altre prestazioni previdenziali (sentenza 26 febbraio 1986, causa 151/84, Roberts, Racc. p. 703, punto 35; in tal senso anche sentenza 4 marzo 2004, causa C 303/02, Haackert, Racc. p. I 2195, punto 30). Tale eccezione al divieto di discriminazioni fondate sul sesso non è dunque applicabile a un'agevolazione fiscale quale quella di cui trattasi nella causa principale, la quale non costituisce una prestazione previdenziale. Posto che, da un lato, la differenza di trattamento prevista dalla disposizione controversa nella causa principale è direttamente fondata sul sesso e che, dall'altro, la direttiva 76/207/CEE del Consiglio non prevede deroghe, applicabili alla fattispecie, al principio della parità di trattamento, occorre dichiarare che tale differenza di trattamento costituisce una discriminazione direttamente fondata sul sesso. Da tutto quanto precede risulta che la direttiva 76/207/CEE del Consiglio deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una norma quale quella controversa nella causa principale che consente, a titolo di incentivo all'esodo, il beneficio della tassazione con aliquota ridotta alla metà delle somme erogate in occasione dell'interruzione del rapporto di lavoro ai lavoratori che hanno superato i 50 anni, se donne, e i 55 anni, se uomini.

lavoratori, prevedendo requisiti anagrafici differenziati a seconda del sesso: il superamento dell'età di 50 anni per le donne e di 55 per gli uomini. La differenza di trattamento prevista dalla disposizione venne censurata perché fondata sul sesso e pertanto non compatibile con la direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro; la stessa direttiva non prevedendo deroghe applicabili alla fattispecie al principio della parità di trattamento, vietava la differenza di trattamento impositivo in base al genere qualificandola come una discriminazione direttamente fondata sul sesso e, pertanto, illegittima.

5. Da una siffatta lettura orientata del principio di uguaglianza tributaria, sembrerebbe del tutto inibita la possibilità di utilizzare la leva fiscale come strumento per contrastare il divario di genere, specie se retributivo, anche in ragione degli effetti discriminatori che si verrebbero a generare nel differente rapporto impositivo tra uomo e donna. Tale assunto sarebbe certamente condivisibile se si ipotizzassero istituti tributari a regime che non prevedessero limiti temporali di trattamento fiscale differenziato tra genere. La stessa nozione di gender gap e gli obiettivi posti dalle istituzioni internazionali sono quelli di colmare il divario per garantire una pari condizione di partenza, di opportunità e di diritti tra uomo e donna. A ben guardare la stessa giurisprudenza costituzionale ha fondato la legittimità di trattamenti fiscali selettivi sul carattere temporaneo del regime fiscale e sulla combinata dimostrazione di una differente manifestazione di capacità contributiva che ragionevolmente possa autorizzare tali istituti tributari di vantaggio.

A questo si aggiunga la necessità di ricercare accanto al fine primario del prelievo fiscale, costituito dal finanziamento delle spese pubbliche secondo i principi di capacità contributiva e di uguaglianza, i c.d. fini accessori ed ulteriori anche di carattere extrafiscale che, se ammissibili secondo il sistema di valori costituzionali e prevedendo un loro giusto bilanciamento, ne esaltano la funzione impositiva. In altri termini, i fini fiscali ed extrafiscali posti alla base del diritto promozionale<sup>19</sup> rendono gli strumenti premiali di natura fiscale compatibili con i principi di capacità contributiva e di uguaglianza ma anche sotto certi aspetti doverosi e necessari, dando attuazione alle garanzie costituzionali in un modello avanzato di finanza pubblica<sup>20</sup>.

La modulazione della leva fiscale, associata ad appropriate politiche di spesa, è certamente uno degli strumenti più appropriati per superare le sempre più gravi disuguaglianze, realizzare i valori solidaristici e promuovere la crescita e lo sviluppo<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> N. Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 4/1969, p. 1313 ss.

<sup>20</sup> A.F. Uricchio, *Introduzione*, in AA.VV., *La dimensione promozionale del fisco*, Cacucci editore, Bari, 2015, p. 19.

<sup>21</sup> F. Gallo, *Il diritto e l'economia: Costituzione, cittadini e partecipazione*, in *Rassegna tributaria*, n. 2/2016, p. 287 ss.



In questa prospettiva emerge di tutta evidenza la mancata attuazione nel nostro ordinamento della parità di genere, in particolare a livello reddituale e retributivo<sup>22</sup>, tale da rendere i principi costituzionali a tutela della donna citati nella presente trattazione quasi un triste flatus vocis, lontano dalla realtà fenomenica. Nel sistema così delineato dalla Carta costituzionale, ad ogni buon conto, il legislatore può effettuare le scelte di riparto più opportune del concorso alle spese pubbliche, estrapolando dalla realtà sociale posizioni differenziate dei singoli contribuenti non necessariamente in ragione di una forza economica di natura patrimoniale. E' necessario che vi sia, pertanto, un equo e ragionevole criterio distributivo delle situazioni e degli eventi selezionati quali indice di concorso alle spese pubbliche, anche in funzione del fine ultimo dell'ordinamento di rimuovere quegli ostacoli di ordine economico e sociale che limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, così come sancito nel principio di uguaglianza sostanziale dell'art. 3 II comma Cost.<sup>23</sup>. Con questo non si intende affermare che la funzione primaria dei tributi è rappresentata dalla redistribuzione delle ricchezze e dalla riduzione delle disuguaglianze (nel caso trattato quelle di genere), non costituendone una caratteristica strutturale e restando evidentemente ancorati al fine del concorso alle pubbliche spese<sup>24</sup>. Un orientamento che avvalli la fiscalità di genere sarebbe certamente da ascrivere ad una opzione di politica legislativa, a scelte che afferiscono all'etica sociale, alla spesa pubblica e alle decisioni istituzionali.

Come correttamente affermato da autorevole dottrina<sup>25</sup>, il potere di imposizione fiscale è da interpretarsi come sottrattivo: con il suo esercizio viene prelevata dai contribuenti parte dei loro averi e le forme di agevolazione e di esenzione fiscale rappresentano pur sempre una rinuncia che lo Stato sta realizzando alla propria potestà d'imperio. Una fiscalità di genere a vantaggio delle donne potrebbe certamente porre le basi per un concreto piano di riduzione dell'endemico gender gap, pur nella consapevolezza che tale tipo di intervento da solo non è sufficiente per raggiungere l'obiettivo e soprattutto consolidarlo. Una maggiore disponibilità economica per le donne (determinata da forme di detassazione a loro riservate per i redditi da lavoro) o l'adozione di strumenti fiscali di vantaggio per chi assume o si avvale di forza lavoro femminile non possono in alcun modo essere considerate soluzioni risolutive del problema, compenserebbero solo in parte i limiti posti dal ruolo e dalle funzioni fondamentali che esplica la donna nella società, a partire dalla sua unità base costituita dalla famiglia. Di certo potrebbero, però, rappresentare un punto di partenza per

---

<sup>22</sup> Per uno studio storico sino a metà degli anni novanta, si veda il lavoro monografico di L. Bonaretti, *L'equa retribuzione nella costituzione e nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1994.

<sup>23</sup> F. Gallo, *Le ragioni del fisco*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 96.

<sup>24</sup> D. Stevanato, *La giustificazione sociale dell'imposta. Tributi e determinabilità della ricchezza tra diritto e politica*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 342.

<sup>25</sup> Stevanato Dario, *La giustificazione sociale dell'imposta*, cit., p. 348.

scardinare una impostazione secolare che ha visto tristemente il genere femminile relegato a posizioni subalterne in tutti i settori della vita, soprattutto nel sistema economico e di potere.

In questo orizzonte l'Irpef - Imposta sul reddito delle persone fisiche, deve essere ripensata in modo tale da promuovere attivamente una distribuzione paritaria del lavoro retribuito e non retribuito, del reddito e dei diritti pensionistici tra donne e uomini; incentivare l'occupazione femminile e l'indipendenza economica delle donne; garantire il principio della parità di retribuzione tra donne e uomini per un lavoro identico o di pari valore negli Stati membri, al fine di garantire che le disuguaglianze siano eliminate sia dal mercato del lavoro che dalla tassazione; promuovere a pieno titolo la tassazione individuale, garantendo al tempo stesso il pieno mantenimento di tutti i benefici economici e di altro tipo legati alla genitorialità negli attuali sistemi di tassazione congiunta. La riforma dell'Irpef, preannunciata nel Pnnr, non potrà non tener conto della necessità di razionalizzare quel ginepraio di *tax expenditures* (il cui valore ha raggiunto circa il 4% del Pil annuale italiano) oggi presenti, portando il legislatore italiano a creare istituti tributari temporanei, omogenei e mirati che, nel breve-medio periodo, possano garantire anche alle donne e ai giovani una pari opportunità sul mercato del lavoro, sia in fase di accesso che di progressione lavorativa. In tal senso non si intende far riferimento ad alcuni argomenti addotti in dottrina che richiamano un principio di discriminazione qualitativa tale da giustificare un'ulteriore frammentazione Irpef, con casistiche e regole fiscali differenziate; piuttosto una nuova visione della leva fiscale atta ad innescare un processo dal basso che riconosca il ruolo delle donne, in un impianto organico più ampio che ricomprenda una riforma orientata della pubblica amministrazione e dei rapporti di lavoro e commerciali. La parità di genere perseguita anche attraverso la leva fiscale da intendersi, quindi, come un irrinunciabile obiettivo per finalmente creare stesse condizioni di partenza e stesse opportunità per uomini e donne di affermazione nel lavoro, nella società, nelle istituzioni. Quello che stiamo pagando oggi, del resto, non è altro che l'amaro e caro prezzo nel non aver messo adeguatamente la donna nelle condizioni di essere la vera protagonista del progresso della civiltà, accanto e non dietro l'uomo. Un debito non troppo diverso da altri monetariamente noti e immediatamente visibili che necessita, ora come non mai, di una vera e propria inversione di rotta per la nostra e le future generazioni.

Vincenzo Iaia, Andrea Sestino

CITY-PAIR METHOD AND AIRPORT-PAIR METHOD ALTERNATIVES FOR  
ASSESSING THE DOMINANT POSITION IN THE FLIGHT MARKET. A  
MULTIDISCIPLINARY ANALYSIS FROM COMPETITION LAW AND  
MARKETING PERSPECTIVE\* \*\*

ABSTRACT

Lo scopo di questo articolo è di far luce sulla rilevanza dei metodi cd. *city-pair* e *airport-pair* nella determinazione del mercato rilevante e della rispettiva quota di mercato di una compagnia aerea nel corrispondente mercato al fine di accertare l'esistenza di una posizione dominante. L'indagine prende le mosse dal caso *Ryanair c. Lastminute*, tenuto conto che Ryanair rappresenta una delle compagnie aeree maggiormente operative nel mercato dei voli europeo. Tuttavia, nel caso *de quo*, essa ha negato di detenere una posizione dominante stigmatizzando l'applicazione del *city-pair method*. Considerate inoltre le composite esigenze dei consumatori e i connessi problemi di scelta in condizioni d'incertezza, si procede infine ad una rassegna delle possibili implicazioni per managers e professionisti di marketing al fine di orientare la programmazione strategica in questo peculiare mercato.

The purpose of this paper is to shed light on the relevance of the *city-pair* and *airport-pair* methods in determining the flight-relevant market, and the corresponding market share, for assessing the existence of a dominant position under Antitrust Law. The analysis will focus on the *Ryanair v. Lastminute* case, in light of the fact that Ryanair is one of the biggest companies in the European flight market. However, in such case it denied being a dominant company by refusing the applicability of the *city-pair method*. Moreover, by considering the recent consumers' needs and requirements, and the recent literature about such methods, the effect on marketing strategies for marketers and managers are discussed focusing on this peculiar market.

PAROLE CHIAVE

Metodo City-pair – metodo airport-pair – mercato aereo

City-pair method – airport-pair method – flight market

SOMMARIO: 1. Introduction – 2. The *Ryanair v. Lastminute* case – 3. The identification of the relevant flight market based on the *city-pair method* – 4. (Segue) ...and on the *airport-pair method* – 5. Discussion and implications – 6. Conclusion and possible effects on marketing strategies

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

\*\* While this paper is the result of the combined reflections of the two authors, parr. 2, 3, 4, 5 are written by Vincenzo Iaia and parr. 1, 5, 6 are written by Andrea Sestino.

1. Nowadays, the transport and consequently the tourism activities are more identified in the concept of experience lived by the consumers, rather than in the simple consumption of a product or service. In particular, the literature uses exactly the term experience to mark the process of using tourism services from a consumer perspective<sup>1,2</sup>. The places within which the tourists' experience take place may coincide with the concept of a cultural district as a natural evolution that does not produce products, but services integrated into offers of places and experiences. Moreover, tourism research has long understood the relevance of visitors' experience, defined as an escape from the ordinary of daily life<sup>3,4</sup> or, according to Larsen<sup>5</sup> «a past personal travel-related event strong enough to have entered long-term memory». Seminal literature<sup>6</sup> launched the idea of the “experience economy” as an innovative economic era, the traditional components of price discrimination strategies – such as premium price, or superior quality of products or services – cannot be anymore considered as a distinctive part of companies' offer.

Tourist consumption is driven by both utilitarian and hedonistic reasons<sup>7</sup>, the former of which identify travel as a useful means aimed at satisfying one's own need (e.g., in business travel), the latter aimed at research pleasure (e.g., in leisure travel). From this perspective, the desire to travel and live new experiences is stimulated mainly by inner desires that push individuals to leave the known place(s) of habitual residence to seek different, unusual, and distant destinations that allow living different experiences compared to the daily ones. Technology, with the consequent reduction of costs, and information, which has aroused the interest in reaching a large number of previously unpublished destinations, have made it possible to establish a highly competitive industry. In this regard, new technologies make it possible to support the consumer throughout the shopping experience, from searching for information online in the pre-purchase phase to consumption, in the post-purchase phase<sup>8</sup>, up to also to travel booking and management through platforms known as Online Travel Agencies

---

<sup>1</sup> J.B. Ritchie, V.W.S. Tung, R.J., *Tourism experience management research: Emergence, evolution and future directions*, in *International Journal of Contemporary Hospitality Management*, vol. 23 no. 4, 2011, pp. 419-438.

<sup>2</sup> V. Middleton, *The importance of micro-businesses in European tourism*, in *Rural tourism and recreation: Principles to practice*, 2001, pp. 197-201

<sup>3</sup> E. Cohen, *A phenomenology of tourist experiences*, in *Sociology*, vol. 13 no. 2, 1979, pp. 179-201.

<sup>4</sup> S. Quan, N. Wang, *Towards a structural model of the tourist experience: An illustration from food experiences in tourism*, in *Tourism Management*, vol. 25 no. 3, 2004, pp. 297-305.

<sup>5</sup> S. Larsen, *Aspects of a psychology of the tourist experience*, *Scandinavian Journal of Hospitality and Tourism*, vol. 7 no. 1, 2007 pp. 7-18.

<sup>6</sup> B.J. Pine, J.H. Gilmore, *The experience economy*, in *Harvard Business Review*, vol. 76 no. 6, 1998, pp. 18-23.

<sup>7</sup> Y.S. Chung, *Hedonic and utilitarian shopping values in airport shopping behavior*, in *Journal of Air Transport Management*, vol. 49, 2015, pp. 28-34.

<sup>8</sup> D. Buhalis, P. O'Connor, *Information communication technology revolutionizing tourism*, in *Tourism Recreation Research*, vol. 30 no. 3, 2005, pp. 7-16.

(OTA)<sup>9</sup>. In this way, technology has made it possible not only to retrieve information useful for choosing the best possible destination or to share experiences also encouraged thanks to the support of social network followers<sup>10</sup> but above all to make reservations directly, through a more complete evaluation framework that compares the convenience of multiple possible alternatives, taking advantage of every form of technology, e.g., including the most recent mobile devices<sup>11</sup>.

Thus, in a multidisciplinary perspective, this paper has the objective of examining the relevant legal-economic aspects of the *Ryanair v. Lastminute* dispute, paying particular attention to the correct definition of the relevant market – and the corresponding market share – under Antitrust Law based on privileged choices by travelers, as well as the main variables that influence them. Even if Ryanair is one of the most active companies in the European flight market, it denies being a dominant one. By contrast, Lastminute invokes the application of the city-pair method, according to which Ryanair would result as a dominant company because the relevant market should be determined evaluating the existence of fungible transport alternatives allowing to move from one determined city to another and Ryanair was the only operators for some routes.

By considering these premises, it will be possible to evaluate the effectiveness of the solution proposed by the Supreme Court of Cassation<sup>12</sup> to resolve this issue compared to the real market balances. Furthermore, this analysis could also be useful to suggest valuable insights to guide future managerial and marketing strategies within the flight sector, by considering the specificities of the reference market and the institutional framework within which marketers and managers operate.

2. The dispute between the well-known airline company and one of the most renowned online travel agencies arose in 2010. It followed the stand-alone action of Lastminute (given that at the time of the facts, there was not any intervention on the matter by the Italian Antitrust Authority, nor currently there are traces of possible public enforcement) against Ryanair's decision to limit the sale of its airline tickets exclusively through its website and its call center<sup>13</sup>. Thus, any other online platform was prevented from continuing to carry out that intermediation activity in the sale of

---

<sup>9</sup> R. Law, K. Leung, K., R. Wong, *The impact of the Internet on travel agencies*, in *International Journal of Contemporary Hospitality Management*, vol. 16 no. 2, 2004, pp. 100-107.

<sup>10</sup> H. Liu, L. Wu, X. Li, *Social media envy: How experience sharing on social networking sites drives millennials' aspirational tourism consumption*, in *Journal of Travel Research*, vol. 58 no. 3, 2019, pp. 355-369.

<sup>11</sup> N.M. Suki, *Flight ticket booking app on mobile devices: Examining the determinants of individual intention to use*, *Journal of Air Transport Management*, vol. 62, 2017, pp. 146-154.

<sup>12</sup> Cass. Civ., Sez. I, 12 November 2019, n. 29237.

<sup>13</sup> *Amplius*, V. Iaia, *La tutela della concorrenza nell'ambito del trasporto aereo: il caso Ryanair c. Lastminute*, in *Cammino Diritto*, vol. 10, 2020, pp. 1-34.

tourist packages, which had previously been regularly offered and in which the low-cost airline tickets were included<sup>14</sup>.

It should be noted that Ryanair does not only offer air transport services, but it is notoriously usual to combine them with the simultaneous promotion of collateral services similar to those typically offered by tourist agencies. Among these, by way of example only, Ryanair offers car rental or hotel and restaurant services at affiliated hotels and restaurants, as well a “flight + hotel” packages. These are services potentially helpful to the customer-traveler once he has arrived at the destination. It should also be considered that the purchase of these collateral services guarantees the achievement of additional revenues (also called ancillary revenues), constituting a significant percentage of the profits obtained by Ryanair from the commercial partners.

From a marketing perspective, ancillary revenues have ensured exciting business opportunities for companies promoting air transport services. Also, given the liberalization of air services, high levels of competition, increased fuel costs, and unstable operating environments, ancillary revenues have seen their returns decrease, thus seeking a new key to competitiveness in secondary sources. However, research confirms that despite a general positive consumer perception of new ancillary services, airlines need to take a balanced approach to develop ancillary services and take active measures to ensure that the core of the service remains the main focus<sup>15</sup>.

By considering the monopolistic or dominant position held by Ryanair on numerous routes, the decision taken by the Irish company to sell its tickets exclusively through its channels led to the automatic exclusion - total or partial depending on the monopoly or dominant position held by Ryanair in each route - of the online travel agencies from the possibility of offering their multiple services in the destinations where this carrier was the only or the primary airline to operate.

Thus, Lastminute sued Ryanair before the section specialized in business matters of the Milan Court of First Instance to restore the offer of tourist packages also in these destinations and pay compensation for the subsequent damages, considering that Ryanair’s strategy integrates an abuse of a dominant position, according to art. 3, Law 247/1990 (Italian Antitrust Law).

This case assumes central importance in antitrust matters considering the controversial definition of the relevant market in the air transport sector as it is crucial to ascertain the dominant position and its eventual abuse in vertically integrated

---

<sup>14</sup> The growing economic and social role assumed in recent years by the online intermediaries of goods and services (the so-called cybermediaries) raised intricate issues from a competitive point of view which has raised significant discussion among the doctrine. For an interesting study on the recent antitrust developments regarding online agencies, see M. Colangelo, Z. Zeno-Zencovich, *Online platforms, competition rules and consumer protection in travel industry*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 2, 2016, pp. 75-96.

<sup>15</sup> J.F. O’Connell, D. Warnock-Smith, *An investigation into traveler preferences and acceptance levels of airline ancillary revenues*, in *Journal of Air Transport Management*, vol. 33, 2013, pp. 12-21.

markets<sup>16</sup>. More specifically, it was necessary to determine whether Ryanair holds a dominant position in the flight market to establish whether the decision to reserve the sale of its tickets exclusively through its website and call center constitutes an abuse of dominant position in the downstream market of tourist services.

The first step is to determine the airlines' market, especially considering that there is no consensus on how it should be calculated. In this regard, Ryanair claimed that it did not hold any dominant position considering that it only holds a market share of 10%, calculated concerning the totality of the flight market in the European territory, also including the shares held by the – more expensive – flag carriers (and therefore assuming that these airlines can actually consider themselves as competitors of the low-cost company). On the contrary, Lastminute argued that it was necessary to drastically reduce “the opening of the compass” in the air transport market, applying the so-called city-pair method. According to this criterion, each route is suitable to constitute a relevant market, with the consequence that in the routes where Ryanair was the only or the majority operating company, it would hold a market share respectively equal to 100% or in any case a percentage certifying a dominant position.

The assessment of the market share based on the correct perimeter of the relevant market is the logical prerequisite necessary to establish the existence of a dominant position and consequently determine whether the choice of one's own sales channels, typically falling within the free exercise of private economic initiative, constitutes exclusionary abusive conduct in the downstream market for tourist services considering the dominant position held by Ryanair in the upstream market.

3. The assessment of the dominant position of one or more companies requires a double check: firstly, it is necessary to define the relevant market both from a product and territorial point of view; secondly, it is required to calculate the percentage share held in the reference market and evaluate it together with other indicators<sup>17</sup>. Concerning the first operation, preparatory to the second, it is essential to correctly outline the product market and the geographic market based on the objective and subjective interchangeability. From the objective perspective, the extent of the commodity sector of the good or service under investigation depends on the degree of fungibility of the same with other goods or services that demand considers substitutes based essentially

---

<sup>16</sup> For a complete and interesting analysis of the abuse of dominant position see: F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto antitrust*, II, Giuffrè, Milan, 2019, pp. 181-238.

<sup>17</sup> According to the Lazio Administrative Regional Court, judgement of the 21<sup>st</sup> June 2012, n. 5869, *Sky Italia v. Auditel*, the evaluation regarding the existence of dominance of a company must be conducted in the same way as a factual historical analysis in which the consistency of the market share held is the main index of dominance. It is flanked by a prospective and dynamic assessment of its possible evolution, in the context of which the additional indices such as the barriers to market entry, the replicability of the activity of the dominant operator and the reputation it boasts.

on three parameters: consumer habits and trends, characteristics product/service specifications and its price<sup>18</sup>.

Conversely, by the subjective perspective, it is necessary to investigate the preferences of consumers, by considering that it cannot be excluded *a priori* that theoretically fungible products from an objective point of view are equivalent in the eyes of consumers for purely subjective reasons, linked to their personal taste, thus creating the birth of a market in its own right<sup>19</sup>.

By considering the geographical market, from an objective point of view, it is necessary to identify the main areas in which the company offers its goods and services, acknowledging that the technological advances that led to the birth and development of e-commerce would allow likely to operate in any place reachable by a courier, potentially extending the geographical market of reference to the whole world. On the subjective side, to establish whether two companies located in different areas are alternative sources of supply, it is necessary to assess whether and under what conditions consumers are willing to obtain supplies from the potentially competing company operating in another area, concerning the other index of territorial distance that separates them.<sup>20</sup>

Once the contours of the relevant market have been traced by following the difficult combination of the commodity and geographic market, as determined about the particular objective and subjective characteristics, it is possible to proceed with the calculation of the market share held by the company being assessed, which is normally identified concerning the total reference turnover. In general, a percentage higher than 50% reveals the existence of a dominant position. By contrast, below this percentage, it is necessary to examine further indices such as, for example, barriers to entry,

---

<sup>18</sup> These criteria were reiterated in the judgement of Cass. civ. Sez. I, 4 June 2015, n. 11564, in accordance with what was already established by the European Union (hereinafter EU) Commission, *Communication from the Commission on the definition of the relevant market for the purposes of applying EU competition law*, C 372 of 9 December 1997. Furthermore, in light of the recent principle established by the Court of Justice of the EU in the Hoffmann-La Roche case, case C-197-16, judgment of the 23<sup>rd</sup> January 2018, the reference market could be susceptible to expansion, including goods and services relating to product sectors other than the one taken in to consideration if they could be used for the same purposes as the good or service under scrutiny.

<sup>19</sup> As it is established by par. 15 of the Communication of the EU Commission of 1997 on the determination of the relevant market which places emphasis on the personal preferences of the consumer, expressly providing that «The analysis of the substitutability on the demand side implies the determination of the range of products that are considered as interchangeable by consumer».

<sup>20</sup> According to par. 29 of the aforementioned Communication, to determine the relevant geographic market from a subjective point of view, it is necessary to carry out the analysis of the characteristics of the demand (importance of national or local preferences, current consumer purchasing habits, differentiation and product brands, other factors) to determine whether businesses located in different areas are truly an alternative source of supply for consumers. The theoretical test is also based on the substitution effects that occur in the event of changes in relative prices. The question to be answered is always the same: if the customers of the parties decide to turn to companies located in another area, in the short term, and with negligible costs.



financial capacity, capillarity of the distribution network, the holding of intellectual property rights, the number of competitors and their market shares.

Thus, it should be specified that each business sector may present specific characteristics that may determine the expansion or restriction of the breadth of the relevant market. Therefore, it is crucial to pay attention to the substantial effects that certain behaviors may have on customers and competitors. In this regard, with consideration to the particular business of air transport, the European<sup>21</sup> and Italian<sup>22</sup> Antitrust Authority have developed an orientation – shared at the jurisprudential level<sup>23</sup> – aimed at separating first of all the relevant market of low-cost airlines from that of flag companies and, within of these different markets, circumscribe the perimeter not only in relation to the individual routes in which the air carriers were operating, in light of the origin and destination pairs (O&D, also referred as city-pair method), for which each route would be suitable to constitute a relevant market *ex se*, but segmenting it further with to the demand for the same route<sup>24</sup>, thus distinguishing between time-sensitive travelers and price-sensitive travelers.

Consequently, according to this reasonable reconstruction, the single route, in addition to constituting an autonomous market, can be further divided by considering two relevant and separate markets: one made up of travellers who need to reach a given destination regardless of the cost of the ticket (the so-called business or time-sensitive

---

<sup>21</sup> See the emblematic measure adopted by the EU Commission in the decision of the 27 February 2013, case COMP M.6663 III, in which the European Antitrust Authority decided to apply the city-pair method to assess the anticompetitive effects on the flight market deriving from the merger between Ryanair and Air Lingus. The request was rejected because the operation would have given rise to a situation of substantial monopoly on six European routes on which the two companies are currently competitors. The authorization would have harmed competition and in particular consumers for the six routes mentioned, employing a foreseeable reduction in contractual freedom and an abusive increase in prices.

<sup>22</sup> By following the decision of the Italian Antitrust Authority, n. 23008 / C9812B, *Post-merger monitoring / Italian airline / Alitalia - Italian airlines - Air One*, according to which the Authority, in addition to deeming the city-pair method applicable, it further specified that it is appropriate to distinguish customers according to whether they are more sensitive to the price of the plane ticket (price-sensitive travelers) or the arrival time (time-sensitive travelers) at the destination airport and its proximity to the city (the so-called “catchment area”).

<sup>23</sup> In this regard, see Lazio Administrative Regional Court, judgement n. 1615 of the 25 February 2008, which excluded the competitive relationship between Ryanair and Alitalia, establishing that: «A comparison between the cheapest promotional rates of Ryanair and the ordinary business rates of Alitalia, intended for a different target, would not be correct. There is no identity of service between flights with different airports of departure and arrival. The cheapest fares available of Alitalia would not have been indicated, but the comparison would be between promotional fares of the only class available to Ryanair and ordinary business class fares of Alitalia aimed at a non-price-sensitive but time-sensitive target audience».

<sup>24</sup> The distinction between the relevant market of low-cost airlines and that of flag companies, as well as the applicability of the origin and destination criterion, were already applied by the Italian Antitrust Authority in the decision n. 6793 / I276B of the 13 January 1999, when assessing the effects on competition deriving from the agreement (specifically code sharing/block space agreements) between Alitalia and Meridiana.

customers), the other including travellers who purchase tickets for a particular destination only if it is accessible at a low price (leisure or price-sensitive customers).

Applying this methodology for calculating the market share in the special sector of the transport market, it could be argued that the product market can be identified in the section that connects two cities. Conversely, the geographic market is made up of the respective areas of origin and destination in which the traveler would be willing to move if consumers wanted to travel on a given route (catchment area)<sup>25</sup>. It should be noted that in the determination of the geographical areas that make up the respective market, not only the neighboring airports are included, but also the railway stations and maritime ports, in the case it is provided that the rail and sea transport that connect the two cities identifying the product market are equally efficient options.

4. As an alternative to the city-pair method, overseas studies<sup>26</sup> have developed the so-called airport-pair method<sup>27</sup>. By considering this criterion, there would be a further circumscription of the reference market under which in the route connecting two cities there would be as many relevant and separate markets as airports are connecting the city of origin to that of destination.

Thus, it clearly appears how this method can be applied only in cities with more than one airport<sup>28</sup>. From its application, it follows that instead of considering cities as departure and destination points reachable through any neighboring airport, each pair

---

<sup>25</sup> This interpretation regarding the determination of the geographical reference market in the air transport sector is in line with the historical case-law of the Court of Justice of EU, case 66/86, judgement of the 11 April 1989, according to which «In order to determine whether an airline company engaged in scheduled transport holds a dominant position, it is first necessary to define the transport services market in question. In this regard, the discussion that took place before the Court highlighted two theses: the first, according to which the scheduled flight sector constitutes a separate market, and the second, according to which there is the need to consider alternative transport possibilities, such as the charter transport, by rail or road as well as scheduled flights on any other replacement routes». Further confirmation of the validity of this criterion is given by its application by the EU Commission to assess the effects on competition deriving from the merger between British Airways and Iberia Líneas Aéreas de España in the decision Comp. M.5747 of the 14 July 2010. For the sake of completeness, see the application of the origin or destination criterion in the authorization of the merger between US Airways and American Airlines in the decision of the EU Commission Comp. M6607 of 5 August 2013.

<sup>26</sup> See P. Gayle, *An empirical analysis of the competitive effects of the delta/continental/northwest code-share alliance*, in *Journal of Law and Economics*, 51, 2006, pp. 743-766; C. Peters, *Evaluating the performance of merger simulation: Evidence from the U.S. airline industry*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 48, 2006, pp. 627-649.

<sup>27</sup> For an interesting comparison of the two different calculation criteria involving the definition of the relevant market in the aviation sector, with specific regard to which of them may be the most appropriate in metropolitan areas, see J.K. Brueckner, D. Lee, E. Singer, *City-Pairs Versus Airport-Pairs: A Market-Definition Methodology for the Airline Industry*, in *Review of Industrial Organization*, vol. 44, 2014, pp. 1-25.

<sup>28</sup> The applicability of this criterion was also introduced in Italy with reference to the substitutability of the connections operated by the Milan Linate airport compared to those of the Milan Malpensa airport, on which the Italian Antitrust Authority, in the decision of the 10 July 2003, n. 12185 (Alitalia/Volare), ruled negatively.

of airports would be suitable to constitute an autonomous market, thus excluding that a route connecting the same city of departure and arrival through different airports can be considered a reasonable alternative solution for travelers.

For instance, a route connecting Rome to Marrakech will have two separate relevant markets if flights depart from Rome Fiumicino and Rome Ciampino airports. Therefore, the product market would be identifiable in the route connecting the two cities, while there would be separate geographical markets coinciding with the different airports that allow transport between the two cities identifying the product market. It is excluded that those different airports located in neighboring areas to the city of departure or destination compete with each other, as for manifold subjective reasons travelers would maintain a preference for a given airport to travel to a specific destination.

From an antitrust perspective, the further restriction of the relevant market would entail acquiring a monopoly position for those airlines that exclusively connect two airports, thus considering irrelevant from a competitive point of view any flights connecting the same cities proposed by other airlines operating at different airports.<sup>29</sup>

Since the need to determine the relevant market according to consumers' actual preferences is undisputed, it would be appropriate to further restrict the reference market in the light of the airport-pair method only and exclusively if a category of customers can be identified as distance sensitive. They are those travelers who want or prefer to reach a given destination through a specific pair of airports, probably those closest to the cities of departure and destination, which could be in some ways similar to time-sensitive customers. In concrete terms, distance-sensitive travelers are not influenced - or are minimally affected - by the changing conditions of flights departing or arriving from the nearest airport or more easily accessible from the city.

To precisely define the market share held by an airline company in the flight market, it appears appropriate to apply the city-pair method in general. The further circumscription of the relevant market in time and price is rather necessary if the market surveys reveal the existence of price-sensitive and time-sensitive customers. It could be also applied when there are the so-called distance-sensitive customers, which are

---

<sup>29</sup> The further restriction of the relevant market would also risk hindering the merger operations between airlines operating in the same airports as this would much more easily imply the result prohibited by the discipline in question, namely the achievement of a dominant position from external growth. In this regard, the American Department of Justice (DOJ) was able to give the green light (under certain conditions) to the merger operation between Continental Airlines and United Airlines because according to the city-pair method it would not have involved the «obtaining a dominant position on the routes connecting New York and San Francisco, when such authorization would not have been possible under the airport-pair method which, limiting the relevant market exclusively to the routes between Newark Liberty International airport and San Francisco International Airport, would have given the merged company a market share of 95%». For further studies, see S. Fleming, *Airline Mergers: Issues Raised by the Proposed Merger of United and Continental Airlines*, in *GAO-10-778T*, 2010.

those travelers that are not indifferent in the choice between two neighboring airports of the same city<sup>30</sup>.

5. Given these premises, it has been ascertained that the double dominance position in the upstream and downstream markets is not necessary. Indeed, it is sufficient for a company to have control over the upstream market – possibly reinforced by owning an essential facility –, as it is the case of Ryanair, for adopting exclusionary conduct in the derivative market<sup>31</sup>. The acknowledged dominance in the upstream market now requires identifying the most appropriate criterion to assess the effective market share held by Ryanair in the air transport sector.

If the criterion proposed by the Irish company were used, referring to a relevant market characterized by a European geographical dimension including all airlines, low cost and flag, Ryanair would not be contested any dominant position. In this case, it would limit itself to holding a market share of 10%, a percentage peacefully unsuitable for proving the existence of control of the air market and, consequently, the vertically integrated market of the other tourist services. On the contrary, if the city-pair method would be applied, as proposed by Lastminute, the undisputed dominant position of Ryanair would ensue in the 49 intra-community routes concerning which it operates as a monopolist (and therefore, Ryanair would hold a market share equal to 100%) and in the other 19 in which it would result the primary company (having a market share greater than 50%). In this case, it would be required to determine whether the exclusive sale of Ryanair's airline tickets through its website and its call center constitutes an unjustified denial of an essential facility, therefore suitable for integrating an exclusionary abuse of dominant position, according to art 102 of the Treaty on the Functioning of the EU (hereinafter TFEU) and art. 3 of the Italian Antitrust Law<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> J.K. Brueckner, D. Lee, E. Singer, *City-pairs versus airport-pairs: a market-definition methodology for the airline industry*, in *Review of Industrial Organization*, vol. 44 No. 1, 2014, pp. 1-25.

<sup>31</sup> In this regard, the Court of Justice of the EU, in the judgement of the 14 November, 1996, case C-333 / 94P, established that a company that holds a quasi-monopolistic position on specific markets and a leading position on distinct but closely related markets is in a situation comparable to holding a dominant position on all the markets in question.

<sup>32</sup> The dominant company's freedom of private economic initiative is more compressed than that of other companies, in the light of the special regime of responsibility of an ordoliberal matrix that belongs to them. This regime follows the primary objective of protecting the market and consumers by trying to neutralize – or at least limit – the advantages obtainable from a position of market control through the employing of a series of measures aimed at ensuring that the dominant company behaves as if it were operating in a competitive market. This principle was reiterated by the Italian Council of State, decision of the 13 September 2012, n. 4873, according to which «[...] The company in a dominant position is required to behave differently from those normally allowed to market operators, and it is required to observe a greater degree of diligence and precaution in carrying out its activities in the market in order to not further compromise with its conduct the residual competitive confrontation, already compromised by the significant market power of which it holds».

Finally, although the most appropriate solution to the case may seem almost immediate, there was a sharp contrast between the first and second instance decisions. Indeed, the Milan Court of First Instance applied the city-pair method and affirmed the exclusionary abuse of the dominant position performed by Ryanair against the online travel agencies<sup>33</sup> while the Milan Court of Appeal followed Ryanair's thesis according to which the airline company, holding a market share only equal to 10%, does not detain a dominant position<sup>34</sup>. According to the decision of second instance, Ryanair had exercised its contractual freedom of determining its partners, and its commercial strategy would not generate anticompetitive effects.

The Italian Supreme Court of Cassation intervened to correct the balance between freedom of private economic initiative and protection of competition, censuring the second-degree decision for incorrect interpretation of art. 102 TFEU and art. 3 of the Italian Law 287/1990.

In particular, the interpretative error would concern the correct subsumption to the concrete case into the abusive conducts established in letter b) of both articles that qualify the limitation of production, market access, and technical development illegitimate practices of the company detaining a dominant position which causes detriment to consumers and competitors.

However, before assessing the integration of an exclusionary abuse or exploitation, it appears necessary to respect the logical *ratio* consisting of understanding the competitive dynamics of the companies involved by determining the relevant market and, based on it, the market share held by the company whose conduct is reported<sup>35</sup>.

In this regard, the Italian Supreme Court highlighted the lack of a general rule for the correct delimitation of any market, having instead to carry out a case-by-case analysis so that the indeterminate legal concepts of relevant market and abuse of dominant position can be correctly filled. However, taking into account the special feature of the air transport market, a method of mapping the relevant market has developed at the European level, which is well implemented in the Italian legal context,<sup>36</sup> by considering that each connection between two cities must be considered an independent relevant market, with the further segmentation of it if customers are also distinguishable in relation to the factors of time and price (identified as business and leisure customers).

---

<sup>33</sup> Milan Court of First Instance, judgement of the 4 June 2013, n. 7708.

<sup>34</sup> Milan Court of Appeal, judgement of the 12 October 2015, n. 3585.

<sup>35</sup> In this sense, the Italian Supreme Court recalls the sentence of the Italian Council of State, n. 1673 and 2837, 2014.

<sup>36</sup> In this regard, the Italian Antitrust Authority's decision is invoked in the case C-11608 of the 6 June 2012, related to the investigation launched on the acquisition of the activities of WindJet Ltd. by Alitalia-Compagnia Aerea Italia Ltd. It ended by affirming the need to apply the city-pair method as «This approach to defining the relevant market has an intrinsic geographical dimension typical of transport services, for which it becomes irrelevant to trace a dividing line between the geographical dimension and the product».

On the evidential level, it follows that Lastminute was not burdened of proving the fragmentation of the European flight market because of the absence of a decision of the Italian Antitrust Authority in the sense of affirming this fragmentation. It complies with the orientation of the Italian case-law<sup>37</sup> according to which in the absence of public enforcement by the Antitrust Authority (concerning which the so-called follow-on actions would follow before the ordinary judge), the judge must not mechanically apply the classic principle of the burden of proof stating that *onus probandi incumbit ei qui dicit*. It rather must consider the asymmetries existing between the parties in accessing to the market so that it will be sufficient to assume that the plaintiff attaches plausible evidence of anticompetitive conducts and the judge would use its investigative powers to assess the legitimacy of the conducts under scrutiny.

As correctly stated by the Italian Supreme Court in this judgement, the error committed by the Milan Court of Appeal regards the correct definition of the relevant market in which Ryanair operates. This error has undermined all subsequent reasoning, starting from the ascertainment of the existence of a dominant position, to that relating to the abuse of this position for the unjustified refusal of an essential facility, to the anticompetitive effects yielded in the downstream market of tourist services.

Indeed, the correct application of Art. 102 TFEU and Art. 3 of Italian Antitrust Law, as commonly interpreted at both national and European level, would have required the application of the city-pair method. It would have ascertained the dominant position of Ryanair in the 49 monopoly routes and its predominance in further 19 routes, with the consequent recognition of the anti-competitive foreclosure effects on online travel agencies following the denial of access to the essential facility managed exclusively by the low-cost company. The Milan Court of Appeal's incorrect reconstruction is also proven by the alleged absence of a link between the market in which Ryanair operates and how the online travel agencies operate. The Court seemed unaware of the relevant *acquis communautaire*<sup>38</sup> which clarifies that there may be an exclusionary abuse of the dominant company in the upstream market that unfolds the effects in the different related market, although it is not also subject to its dominion. The exclusionary conduct has the objective of strengthening its dominant position and conquering another success in a derivative market, trying to weaken its competitors with means other than its own merits.

In fact, OTAs have been widely recognized by the reference literature as one of the leading competitiveness drivers for business<sup>39</sup>, and the spread of digital technology in the tourism sector has supported the growth of online platforms used by tourists to book most of the facilities they need during the trip, leveraging the active role and

---

<sup>37</sup> Cass. civ., Sez. I, 4 June 2015, n. 11564.

<sup>38</sup> Cfr. CJEU, 14 November 1996, C-333/94 P; CJEU, 11 February 2011, C-52/09; CGUE, 19 April 2018, C-525/16.

<sup>39</sup> W.G. Kim, H.Y. Lee, *Comparison of web service quality between online travel agencies and online travel suppliers*, *Journal of Travel & Tourism Marketing*, vol. 17 no. 2-3, 2005, pp. 105-116.

involvement of potential tourists in the co-creation process through online portals<sup>40,41</sup>. In doing so, consumers benefit from hyper-personalized offers with unique value<sup>42</sup>.

For these reasons, the Italian Supreme Court has welcomed the appeal presented by Lastminute and quashed the contested sentence with referral to the Milan Court of Appeal in a different composition.

Based on the discussions above, it should be remembered that the studies relating to consumer behavior and the related implications deriving from the determinants that guide his choice criteria have particularly concerned economic and marketing research. The choice of a particular airport by an individual, especially in contexts characterized by a plurality of airport spaces - such as those identified in the legal case described above - has in fact become a topic of great interest not only for the academic world, but also and above all for marketers and managers. The research has offered numerous insights to understand to what extent consumers are more inclined to choose an airport rather than another when there are more than one in their region.

The major implications are to be traced back to econometric studies and models for estimating transport demand<sup>43</sup>, in which the choice of each user is configured as a “discrete choice”, carried out among a finite set of alternatives of transport, each of which excludes all the others. Since the users are rational individuals, by nature endowed with discriminating ability and information processing capacity, they will thus choose the airport option with respect to which they perceive the greatest grade of utility<sup>44,45</sup> from a tourism perspective. In order to avoid the risk that this solution falls into a mere tautology, it should be noted that the level of utility perceived by the consumer is determined by the different degree of incidence of multiple variables. In this regard, some studies have shown that some consumers are more sensitive to factors strictly related to travel, such as the type of airline (e.g., as for low-cost flights), waiting times, flight frequency, connectivity, availability of parking spaces<sup>46</sup>.

---

<sup>40</sup> B. Neuhofer, D. Buhalis, A. Ladkin, *A typology of technology-enhanced tourism experiences*, in *International Journal of Tourism Research*, vol. 16 no. 4, 2014, pp. 340-350.

<sup>41</sup> E. Oliveira, E. Panyik, *Content, context and co-creation: Digital challenges in destination branding with references to Portugal as a tourist destination*, in *Journal of Vacation Marketing*, vol. 21 no. 1, 2015, pp. 53-74.

<sup>42</sup> I. Rihova, D. Buhalis, M. Moital, M.B. Gouthro, *Conceptualising customer-to-customer value co-creation in tourism*, in *International Journal of Tourism Research*, vol. 17 no. 4, 2015, pp. 356-363.

<sup>43</sup> E. Cascetta, A. Papola, *Random utility models with implicit availability/perception of choice alternatives for the simulation of travel demand*, in *Transportation Research Part C: Emerging Technologies*, vol. 9 no. 4, 2001, pp. 249-263.

<sup>44</sup> K.J. Lancaster, *A new approach to consumer theory*, in *Journal of Political Economy*, vol. 74 no., 1996, pp. 132-157.

<sup>45</sup> X. Wang, J. Sun, H. Wen, *Tourism seasonality, online user rating and hotel price: A quantitative approach based on the hedonic price model*, in *International Journal of Hospitality Management*, vol. 79, 2019, pp. 140-147.

<sup>46</sup> E. Valeri, *Analisi della scelta dell'aeroporto di partenza in un'area Multiaeroporto: Teoria e applicazione*, in *Working papers Università degli Studi di Trieste*, 2010, Retrieved on: [http://www.sietitalia.org/wpsiet/WP\\_siet\\_17\\_feb\\_1\\_.pdf](http://www.sietitalia.org/wpsiet/WP_siet_17_feb_1_.pdf)

The importance of attracting consumers by leveraging only the airlines available, opening new routes, or increasing the frequency of existing ones is undoubtedly a fundamental component for determining consumer choice, but it cannot be considered sufficient since it neglects the concept of retail marketing and more generally the airport experience<sup>47</sup>, focusing only on the utilitarian aspects of consumption. It must be considered, however, that the new consumer is also looking for pleasant experiences<sup>48</sup> in which not only the good or service sought and purchased is highlighted, but also everything that is around it. In this sense, consider some interesting strategies that have exploited the spaces in front of the airports to expand the boundaries of traditional airport activities, developing ad hoc commercial structures<sup>49</sup> or other strategic options that have focused on the specialization of duty-free or tax-free zones according to the profile of the consumers who frequent those airports, in line with the proposed routes<sup>50,51</sup>. Considering that nowadays millions of people pass through airports, for example in the Italian territory there were approximately 193, millions passengers' transits in the period January-December 2019 alone (<https://www.istat.it/it/files/2020/05/Trasporto-aereo.pdf>), excluding the 2020 due to the Covid-19 pandemic, interesting marketing strategies could be developed by airport companies. However, a different element of shopping at airports compared to traditional shopping in a retail, on the street, or in shopping centers, is represented by the fact that it occurs only in a specific period, when consumers are in transit.

Indeed, parallel to the change in the consumer, the context within which these actions are carried out in the sales environment - and by extension, airports - could also be perceived differently, transforming from a place of purchase to a place for socializing and entertainment. In fact, the decision-making process based on models of strong economic appeal that attribute to the consumer a rational ability to choose, for example in the model of expected utility, in which individuals perform actions to reach the rationally cheapest choice<sup>52</sup> may fail. Such theories, in fact, do not consider, for example, the sensitivity of consumers concerning situational factors or atmospherics<sup>53</sup>, that denote the purposeful design of a shopping environment that produces a desired

---

<sup>47</sup> A. Bork, *Developing a retail marketing strategy to promote both airport and retailers*, in *Journal of Airport Management*, vol. 1 no. 4, 2007, pp. 348-356.

<sup>48</sup> Addis, M., *New technologies and cultural consumption—edutainment is born!*, in *European Journal of Marketing*, vol. 39 no. 7/8, 2005, pp. 729-736.

<sup>49</sup> B. Reiss, *Maximising non-aviation revenue for airports: Developing airport cities to optimise real estate and capitalise on land development opportunities*, in *Journal of Airport Management*, vol. 1 no. 3, 2007, pp. 284-293.

<sup>50</sup> S.D. Barrett, *Airport competition in the deregulated European aviation market*, in *Journal of Air Transport Management*, vol. 1, 2000, pp. 13-27.

<sup>51</sup> A. Graham, *Airport strategies to gain competitive advantage*, In Ashgate, 2010, pp. 81-98.

<sup>52</sup> G.I. Crouch, T.M. Devinney, J.J. Louviere, T. Islam, *Modelling consumer choice behaviour in space tourism*, in *Tourism Management*, vol. 30 no. 3, 2009, pp. 441-454.

<sup>53</sup> H. Han, S.S. Hyun, *Investigating customers' shopping behaviors at airport duty-free shops: impact of shopping flow and alternative shopping malls' attractiveness*, in *Asia Pacific Journal of Tourism Research*, vol. 23 no. 7, 2018, pp. 627-638.



effect, by leveraging on images, colors, music, scent to affect consumers' behaviour<sup>54</sup>. Furthermore, they also do not consider the reasons for the trip since they do not distinguish, for example, between the observed profiles of business/time sensitivities whose reasons are to be found in the utilitarian purpose of the trip, and leisure/price sensitivity whose reasons for the trip are instead more hedonistic and therefore may be more sensitive to further marketing stimuli<sup>55</sup>. This variable is instead decisive as demonstrated by the Ryanair v. Affair. Last minute. To confirm the validity of this approach, the literature has shown how purchasing behavior in airports has been more strongly influenced by hedonistic purposes rather than by utilitarian purchase values<sup>56</sup>.

6. The most effective marketing strategies could be derived from the type of consumer most represented. For example, the level of attention during waiting times could be exploited with a series of activities not strictly related to the original purpose of their presence - air travel - providing more suitable content for the average traveler within the catchment area. Given the institutional framework within which they operate, hand in hand with the increase in competition in the reference sector, airports should thus diversify their position in new, comparable ways that are able to involve end consumers more. In this sense, given the predisposition of consumers, so those possible purchase intentions are transformed into actual consumption in the catchment areas, marketers and airport managers should not only consider the consumer's moods but above all also produce stimuli in these spaces marketing strategies to guide, encourage, and maximize purchasing choices. Some of the factors traditionally considered such as waiting times and congestion levels could in fact also have a positive impact on the permanence of passengers by allowing them to navigate in the airport spaces, exploiting their presence to encourage shopping activities in the airport space by mitigating them in the negative perception starts<sup>57,58</sup> and indeed, reversing the negative effect identified by the econometric doctrine<sup>59</sup>, exploiting it as a strength. In fact, the literature demonstrates how situational factors, can reduce the subject's perception of the interval of waiting times, improving his reaction to this episode he

---

<sup>54</sup> P. Kotler, *Atmospherics as a marketing tool*, in *Journal of Retailing*, vol. 49 no. 4, 1973, pp. 48-64.

<sup>55</sup> S. Hosany, D. Gilbert, *Measuring tourists' emotional experiences toward hedonic holiday destinations*, in *Journal of Travel Research*, vol. 49 no. 4, 2010, pp. 513-526.

<sup>56</sup> Y.S. Chung, *Hedonic and utilitarian shopping values in airport shopping behavior*, in *Journal of Air Transport Management*, vol. 49, 2015, pp. 28-34.

<sup>57</sup> H. Han, S.S. Hyun, *Investigating customers' shopping behaviors at airport duty-free shops: impact of shopping flow and alternative shopping malls' attractiveness*, in *Asia Pacific Journal of Tourism Research*, vol. 23 no. 7, 2018, pp. 627-638.

<sup>58</sup> E. Torres, J.S. Dominguez, L. Valdès, R. Aza, *Passenger waiting time in an airport and expenditure carried out in the commercial area*, in *Journal of Air Transport Management*, vol. 11 no. 6, 2005, pp. 363-367.

<sup>59</sup> E. Valeri, *Analisi della scelta dell'aeroporto di partenza in un'area Multiaeroporto: Teoria e applicazione*, in *Working papers Università degli Studi di Trieste*, 2010, Retrieved on: [http://www.sietitalia.org/wpsiet/WP\\_siet\\_17\\_feb\\_1\\_.pdf](http://www.sietitalia.org/wpsiet/WP_siet_17_feb_1_.pdf)

experiences. Travelers may also experience feelings of anxiety, stress and excitement leading them to react in unusual ways, making it urgent to design airport shopping to remedy the incidence of situational factors<sup>60</sup>, thus minimizing or eliminating barriers to purchasing<sup>61</sup>.

In this sense, airport management (given the limited physical spaces) will have to act in order to develop a mix modeled on the specific characteristics of its target, as well as offering entertainment services also deriving from the exploitation of modern technologies, guaranteeing network connectivity and routes of hyper-personalized purchasing<sup>62,63</sup>. The marketing techniques applied to shopping should thus be borrowed when considered as an activity not only aimed at purchasing according to a utilitarian vision, but as an activity whose value for the consumer also lies in pleasure, fun, experience linked to the points of sale, according to a more hedonistic approach, also in the particular type of shopping in transit examined. In this sense, the approaches useful for influencing consumers according to traditional situational factors, such as the physical setting (in terms of physical and spatial aspects of the reference environment), the social environment (intended such as the people with whom individuals interact), the temporal perspective (understood as the management of the time available to a consumer), the reasons that induce the need to purchase, the antecedent states of consumption (such as physiological or moods that characterize it along with the shopping activity). Moreover, marketers and managers should be able to rapidly acknowledge and benefit these changes also with a view to greater movements expected in the post-pandemic era, induced by an emerging concept of responsible travel and consumption<sup>64</sup>, due to a renewed cultural or personal enrichment matrix arise from individuals forced to social distancing or periods of lockdown.

A thorough and analytical knowledge of the purchase paths and the desires of the various demand segments can be highly useful in order to define the right composition of the offer mix, also acting on the stimulation of his senses to create the perception of

---

<sup>60</sup> R.W. Belk, *Situational variables and consumer behavior*, in *Journal of Consumer Research*, vol. 2 no. 3, 1975, pp. 157-164.

<sup>61</sup> G. Crawford, T.C. Melewar, *The importance of impulse purchasing behaviour in the international airport environment*, in *Journal of Consumer Behaviour: An International Research Review*, vol. 3 no. 1, 2003, pp. 85-98.

<sup>62</sup> A. Sestino, C. Amatulli, A.M. Peluso, G. Guido, *New technologies in luxury consumption experiences: The role of individual differences*, in *Proceeding of Italian Society of Marketing Conference*, 2020, pp. 1-6.

<sup>63</sup> P.C. Verhoef, K.N. Lemon, A. Parasuraman, A. Roggeveen, M. Tsiros, L. A. Schlesinger, *Customer experience creation: Determinants, dynamics and management strategies*, in *Journal of Retailing*, vol. 85 no. 1, 2006, pp. 31-41.

<sup>64</sup> C. Amatulli, A.M. Peluso, A. Sestino, G. Guido, *New consumption orientations in the COVID-19 era: Preliminary findings from a qualitative investigation*, in *Proceeding of Annual Conference Marketing Trends 2021, Venice*, 2021, pp. 1-7.

positive emotional states that induce favorable purchasing behavior<sup>65</sup>. Finally, airports should thus enrich their essential services while also by focusing of the quality of travelers' stay, paying more attention to the physical structure, the design of spaces and equipment, offering experiences and opportunities for recreation within the airport area.

---

<sup>65</sup> R. Vreeker, P. Nijkamp, C. Ter Welle, C., *A multicriteria decision support methodology for evaluating airport expansion plans*, in *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, vol 7 No. 1, 2002, pp. 27-47.



Patrizia Montefusco

RIFLESSIONI SULLA VECCHIAIA.  
IL *CATO MAIOR DE SENECTUTE*\*

ABSTRACT

Le riflessioni sulla vecchiaia hanno da sempre tracciato quadri multiformi e contraddittori di questa età della vita, rappresentata nella letteratura, ma anche nelle arti figurative, ora come male incurabile che avvicina ineluttabilmente alla morte, ora come simbolo di saggezza e di riverenza sociale. Già nei poemi omerici e nella poesia lirica arcaica si possono cogliere approcci contrastanti rispetto alla considerazione dovuta alle figure senili. Nella produzione letteraria latina, completa e organica riflessione sull'età senile è il *Cato maior de senectute* che Cicerone compone con l'intento programmatico di restituire alla *senectus* la pienezza del suo prestigio sociale. Cicerone, attraverso uno dei più alti rappresentanti della *virtus* romana, Catone il Censore, tesse un elogio della vecchiaia, confutando le cause *cur senectus misera videtur*.

Reflections on old age have always drawn multiform and contradictory pictures of this age of life, represented in literature, but also in the figurative arts, now as an incurable disease that inevitably approaches death, now as a symbol of wisdom and social reverence. Already in the Homeric poems and in the archaic lyric poetry there are contrasting approaches to the senile figures. In Latin literary production, a complete and organic reflection on old age is the *Cato maior de senectute* that Cicero composed with the programmatic intent of restoring the fullness of its social prestige to the *senectus*. Cicero, through one of the highest representatives of Roman *virtus*, Cato the Censor, weaves a eulogy of old age, refuting the causes *cur senectus misera videtur*.

PAROLE CHIAVE

Vecchiaia – Omero e Mimnermo – *Cato maior de senectute*

Old age – Omero and Mimnermo – *Cato maior de senectute*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Immagini della vecchiaia nella Grecia arcaica. – 3. Cicerone e il *Cato maior de senectute*.

1. La vecchiaia è una fase dell'età dell'uomo difficilmente definibile in un concetto noto e ampiamente omogeneo, 'costruzione sociale' che nelle diverse comunità ed epoche storiche è sottoposta a differenti interpretazioni e profondi cambiamenti. Da questo punto di vista la vecchiaia non è solo un'esperienza collegata al vissuto

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

personale del singolo individuo<sup>1</sup>, ma anche e soprattutto «una realtà socialmente costruita, nella quale sono rappresentati gli ambienti culturali, i costumi e i simboli, oltre che le conoscenze specifiche, i pregiudizi e i segni visibili riscontrabili nell'esperienza di vita»<sup>2</sup>.

Nelle strutture sociali arcaiche, che si evolvono lentamente nell'avvicinarsi di un tempo ciclico in cui “conoscere è ricordare”, il “vecchio/saggio”, ricco di ricordi e conoscenza, depositario di sapere, si fa prezioso testimone, per l'intera comunità, del patrimonio culturale da consegnare alle nuove generazioni in un incontro continuamente arricchente.

Nelle società che si evolvono in maniera più rapida, regolate da una temporalità orientata al futuro e racchiuse nella logica del profitto e della produzione, il rapporto tra le generazioni si risolve in dinamiche opposte che tendono al depauperamento relazionale marginalizzando l'anziano, ritenuto, il più delle volte ridondante, se non addirittura inutile, di fronte all'efficientismo richiesto ed alle rapide trasformazioni tecnologiche<sup>3</sup>.

In definitiva «le varie comunità assegnano ai vecchi ruoli e funzioni e ne decidono la sorte»<sup>4</sup>.

Nelle sue rappresentazioni più comuni il discorso sulla vecchiaia oscilla da un lato sulla prospettiva negativa dell'impetoso trascorrere del tempo che avvicina all'orizzonte della morte, sul decadimento fisiologico e sul peso ineluttabile dell'invecchiamento<sup>5</sup>, dall'altro si connota positivamente come simbolo di saggezza, maturità e serenità.

---

<sup>1</sup> Sull'intreccio tra dimensione sociale e vissuto personale nel processo di invecchiamento, si veda il breve saggio di Rita Levi-Montalcini: «È destino di tutti gli organismi viventi, che appartengono al regno vegetale o animale, di andare incontro nell'ultima tappa della vita a una progressiva decadenza, preludio del cessare di ogni attività vitale. Negli individui della specie umana, il declino senile assume aspetti più vistosi e drammatici che negli altri esseri viventi, per tre motivi. Il primo è la maggiore lunghezza della vita; il secondo è il degrado degli organi derivante dall'usura che si rivela particolarmente nelle componenti somatiche in misura maggiore o minore. Il terzo motivo è il rifiuto dell'anziano da parte della società». R. Levi-Montalcini, *L'asso nella manica a brandelli*, Baldini&Castoldi, Milano 1998, p. 12.

<sup>2</sup> R. Scortegagna, *Invecchiare*, Il Mulino, Bologna 2005, p. 43.

<sup>3</sup> Si vedano a tale proposito le riflessioni di De Rita: «La prima riflessione riguarda le caratteristiche di alta soggettività che dominano l'attuale realtà sociale. Tutto è ricondotto al soggetto, all'io come principio di questo mondo [...]. Ne nasce una società iperindividualista, un po' anche narcisista ed edonista. Per canali sotterranei siamo quindi anche una società tentata dal giovanilismo, con le sue narcisistiche ed edonistiche icone; una società dove la vecchiaia è socialmente rifiutata e individualmente rimossa. G. De Rita, *Questa vita mortal non ci fu degna*, in G. Manca (a cura di), *Marco Tullio Cicerone. In difesa della vecchiaia. Cato maior, de senectute*, Metamorfosi Editore, Milano 2012, p. 71.

<sup>4</sup> M. Cesa Bianchi, C. Cristini, *Vecchio sarà lei. Muoversi pensare, comunicare*, Guida, Napoli 2009, p. 48.

<sup>5</sup> Tutto ciò che è nato è destinato a morire, tutto ciò che cresce dovrà invecchiare, ricorda Sallustio in una celebre frase del *Bellum Iugurthinum* (2, 3): *postremo corporis et fortunae bonorum, ut initium, sic finis est, omniaque orta occidunt et aucta senescunt*.

2. Già nella produzione poetica della Grecia arcaica le immagini della vecchiaia appaiono fortemente dissonanti.

L'epica omerica ha tratteggiato figure senili illustri, simbolo di saggezza e lucidità<sup>6</sup>, che sanno agire al meglio nei momenti di più alta tensione drammatica, garantendo a se stessi il rispetto e la riverenza sociale.

Nell'*Iliade* Nestore, il più anziano tra i sovrani greci, saggio e lungimirante, interpellato spesso per ottenere consigli, e Priamo, il vecchio re di Troia che in un celeberrimo passo del libro XXIV si reca alla tenda di Achille per chiedere la restituzione del corpo del figlio Ettore da questo ucciso in duello, vengono rappresentati come uomini accorti e degni di grande ammirazione anche per la logica, l'armonia e la forza persuasiva del loro eloquio.

Nei poemi omeri, in particolare nell'*Iliade*, la forza prorompente della parola, che appartiene alla vecchiaia, sembra infatti avere un peso importante quanto la forza nell'azione, che invece è prerogativa dell'età giovanile; di questo appare pienamente consapevole Nestore nel momento in cui risponde ad Agamennone il quale, malgrado il rispetto e l'onore dimostrato verso il venerabile re di Pilo, autorevole non soltanto per l'età ma anche per la rinomanza delle sue imprese, gli aveva fatto notare rattristato come la debolezza senile<sup>7</sup> gli fosse stata da impedimento alla partecipazione attiva nell'azione (*Il.* 4, 317-323)<sup>8</sup>:

Gli rispondeva allora Nestore, cavaliere geranio:  
«Atride, anche a me piacerebbe molto davvero  
essere ancora come quando trafissi Ereutalione divino.  
Ma non tutti i beni insieme gli dei concessero agli uomini:  
se allora fui giovane, ora invece la vecchiaia m'insegue.  
Ma anche così resisterò tra i cavalieri e sarò la loro guida  
con il senno e con la parola: che è privilegio dei vecchi [...]».

L'età avanzata priva gli uomini della possibilità di combattere, ma concede

---

<sup>6</sup> Nella cultura greca l'anziano, designato con il termine *γέρων* (*ghéron*), era venerato per la sua profonda saggezza, eloquenza, esperienza: il *ghéron*, infatti, era colui che, avendo vissuto a lungo, aveva fatto esperienza di molte cose e da questo derivava la sua autorevolezza sopra gli altri. Isid. *Etym.* 11.2.6. Benveniste comunque mette in risalto il fatto che «niente imparenta *gérās* 'privilegio' a *gérōn* 'anziano'. La formula in cui questi due termini si trovano vicini non presuppone alcun rapporto etimologico fra di loro. Certo la vecchiaia è circondata di rispetto; i vecchi formano il consiglio degli anziani, il senato; ma mai vengono loro attribuiti gli onori regali, mai un anziano riceve un privilegio regale, un *gérās* nel senso proprio del termine». E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. Potere, diritto, religione*, vol. II, Einaudi, Torino 1976, p. 320

<sup>7</sup> *Il.* 4, 310-316 «ὡς ὁ γέρων ὄτρυνε πάλαι πολέμων ἐν εἰδῶς / καὶ τὸν μὲν γήθησεν ἰδὼν κρείων Ἀγαμέμνων / καὶ μιν φωνήσας ἔπεα πτερόεντα προσηύδα: / ὦ γέρον εἶθ' ὡς θυμὸς ἐνὶ στήθεσσι φίλοισιν / ὡς τοι γούναθ' ἔποιτο, βῆ δέ τοι ἔμπεδος εἶη: / ἀλλὰ σε γῆρας τείρει ὁμοῖον: ὡς ὄφελέν τις / ἀνδρῶν ἄλλος ἔχειν, σὺ δὲ κουροτέρουσι μετεῖναι».

<sup>8</sup> Τὸν δ' ἠμείβετ' ἔπειτα Γερῆνιος ἱππότης Νέστωρ: / «Ἄτρεΐδη μάλα μὲν τοι ἐγὼν ἐθέλωμι καὶ αὐτὸς / ὡς ἔμην ὡς ὅτε δῖον Ἐρευθαλίωνα κατέκταν. / ἀλλ' οὐ πῶς ἅμα πάντα θεοὶ δόσαν ἀνθρώποισιν: / εἰ τότε κοῦρος ἔα νῦν αὐτὲ με γῆρας ὀπάξει. / ἀλλὰ καὶ ὧς ἱπεῦσι μετέσσομαι ἠδὲ κελεύσω / βουλῆ καὶ μύθοισι: τὸ γὰρ γέρας ἐστὶ γερόντων.

sicuramente altri doni egualmente apprezzabili per esempio l'eloquenza che permette di guidare l'azione della comunità. Il contrasto tra il vigore della parola e la fragilità fisica della vecchiaia ha contribuito ad assimilare gli anziani eroi alle cicale<sup>9</sup>, creature fragili ma dalla voce armoniosa e imponente, che nelle selve, immobili sull'albero, fanno echeggiare il loro canto armonioso; allo stesso modo gli anziani diffondono le loro parole melodiose<sup>10</sup> non certo per il suono oramai stridulo e rauco, ma per il senso, la saggezza, la logica, la melodiosa armonia del loro contenuto frutto di esperienza e maturità.

Anche Priamo, ormai avanti negli anni ma carico di dignità nella sua illuminante saggezza, in uno dei quadri forse più toccanti del poema omerico, fa ricorso alla forza della parola e all'efficace eloquenza della gestualità<sup>11</sup>. Il vecchio re di Troia, padre straziato che si spoglia della sua regalità, scortato da Hermes, entra nella tenda del giovane e valoroso Achille e in atteggiato supplice bacia le mani omicide del nemico; grazie al rispetto dovuto alla vecchiaia e ad un lungo e appassionato discorso riesce a convincere l'implacabile guerriero a restituirgli le spoglie dell'amato figlio<sup>12</sup>.

Un significato decisamente screditante della vecchiaia emerge invece dalla poesia lirica, in cui, sia pure con sfumature e accenti diversi, appare come un *kakòn géras*, come un male che fiacca l'uomo e lo avvicina irrimediabilmente alla morte<sup>13</sup>.

Mimnermo ne ha fatto un argomento privilegiato marcandone ripetutamente gli aspetti negativi sia a livello fisico che a livello morale. Il poeta definisce la vecchiaia un male odioso che sviscerisce il corpo e offusca la mente e lo spirito, «pesante e misera..., aborrita, irrispettosa rende l'uomo irriconoscibile, gli fiacca gli occhi e l'intelletto»<sup>14</sup>; sciagura funesta più agghiacciante della morte, che è da preferire quando la forza vitale della fugace giovinezza abbandona l'uomo<sup>15</sup>:

<sup>9</sup> Così vengono descritti gli anziani consiglieri di Priamo, riuniti alle porte di Scee (*Il.* 3, 146-153): οἷ δ' ἀμφὶ Πριάμον καὶ Πάνθοον ἠδὲ Θυμοίτην / Λάμπόν τε Κλυτίον θ' Ἰκετάονά τ' ὄζον Ἄρηος / Οὐκαλέγων τε καὶ Ἀντήνωρ πεπνυμένω ἄμφω / ἦατο δημογέροντες ἐπὶ Σκαιῆσι πύλῃσι, / γήρᾳ δὴ πολέμοιο πεπαυμένοι, ἀλλ' ἀγορηταὶ / ἐσθλοί, τεττίγεσσι ἐοικότες οἳ τε καθ' ὕλην / δένδρῳ ἐφεζόμενοι ὅπα λειριόεσσαν εἶσι: / τοῖσι ἄρα Τρώων ἠγήτορες ἦντ' ἐπὶ πύργῳ. Sull'argomento, cfr. P.M.C. Forbes Irving, *Metamorphosis in Greek Myth*, Clarendon Press, Oxford 1990, p. 390.

<sup>10</sup> In *Il.* 1, 249 Omero dice di Nestore che τοῦ καὶ ἀπὸ γλώσσης μέλιτος γλυκίον ῥέει αὐδῆ (“dalla sua lingua anche più dolce del miele la parola scorreva”); con la stessa analogia si esprime Esiodo nella *Teogonia* al v. 84 (τοῦ δ' ἔπε' ἔκ στόματος ῥεῖ μείλιχα “dalla (sua) bocca fluiscono dolci parole” e, similmente, al v. 97).

<sup>11</sup> *Il.* 24, 477 ss.

<sup>12</sup> La restituzione delle spoglie di Ettore è un atto necessario per rendere all'eroe il tradizionale omaggio funebre, «il *géras thanòntōn*, cioè sottoponendolo al rituale delle esequie, dall'esposizione del corpo ricomposto convenientemente, lavato, unto d'olio, profumato, fino alla cremazione del cadavere e all'erezione di un *sēma* che ne ricorderà la memoria». J.P. Vernant, *La morte negli occhi*, Il Mulino, Bologna 1987, p. 90.

<sup>13</sup> Il tema della vecchiaia è topico nella lirica greca arcaica oltre che in Mimnermo, è presente tra gli altri in Anacreonte (fr. 36 G.), in Solone, (fr. 20 W.), in Saffo, fr. 55; 58 V., in Alceo, fr. 50 V., in Alcmane, fr. 90 C.

<sup>14</sup> Fr. 4-5 D.

<sup>15</sup> Fr. 1 D. Τίς δὲ βίος, τί δὲ τερρῶν ἄτερ χρυσηῆς Ἀφροδίτης / τεθναίην, ὅτε μοι μηκέτι ταῦτα μέλοι, / κρυπταδίη φιλότης καὶ μείλιχα δῶρα καὶ εὐνή / οἷ ἦβης ἄνθεα γίνεται



Qual è mai la vita, che è la gioia senza l'aurea Afrodite?  
Potessi morire, quando non mi importerà più tutto questo,  
un amore segreto, doni di dolcezze, un letto;  
i soli doni della giovinezza da cogliere di slancio  
per uomini e donne; ma non appena dolorosa sopraggiunge  
la vecchiaia, che ad un tempo avvilita l'uomo e lo deturpa,  
sempre affanni angosciosi gli rodono l'anima,  
e non si rallegra alla vista dei raggi del sole  
ma è odioso ai ragazzi e disprezzato dalle donne:  
così amara un dio fece la vecchiaia.

Mimnermo, estremo e categorico, è forse l'unico a proporre la drastica alternativa tra l'età senile e l'ineluttabile morte: ad una lunga vita minacciata dalla malattia, dal dolore e dalla sofferenza è decisamente da preferire una morte precoce che colga l'uomo alle soglie dell'età senile<sup>16</sup>:

oh se a sessant'anni, senza malattie e affanni tormentosi mi cogliesse  
il destino di morte.

3. Nella produzione latina la più completa e organica riflessione sulla vecchiaia<sup>17</sup> è da ricondursi a Cicerone che all'età di sessantadue anni<sup>18</sup>, in uno dei momenti forse più convulsi e più agitati della sua vita e della vita della repubblica, compone il *Cato maior de senectute*, un breve dialogo<sup>19</sup> che ha l'intento programmatico di restituire alla

---

ἀρραλῆα / ἀνδράσιν ἢ δὲ γυναιξίνῃ ἐρεῖ δ' ὀδυνηρὸν ἐρέλθῃ / γῆρας, ὃ τ' αἰσχρὸν ὁμῶς καὶ  
κακὸν ἄνδρα τιθεῖ, / αἰεὶ μιν φρένας ἀμφὶ κακαὶ τείρουσι μέριμναι, / οὐ δ' αὐγὰς προσορῶν  
τέρρεται ἡελίου, / ἀλλ' ἐχθρὸς μὲν ραὶ σὶν ἀτίμαστος δὲ γυναιξίν / οὕτως ἀργαλέον γῆρας  
ἔθηκε θεός.

<sup>16</sup> Fr. 6 W. αἰ γὰρ ἄτερ νούσων τε καὶ ἀργαλέων μελεδωνέων / ἐξηκονταέτη μοῖρα κίχοι θανάτου. Nota è la replica di Solone, fr. 22 D. ἀλλ' εἴμοι κἄν νῦν ἔτι πείσειαι, ἔξελε τοῦτον, / μὴ δὲ μέγαρ', ὅτι σεῦ λῶν ἐπεφρασάμην, / καὶ μεταποίησον, λιγυστάδῃ, ὧδε δ' ἄειδε· / “ὀγδοκονταέτη μοῖρα κίχοι θανάτου”.

<sup>17</sup> A questo tema anche altri autori hanno dedicato le proprie riflessioni, ma in maniera più frammentaria, come quelle di Seneca nelle *Epistulae* e nel *De brevitate vitae*; di queste offre un'attenta rassegna O. Fuà, *Da Cicerone a Seneca*, in U. Mattioli (a cura di), *Senectus. La vecchiaia nel mondo classico*, Patron, Bologna 1995, pp. 210-238. Anche le commedie plautine e terenziane, attraverso la tipicizzazione di personaggi anziani, consentono di completare il variegato sfondo ideologico nel quale si muovono svariati profili, anche molto diverse tra loro, costruiti a seconda della prospettiva e del contesto di riferimento.

<sup>18</sup> Era questa, per i Romani, l'età in cui aveva inizio la vera e propria *senectus*.

<sup>19</sup> L'opera ciceroniana si colloca all'interno del genere dialogico, ma pur rifacendosi per alcuni tratti al dialogo di tipo 'eracliteo' e 'aristotelico', si presenta con una impostazione nuova ed originale destinata ad imprimere un importante innovamento nella forma del genere: esposizione narrativa continua, in cui il personaggio principale, raramente interrotto dai suoi interlocutori, si fa portavoce delle riflessioni dell'autore.

*senectus* la pienezza del suo prestigio sociale<sup>20</sup>.

Lo stesso Cicerone, nel proemio al secondo libro del *De divinatione*, indicando sommariamente le opere filosofiche scritte fino a quel momento, colloca la composizione del *Cato maior de senectute* nel breve intervallo che si era concesso durante la stesura del primo libro del *De divinatione*, e cioè quasi sicuramente prima dell'uccisione di Cesare. L'intensa attività della scrittura filosofica, che si raccoglie quasi completamente nel febbrile biennio successivo alla morte della figlia Tullia, scaturisce nell'oratore dalla sofferta condizione d'animo e dalla frustrante vicenda intellettuale, come conforto al profondo dolore privato, ma nello stesso tempo come necessità di dare un senso alla travagliata, e forzata, emarginazione dalla vita politica negli anni bui della dittatura cesariana<sup>21</sup>.

La rapida composizione del *corpus* filosofico non è però, come è stato ampiamente dimostrato, il risultato di un'improvvisa conversione, né di un interesse tardivo, ma sostanzialmente una ripresa di quegli studi che Cicerone aveva coltivato fin dalla prima formazione, e che non aveva mai del tutto abbandonato<sup>22</sup>.

L'elenco ragionato delle opere che si legge nel secondo proemio del *De divinatione* pare dimostrare, infatti, che Cicerone, affrontando per gradi i diversi campi del pensiero filosofico, intese realizzare un piano coerente che coincide con le finalità da lui stesso dichiarate sempre nel proemio: la scrittura filosofica non risponde solo ad una funzione privata di sollievo al dolore, ma anche e soprattutto ad una funzione pubblica.

Cicerone immaginava un tipo di filosofia che rispondesse ai bisogni dello Stato, tale da rappresentare un argine più compatto contro il sovvertimento sociale e contro l'invadenza del nuovo ceto affaristico e mercantile, ma che mirasse anche al recupero dei tradizionali valori etici di 'virtù', 'dovere', 'libertà', facendoli risplendere di nuova luce anziché sottoporli a critica.

L'obiettivo assumeva le complesse forme di una vera e propria sfida culturale, ma anche di un preciso progetto politico. Dare dignità e autonomia agli studi filosofici, con la creazione di una prosa e di un lessico in lingua latina, che sino a quel momento era

---

<sup>20</sup> Sin dai primordi della comunità cittadina la *senectus* era venerabile nella vita privata come in quella pubblica; il *senex*, grazie alle sue doti di *consilium*, *ratio* e *sententiae*, garantiva il rispetto del *mos maiorum* e della stabilità politica. Cfr. Gell. 2.15.1. *Apud antiquissimos Romanorum neque generi neque pecuniae praestantior honos tribui quam aetati solitus, maioresque natu a minoribus colebantur ad deum. Prope et parentum vicem atque omni in loco inque omni specie honoris priores potioresque habiti. A convivio quoque, ut scriptum in antiquitatibus est, seniores a iunioribus domum deducebantur, eumque morem accepisse Romanos a Lacedaemoniis traditum est: apud quos Lycurgi legibus maior omnium rerum honos maiori aetati habebatur.*

<sup>21</sup> *Div. 2, 1 Quaerenti mihi multumque et diu cogitanti quanam re possem prodesse quam plurimis, ne quando intermitterem consulere rei publicae, nulla maior occurrebat, quam si optimarum artium vias traderem meis civibus; quod compluribus iam libris me arbitror consecutum.*

<sup>22</sup> Di questo parere è Timpanaro: «Per la filosofia C. aveva avuto interesse fin da giovanissimo, aveva ascoltato i maestri greci [...] e letto direttamente più opere filosofiche greche di quanto si sia, a lungo e in parte tuttora, voluto ammettere. Prese di posizione filosofiche vi sono già nelle opere retoriche (a cominciare dal *De inventione*), nel *De republica* e nel *De legibus*, persino in orazioni come la *Pro Murena*». S. Timpanaro, *Cicerone. Della divinazione*, Garzanti, Milano 1988, p. XVII.

stata osteggiata dalla classe dirigente per timore che una pratica culturale fondata sulla problematicità potesse in un certo qual modo mettere a rischio il compatto sistema dei valori etici e culturali dello Stato romano, significava potersi rivolgere ad un pubblico più vasto, rispetto all'élite privilegiata che era in grado di leggere i testi greci<sup>23</sup>.

In altre parole significava fornire una base culturale più solida e più completa agli esponenti di quei ceti che Cicerone avrebbe voluto coinvolgere nel tentativo di riformare la *res publica*.

Il programma di rinnovamento etico-culturale della società romana, elaborato da Cicerone, non sembra trovare un'immediata espressione nel *Cato maior*, dove l'intento consolatorio ha evidentemente una funzione prevalente di fronte all'avanzare dell'età senile, la quale, oltre al decadimento fisico e all'imminenza della morte biologica, teme anche la morte sociale ed emotiva.

Il libro è dedicato ad Attico<sup>24</sup>, come lo sarà anche il *Laelius de amicitia* di poco successivo. Una consolidata tradizione storiografica associa i dialoghi quasi in un dittico per via dei numerosi tratti che li accomunano: la composizione, avvenuta in pochi mesi di distanza, nell'anno 44 a.C.; il dedicatario comune; la stessa singolare struttura compositiva che Ruch<sup>25</sup> interpreta come illustrazione di una *disputatio* "aristotelica" inserita in una cornice di tipo "eracliteo", ossia una via di mezzo tra l'espressione "drammatica", spezzata da più interlocutori che raramente intervengono, e quella "narrativa", in cui il personaggio principale si fa portavoce delle riflessioni dell'autore, il tutto ambientato in un passato ideale carico di tutta la suggestione del *mos maiorum*.

La sostanziale affinità di tratti e di intenti nei due trattati è sicuramente innegabile, ma, tuttavia, l'atmosfera che si respira non è propriamente la stessa; probabilmente perché il *Cato maior* fu composto nel periodo di *otium* forzato che precede le Idi di marzo, mentre il *Laelius*, composto dopo la morte di Cesare, accompagna il rientro di Cicerone sulla scena politica.

Nella dedica ad Attico premessa al *De senectute* Cicerone attribuisce all'opera una funzione consolatoria per sé e per l'amico, entrambi ormai sessantenni e accomunati dallo stesso peso degli anni, nella prospettiva della forzata inattività e dell'emarginazione dalla vita pubblica (*sen.* 2).

*Hoc enim onere, quod mihi commune tecum est, aut iam urgentis aut certe adventantis senectutis et te et me etiam ipsum levare volo; etsi te quidem id modice ac sapienter,*

---

<sup>23</sup> La scelta di dedicarsi alla filosofia, nel momento della disgrazia politica, ha come fine ultimo la creazione di una ideologia della repubblica romana (*nat. deor.* 1, 7): *Nam cum otio langueremus et is esset rei publicae status, ut eam unius consilio atque cura gubernari necesse esset, primum ipsius rei publicae causa philosophiam nostris hominibus explicandam putavi magni existimans interesse ad decus et ad laudem civitatis res tam gravis tamque praeclaras Latinis etiam litteris contineri.*

<sup>24</sup> Tito Pomponio Attico, di condizione equestre, instaurò con Cicerone uno stretto rapporto amicale fin dai tempi della giovinezza.

<sup>25</sup> Cfr. M. Ruch, *Le préambule dans les oeuvres philosophiques de Cicéron. Essai sur la genèse et l'art du dialogue*, Les Belles Lettres, Paris 1958, pp. 69, 352.

*sicut omnia, et ferre et laturum esse certo scio. Sed mihi, cum de senectute vellem aliquid scribere, tu occurrebas dignus eo munere, quo uterque nostrum communiter uteretur. Mihi quidem ita iucunda huius libri confectio fuit, ut non modo omnis absterserit senectutis molestias, sed effecerit mollem etiam et iucundam senectutem. Numquam igitur satis digne laudari philosophia poterit, cui qui pareat, omne tempus aetatis sine molestia possit degere.*

L'opera riassume nel suo interno i temi principali della discussione promossa dalla riflessione greca inquadrata all'interno di quella letteratura specialistica *περὶ γήρως*, riconducibile principalmente a due importanti momenti: la contrapposizione tra la concezione platonica e quella aristotelica<sup>26</sup> e successivamente il dibattito tra stoici ed epicurei.

Platone in un celeberrimo passo della *Repubblica*<sup>27</sup>, contrariamente alle lamentazioni dei più, tende ad esaltare, per bocca di Cefalo, un'immagine positiva dell'età senile, ai quali si riconoscevano esperienza e saggezza, libera finalmente dalle assillanti e prepotenti passioni del corpo e quindi più incline ai molti piaceri spirituali.

Aristotele, viceversa, tende a negare efficienza alla vecchiaia, condizionata negativamente dalla debolezza fisica che influisce anche sull'intelletto e sul carattere. Nella sezione della *Retorica*<sup>28</sup> dedicata all'indagine sui caratteri dominanti nelle varie età della vita tratteggia alcuni ritratti a proposito della giovinezza, della maturità e della vecchiaia: dei giovani, per esempio, riconosce che «sono per natura di temperamento caldo»<sup>29</sup> e che, per tale motivo, sono coraggiosi, passionali e pronti alla collera. I vecchi, invece, «si sono raffreddati»<sup>30</sup>, i loro desideri si sono spenti e sono inclini alla viltà; tra gli estremi negativi di giovinezza e vecchiaia solo la maturità rappresenta l'unico e giusto mezzo.

Il dibattito fra stoici ed epicurei, incentrato sull'*eudaimonia*, fu essenzialmente di carattere etico: gli epicurei sostenevano decisamente la negatività della vecchiaia; gli stoici invece ritenevano che, come ogni altra condizione umana, non fosse di per sé né buona né cattiva, e che dipendesse soltanto dal modo in cui il singolo individuo si fosse proposto di viverla. Entrambi gli aspetti della discussione, etici e politici, sono

---

<sup>26</sup> Cfr. S. Byl, *Platon et Aristote ont-ils professé des vues contradictoires sur la vieillesse?*, LEC 42, 1974, pp. 113-126.

<sup>27</sup> 328d-330a. Nel passo, come è noto, Socrate si attarda a parlare con il vecchio Cefalo, in particolare il filosofo varrebbe sapere da lui come gli appare la sua condizione «sulle soglie della vecchiaia» (328e6). «Socrate vuole conoscere la vecchiaia *poia tis estin*, “che cosa è?”. Ma egli modifica immediatamente tale domanda allorché il problema si riferisce direttamente a Cefalo: “Mi piacerebbe sapere da te come ti sembra la cosa”. Cefalo non sa rispondere a domande tipo “che cosa è?”, ma è sicuramente in grado di raccontare le cose come appaiono a lui». S. Rosen, *Introduzione alla Repubblica di Platone*, ESI, Napoli 1990, p. 25

<sup>28</sup> *Rh.* 1388b 31-1390b 13.

<sup>29</sup> *Rh.* 1389a 19

<sup>30</sup> *Rh.* 1389b 31.

riassorbiti nel *Cato maior*<sup>31</sup> che si presenta strutturalmente come una *consolatio* ma, ben lungi dal rappresentare una generica riflessione su ciò che di universalmente umano ha la vecchiaia, si propone soprattutto di restituire alla *senectus* la pienezza del suo ruolo sociale<sup>32</sup>.

Per quanto riguarda l'individuazione delle fonti, non si va molto al di là delle indicazioni fornite dallo stesso autore<sup>33</sup> che fa esplicito riferimento al filosofo peripatetico Aristone di Ceo, autore tra gli altri di un 'trattatello' in cui la difesa della vecchiaia viene delegata a Titone, mitico sposo di Aurora condannato ad un invecchiamento senza fine, per aver ricevuto in dono l'immortalità ma non l'eterna giovinezza. Cicerone nel suo trattato sostituisce Titone con Catone il Censore, paradigma di vecchio saggio<sup>34</sup> che incarna gli ideali e le virtù di Roma antica, motivando le ragioni di questa scelta con l'esigenza di voler svincolare la trattazione dall'astrattezza mitologica e collocarla in un contesto sociale ben definito. Il cambiamento della figura mitologica con quella storica non è certo irrilevante ai fini della valutazione complessiva della riflessione sulla vecchiaia che in questo modo si salda con l'*auctoritas*, incarnandosi in uno dei personaggi più rappresentativi della tradizione romana<sup>35</sup>.

A questo scopo Cicerone 'modella' ad arte il suo personaggio, lo deforma, lo idealizza<sup>36</sup>, concedendosi non poche libertà rispetto all'immagine storicamente accertabile, seguendo un procedimento da lui stesso giustificato nel *Brutus*, secondo cui si consente ai retori la possibilità di alterare la storia per affermare qualcosa che, essendo più incisiva, faccia maggiore effetto. In virtù di queste concessioni il rude agricoltore della Sabina, caparbiamente attaccato al profitto, si è trasformato in un personaggio sereno e autorevole che guarda con commossa ammirazione al lavoro dei campi; l'aspro difensore del *mos maiorum* contro le innovazioni ellenizzanti che, a suo

---

<sup>31</sup> Come è stato osservato «il comportamento di Cicerone è radicato, da un lato, nel costume tramandato dai senatori che l'anno precedente, che l'*homo novus*, il Cicerone salito nella scala sociale, ha fatto proprio in misura particolarmente notevole, dall'altro nella profonda conoscenza che egli aveva della letteratura e della filosofia greca». H. Brandt, *Storia della vecchiaia. Il mondo antico*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2010, p.145.

<sup>32</sup> A tale proposito si vedano le considerazioni di Fuà: «probabilmente l'A., al di là delle intenzioni programmatiche, modifica, accrescendolo, il taglio sociale e politico dell'operetta durante la stesura stessa. Il *Cato maior*, dunque assume sostanzialmente una fisionomia diversa dai precedenti trattati περί γήρως, con ogni probabilità più teorici, per divenire anche un concreto strumento di propaganda politica». O. Fuà, *Da Cicerone a Seneca*, cit., p. 185.

<sup>33</sup> *Sen. 3 omnem autem sermonem tribuimus non Tithono, ut Aristo Cius, (parum enim esset auctoritatis in fabula), sed M. Catoni seni, quo maiorem auctoritatem haberet oratio.*

<sup>34</sup> *In sen. 5 Catone riconosce di essere saggio perché segue la natura, in hoc sumus sapientes, quod naturam optimam duces tamquam deum sequimur eique paremus.*

<sup>35</sup> Lo stesso Cicerone chiarisce le ragioni della sua scelta in *Lael. 4 sed ut in Catone Maiore, qui est scriptus ad te de senectute, Catonem induxi senem disputantem, quia nulla videbatur aptior persona quae de illa aetate loqueretur quam eius qui et diutissime senex fuisset et in ipsa senectute praeter ceteros florisset.*

<sup>36</sup> Per l'idealizzazione del personaggio di Catone, cfr. R. Strati, *Il proemio del Cato maior di Cicerone*, *Lexis* 18, 2000, pp. 193-212, p. 200 e n. 38. Cfr. anche O. Fuà, *Da Cicerone a Seneca*, cit., p.185 ss.

giudizio, avevano corrotto e degradato la vita politica e morale del popolo Romano, lascia il posto a un raffinato e ingentilito cultore della *humanitas* e della socievolezza<sup>37</sup>.

Nel *De senectute*, Catone, secondo la definizione di Narducci, «è come uno specchio incantato, che costantemente restituisce a Cicerone un'immagine abbellita e nobilitata»<sup>38</sup>, in cui egli spesso trasfigura i tratti delle sue esperienze personali. Fin dai tempi del processo contro Verre, l'Arpinate, infatti, aveva insistito sull'analogia tra la propria carriera e quella di Catone, che rappresentava ai suoi occhi il paradigma ideale dell'*homo novus* incurante di procurarsi le inimicizie dei potenti pur di offrire un valido sostegno alle vittime dell'arroganza aristocratica, e conquistare con le *virtutes* puramente personali, e non ereditate per rango, la stima del *populus Romanus*.

Accanto a Catone altri due personaggi, Scipione Emiliano e Lelio, prendono parte, sia pure in maniera molto marginale, alla discussione che si immagina svolgersi nel 150 a.C. in una ambientazione esterna appena tratteggiata da rapidissimi cenni, contrariamente a quanto avviene per esempio nel *De re publica* o nel *De oratore* dove Cicerone ricrea in maniera quasi puntigliosa l'ambiente del dialogo platonico, sostituendo tuttavia alle ambientazioni tipiche di Atene i giardini delle ville romane, come ha giustamente osservato Grimal<sup>39</sup>.

Lo scopo principale del dialogo è quello di confutare, per bocca di Catone, le cause *cur senectus misera videtur*; innanzitutto non può essere considerato un male ciò che è frutto di necessità naturale (*sen.4*): *nihil malum potest videri quod naturae necessitas adferat*.

La vecchiaia non è di ostacolo all'impegno civile e politico, può compensare il decadimento fisico con l'arricchimento spirituale; e infine il *senex* non è turbato dal timore della morte, che minaccia allo stesso modo tutte le età, ma semmai ha il vantaggio di aver già avuto quello che i giovani ancora si augurano soltanto, vivere a lungo.

A quella che pare essere una delle principali accuse mosse alla vecchiaia, e cioè che costringerebbe all'inattività (*a rebus gerendis senectus abstrahit*; *sen. 15*), e

---

<sup>37</sup> Sulla caratterizzazione filosofica del personaggio di Catone si vedano le osservazioni di Fuà: «Ma è nel *de senectute* che il Censore mostra una decisa caratterizzazione filosofica, specialmente quando, nella conclusione dell'opera, espone idee sulla morte e sull'immortalità con ricchezza di argomenti tale da far pensare a pagine del *somnium Scipionis* o delle *Tusculanae* [...]. La deformazione di Catone, che Cicerone vuole dotato di *sapientia*, traccia una figura di anziano, non solo operoso e attivo (questo aspetto era, d'altronde, agevolmente ricavabile dai tratti storici di Catone), ma anche contemplativo, attento all'*utilitas* come alla *delectatio*, immerso nei ricordi e dedito spesso a riflessioni consolatorie». O. Fuà, *Da Cicerone a Seneca*, cit., p. 187. Lo stesso Cicerone tenta di fornire una giustificazione all'eccessiva caratterizzazione filosofica del suo personaggio in *sen. 3 qui si eruditius videbitur disputare quam consuevit ipse in suis libris, attribuito litteris Graecis, quarum constat eum perstudiosum fuisse in senectute*

<sup>38</sup> E. Narducci (a cura di), *Marco Tullio Cicerone. La vecchiezza*, Rizzoli, Milano 2000<sup>9</sup>, p. 11.

<sup>39</sup> Cfr. P. Grimal, *Les Jardins romains à la fin de la République et aux deux premiers siècles de l'Empire*, E. de Boccard, Paris 1969, p. 384.

terrebbe lontano dalle occupazioni<sup>40</sup>, Catone risponde in maniera energica e decisa, contrapponendo a questo luogo comune una serie di *exempla maiorum*, quindi con esempi di illustri antenati che, anche in età avanzata, hanno egregiamente difeso le ragioni dello Stato, creando in questo modo un collegamento ideale che unisce passato e presente, vecchie e nuove generazioni per la riproposizione di quei valori tradizionali che hanno da sempre rappresentato il fondamento della società romana<sup>41</sup>.

L'esempio più insigne cui ricorre Cicerone è quello di Appio Claudio: ostacolato non solo dalla *senectus* ma anche dalla cecità (*ad Appi Claudii senectutem accedebat etiam, ut caecus esset; sen. 16*) riuscì ugualmente nel difficile intento di impedire al senato di firmare la pace con Pirro.

Non sono sufficienti la prestanza fisica e il dinamismo dell'età giovanile per realizzare le grandi imprese, ma sono necessari anche il *consilium* e l'*auctoritas*, che nell'età avanzata accrescono in grande misura. Per confermare la validità di questo assunto Catone ricorre alla metafora della nave<sup>42</sup>, sovrapponendo il ruolo del timoniere a quello del *senex*, entrambi certamente poco attivi e dinamici, ma non per questo meno utili o irrilevanti nella gestione, rispettivamente, della nave o dello stato (*sen. 17*):

*Nihil igitur adferunt qui in re gerenda versari senectutem negant, similesque sunt ut si qui gubernatorem in navigando nihil agere dicant, cum alii malos scandant, alii per foros cursent, alii sentinam exhauriant, ille autem clavum tenens quietus sedeat in puppi, non faciat ea quae iuvenes. At vero multo maiora et meliora facit. Non viribus aut velocitate aut celeritate corporum res magnae geruntur, sed consilio, auctoritate, sententia; quibus non modo non orbari, sed etiam augeri senectus solet.*

Verso la conclusione del dialogo Catone sembra celebrare il trionfo definitivo della vecchiezza sull'età giovanile, l'anziano ha ormai lo stabile possesso dei giorni e degli anni trascorsi, mentre il giovane ha solo delle possibili speranze (*sen. 68*)

*At sperat adulescens diu se victurum, quod sperare idem senex non potest. Insipienter sperat. Quid enim stultius quam incerta pro certis habere, falsa pro veris? At senex ne quod speret quidem habet. At est eo meliore condicione quam adulescens, quoniam id, quod ille sperat, hic consecutus est; ille vult diu vivere, hic diu vixit.*

Ma proprio nel momento in cui appare evidente l'orgogliosa consapevolezza di

---

<sup>40</sup> È evidente la forte motivazione politica nella scelta di questo argomento da parte di Cicerone che si sente vivamente toccato dal forzato allontanamento da ogni attività politica.

<sup>41</sup> «Il declino delle forze fisiche si accompagna quindi alla crescita delle energie intellettuali, che vanno coltivate ed esercitate, e utilizzate a beneficio di una funzione sociale, quella pedagogica, veramente fondamentale dell'anziano, che ha il dovere di *docere, instituere, instruere*». G. Manca, (a cura di), *Marco Tullio Cicerone*, cit., p. 10. Cfr. *sen. 29 an ne illas quidem vires senectuti relinquemus, ut adulescentis doceat, instituat, ad omne officii munus instruat?*

<sup>42</sup> Lo stesso motivo è presente anche in *fam. 9, 15, 3* riferita al periodo in cui Cicerone era stato costretto ad allontanarsi dalla vita pubblica, *ne mihi quidem ipsi tunc placebat diutius abesse ab rei publicae custodia; sedebamus enim in puppi et clavum tenebamus; nunc autem vix est in sentina locus.*

questo possesso, e l'attore è pronto ad uscire di scena fiero di aver recitato bene la propria parte, «la prospettiva del *senex* ostenta crepe profonde, e l'edificio dell'autosufficienza sembra improvvisamente sgretolarsi»<sup>43</sup>; le parole immediatamente successive danno voce all'amara consapevolezza di una esistenza che, a questo punto, appare irrimediabilmente trascorsa (*sen.* 69):

*horae quidem cedunt et dies et menses et anni, nec praeteritum tempus umquam revertitur, nec quid sequatur sciri potest; quod cuique temporis ad vivendum datur, eo debet esse contentus.*

Il passato è svanito, la vita è scivolata via e presto giungerà al suo punto estremo, lo stesso *diu vixisse* perde di significato e la vita diventa solo un *grave onus*, un *munus necessitatis*. Il *vir bonus* può ancora aggrapparsi a ciò che per tutta la vita gli ha permesso di conservare la propria *constantia* contro la mutevole labilità della *voluptas* e degli istinti: le azioni rette e virtuose. La *gloria*, nella cultura romana, è tangibile ricompensa alla *virtus*, ma la *vera gloria* è, sostanzialmente, qualcosa di sempre differito, o verso l'aldilà o verso la memoria dei posteri. Catone fa notare che l'uomo con la morte non si spegne e non sparisce senza lasciare traccia, ma solo ai migliori la fama durevole garantisce una sopravvivenza senza fine.

Nel *Cato maior* la prospettiva, di origine filosofica, dell'immortalità dell'anima si intreccia strettamente con quella, meglio radicata nella tradizione romana, di una sopravvivenza terrena nella memoria dei posteri, grazie alla *gloria* conquistata con i meriti.

---

<sup>43</sup> E. Narducci, *La vecchiezza*, cit. p. 95.



Antonio Orlando

LA SOCIETÀ DI PERSONE PARTECIPATA DA SOCIETÀ  
DI CAPITALI FRA NORME ORDINARIE E FISCALI:  
BREVI CONSIDERAZIONI *DE IURE CONDENDO*\*

ABSTRACT

Il lavoro analizza alcuni aspetti della disciplina societaria e fiscale attinente le società di persone partecipate da società di capitali.

La possibilità per una società di capitali di partecipare, come socio illimitatamente responsabile, ad una società di persone è stata ammessa solo con la riforma del diritto societario attuata dal D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6.

Il legislatore tributario, invece, per ragioni di interesse fiscale, ha previsto di assoggettare a tassazione i redditi prodotti da questa forma societaria ibrida, anche nei periodi di imposta precedenti al 2003.

Dopo aver illustrato i principali aspetti presenti nella disciplina ordinaria e fiscale della società di persone integralmente partecipata da società di capitali, l'obiettivo di questo lavoro è di proporre delle considerazioni *de iure condendo* al fine di garantire una maggiore omogeneità nella tassazione del reddito prodotto da questa particolare fattispecie societaria.

The essay analyzes some private and tax law aspects concerning the partnership entered into by corporations.

Before the reform introduced by Legislative Decree January 17, 2003, no 6, becoming a member of a partnership was illegal for a limited liability company.

However tax legislation, because of tax interest, has foreseen to tax also incomes produced by partnerships entered into by corporations, even before 2003.

The purpose of the present essay is to suggest some proposals *de iure condendo* to improve the direct taxation of income produced by this kind of hybrid partnership.

PAROLE CHIAVE

Società di capitali – Società di persone ibrida – tassazione diretta

Limited liability company – hybrid partnership – direct taxation

SOMMARIO: 1. L'ammissibilità di una società di persone partecipata da società di capitali nell'evoluzione del diritto ordinario – 2. La società di persone partecipata da società di capitali nell'ordinamento

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

Le opinioni dell'Autore sono espresse a titolo personale e, pertanto, non vincolano in alcun modo l'amministrazione pubblica di appartenenza.

tributario ed il trattamento fiscale dei relativi redditi prodotti in forma associata – 3. Brevi considerazioni *de iure condendo* sulla disciplina fiscale della società di persone interamente partecipata da società di capitali

1. La possibilità di ammettere fra i soci di una società a base personale soggetti diversi dalle persone fisiche è stato fra gli interrogativi che i cultori del diritto societario si sono posti<sup>1</sup> già prima dell'emanazione dell'attuale Codice civile<sup>2</sup>, che ha trovato una risposta definitiva nella riforma del 2003, con l'introduzione nel nostro ordinamento degli artt. 2361, comma 2, cod. civ. e 111-duodecies disp. att. cod. civ.

In dottrina, prima del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, si sono susseguite diverse riflessioni sull'asserita compatibilità di una partecipazione di una società di capitali in un soggetto societario a base personale.

I cultori del diritto commerciale, segnatamente, si sono interrogati se la capacità giuridica delle società personificate avesse degli elementi di incompatibilità con la posizione di socio illimitatamente responsabile<sup>3</sup>, nonché con l'*intuitus personae* caratterizzante i rapporti associativi fra i soci di una società a base personale<sup>4</sup>.

In entrambi i casi, la dottrina si è espressa in senso favorevole al rapporto partecipativo, sostenendo che il legislatore ha previsto esplicitamente delle incompatibilità e limitazioni nella disciplina degli enti societari<sup>5</sup>. Ne deriva, quindi, che l'assenza di un divieto espresso lascia intendere implicitamente la compatibilità fra la figura di socio illimitatamente responsabile e la disciplina delle società di capitali<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Le maggiori criticità si sono riscontrate nella compatibilità fra la figura di socio illimitatamente responsabile e la fattispecie societaria dotata di personalità giuridica. Per quanto concerne, invece, la partecipazione di una società di persone in un altro soggetto societario a base personale, la dottrina è stata concorde nel ritenere ammissibile tale possibilità, anche perché non vi è alcuna sostanziale modifica al regime di responsabilità illimitata. Cfr. G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, 2 Diritto delle società*, Utet, Torino, 2002, p. 75 ed anche F. Vessia, *Società in nome collettivo partecipate da persone giuridiche*, in *riv. dir. priv.*, IV, 2015, p. 588. L'autrice offre una riflessione sulle criticità che si possono riscontrare in caso di partecipazione di una società di capitali in un'altra società a base personale, ponendo attenzione alla compatibilità con le peculiarità della società semplice.

<sup>2</sup> Si possono attribuire al Vivante le prime riflessioni sulla partecipazione di una società di capitali in una società di persone nelle sue opere C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale, II, Le società commerciali*, F. Vallardi, Milano, 1912, pp. 20 ss., seguite dal saggio di A. Sraffa, P. Bonfante, *Società in nome collettivo fra società anonime*, in *riv. dir. comm.*, I, 1921, pp. 609 ss.

<sup>3</sup> Cfr. M. Rescigno, voce *Capacità giuridica (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, pp. 873 ss. ed anche A. Falzea, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 13 ss.

<sup>4</sup> Cfr. R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 158, ed anche M. Ghidini, *Società personali*, Cedam, Padova, 1972, pp. 93 ss., G. Cottino, *Diritto Commerciale*, I, Cedam, Padova, 1986, pp. 374 ss.

<sup>5</sup> Cfr. P. Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Giappichelli, Torino, 1959, p. 28 ed anche F. Ferrara Jr., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 206.

<sup>6</sup> Secondo il Campobasso: «non esiste alcuna norma che vieti la partecipazione di tali società [società di capitali] in società di persone. Ed è fuori dubbio che una società di capitali può essere titolare di partecipazioni anche non azionarie in altre società (arg. ex artt. 2424 e 2425-bis n. 4)». G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, 2 Diritto delle società*, cit., p. 72.

Di opinione opposta è, invece, una certa dottrina che, in un periodo precedente alla riforma societaria del 2003, riteneva superfluo uno specifico divieto di partecipazione in una società a base personale da

Inoltre, la capacità giuridica di cui gode quest'ultima categoria societaria è pari a quella di ogni persona fisica. Pertanto, le norme del Libro V – Titolo V – capo II, III, IV del Codice civile, che attribuiscono particolare rilievo alle qualità personali dei soci, sono da considerare disposizioni derogabili e non imperative<sup>7</sup>; queste ultime sono, quindi, da disapplicare in caso di compagine sociale composta, integralmente o parzialmente, da società di capitali.

Dalla fine degli anni sessanta le riflessioni sull'argomento si sono concentrate sulla difficile compatibilità delle disposizioni dettate per la società di persone con le norme inderogabili previste per le società personificate<sup>8</sup>.

L'attenzione è stata posta sulla possibilità di affidare l'amministrazione di una società a base personale ad una persona giuridica<sup>9</sup>, da cui scaturivano criticità sulla

---

parte di soggetti diversi dalle persone fisiche, in quanto una simile eventualità era ritenuta priva di reale rilevanza pratica. A conferma di quanto detto, si fa presente che nonostante nel Progetto del codice di commercio Asquini del 1940 vi fosse la previsione di una norma che vietasse espressamente alle persone giuridiche di partecipare le società di persone, tale divieto non è mai confluito nel Codice del 1942. Cfr. P. Talice, *La partecipazione all'atto costitutivo di soggetti diversi dalle persone fisiche*, in F. Preite, C.A. Busi (a cura di), *Trattato società di persone*, Utet, Torino, I, 2015, p. 260. L'autore sostiene altresì che: «eventuali previsioni normative volte a consentire o vietare la partecipazione di un determinato soggetto di diritto, diverso da una persona fisica, in una società di persone non potrebbero trovare la loro collocazione logico-sistematica nel corpo delle disposizioni legislative che disciplinano dette società. Piuttosto dovrebbero essere introdotte all'interno della disciplina positiva propria di ogni singolo ente, in quanto ad oggetto la capacità giuridica del soggetto partecipante e non quella della società partecipata, la quale, in ultima analisi, risulta indifferente alla qualità soggettiva dei propri soci». Ivi, pp. 261-262.

<sup>7</sup> Cfr. P. Spada, *La tipicità delle società*, Cedam, Padova, 1974, p. 239. Negli stessi termini, anche illustrati autori in scritti precedenti, v. A. Buffa, *Ammissibilità della partecipazione di società di capitali a società di persone*, in *riv. dir. comm.*, II, 1949, p. 110; e P. Guerra, *Appunti in tema di holding*, in *riv. dir. comm.*, I, 1954, p. 123.

<sup>8</sup> Fra tutti, si riportano le parole del Satta, che così si è espresso sulle criticità di una partecipazione di una società di capitali in una società di persone: «la società di capitali costituisce una norma chiusa, che non consente evasioni, e così attività che non siano direttamente e immediatamente riconducibili a quella normativa. In altre e più semplici parole, la società, che è un ente essenzialmente strumentale, non può operare attraverso un altro strumento, quale è un'altra società, quasi sostituendo questa a se stesso, a meno che ciò non sia reso possibile dalla legge stessa della società, con una specifica previsione delle norme statutarie». S. Satta, *Società di persone tra società di capitali*, in *riv. dir. comm.*, I, 1968, p. 3.

<sup>9</sup> Il dibattito su quest'argomento è giunto a conclusione con la riforma del 2003. La stessa riforma, difatti, ha inciso anche sulla possibilità di nominare una persona giuridica con il ruolo di amministratore di una società di persone. Nell'art. 2318, comma 2, cod. civ. è previsto che in una società in accomandita semplice l'amministrazione deve essere affidata esclusivamente ai soci illimitatamente responsabili; pertanto, ammettere la possibilità che i soci accomandatari siano delle società di capitali, porta quale conseguenza che alle stesse deve essere attribuito anche il potere di amministrare. Tale principio si può estendere per analogia anche alle società collettive e semplici, in quanto, sostenere che una persona giuridica possa solo partecipare una società di persone senza amministrarla, equivarrebbe a sostenere che le stesse società di capitali siano una categoria inferiore di socio, alla quale è inibito ricoprire il ruolo di amministratore.

Fra gli autori che dopo la riforma hanno approfondito l'argomento, si possono menzionare: A. Gambino, *Impresa e società di persone*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 147 ss; R. Guglielmo, *Riflessi della riforma del diritto societario sull'amministrazione delle società di persone*, in *riv. not.*, 2006, pp. 1199 ss. ed anche A. Riccio, *La persona giuridica può, dunque, esercitare la funzione di amministratore*, in *contr. e impr.*, I, 2007, pp. 17 ss.

possibilità di nominare amministratori estranei alla compagine sociale<sup>10</sup> e sul loro assoggettamento ad eventuali responsabilità di natura civile e penale nei confronti della società amministrata<sup>11</sup>.

Inoltre, i soci della società di capitali subirebbero una carenza informativa relativamente al proprio investimento qualora la società di capitali conferisse risorse proprie in una società di persone. Quest'ultima, infatti, non è soggetta agli stessi obblighi contabili e di pubblicità previsti per le società personificate<sup>12</sup>.

Il lungo dibattito dottrinale ha trovato come punto di arrivo l'interpretazione offerta dalla suprema Corte di cassazione nella sentenza del 17 ottobre 1988 n. 5636, nella quale i giudici di legittimità hanno ritenuto nulla la partecipazione di una società di capitali in una società in accomandita semplice, anche in veste di socio accomandante<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. M. Ghidini, *Società personali*, cit., p. 97; ed anche F. Galgano, *Diritto commerciale, L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1986, pp. 320 ss.

<sup>11</sup> Cfr. M. Ghidini, *Società personali*, cit., p. 98. Negli stessi termini, F. Guerrera, voce *Società in nome collettivo*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 945.

Tuttavia, in dottrina si è fatto presente che le stesse criticità riscontrate nel conferire la carica di amministratore di una società di persone ad una persona giuridica si possono avere anche in caso di amministrazione di una società di capitali ovvero di partecipazione in una Associazione temporanea di imprese. Cfr. G.E. Colombo, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, in *riv. soc.*, 1998, pp. 1518 ss.

<sup>12</sup> C. Amatucci, *La partecipazione di società di capitali a società di persone*, Jovene, Napoli, 1996, pp. 125 ss. In dottrina però si è asserito che la società di persone deve osservare gli stessi criteri di valutazione nella stesura del proprio bilancio stabiliti per le società di capitali, a seguito del rinvio previsto dall'art. 2217 cod. civ. alla disciplina del bilancio delle società per azioni. Inoltre, la società di capitali deve annotare nella sezione dell'attivo del bilancio la propria partecipazione nella società di persone nonché offrire indicazione nella nota integrativa e nella relazione sulla gestione accompagnatrici dello stesso documento contabile. Tali adempimenti sono ritenuti sufficienti per tutelare il diritto di informazione dei soci e dei creditori sociali. Cfr. E.G. Colombo, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, cit., pp. 1528 ss. ed anche A. Borgioli, *Partecipazioni di società di capitali in società di persone*, in *riv. dir. comm.*, I, 1989, pp. 315 ss.

<sup>13</sup> I giudici di legittimità hanno argomentato la loro decisione, sostenendo che: «l'atto costitutivo della partecipazione di una società per azioni ad una società in accomandita semplice, in qualità di socio accomandante, è nullo per violazione di norme imperative, atteso che l'investimento di porzione del patrimonio della società di capitali in quella partecipazione si pone in conflitto con inderogabili regole che presiedono per la tutela dei soci e dei creditori, all'amministrazione od alla formazione del bilancio di società di capitali, con particolare riguardo alle regole attinenti alla responsabilità degli amministratori ed al controllo sul loro operato, nonché alle esigenze di chiarezza e precisione del bilancio». Cass., SS.UU., sent. 17 ottobre 1988 n. 5636, in *dir. fall.*, II, 1989, p. 315.

Si fa presente che i giudici di legittimità, precedentemente al 1988, si erano pronunciati negando alla società di capitali la possibilità di costituire società di persone, offrendo argomenti ritenuti meno convincenti di quelli esposti nel 1988, quali l'impossibilità di riscontrare nella società di capitali l'*intuitus personae* e l'*affectio societatis*, ed anche il differente regime di responsabilità in ordine all'adempimento delle obbligazioni sociali. v. Cass., Sez. civ., sent. 19 novembre 1981 n. 6151, in *riv. not.*, 1982, p. 283 ed anche Cass., Sez. lav., sent. 28 gennaio 1985 n. 464, in *società*, p. 867.

In ultimo, l'orientamento espresso dalla suprema Corte nel 1988 si è consolidato in giurisprudenza ordinaria e di legittimità. v. Cass., Sez. civ., sent. 2 gennaio 1995 n. 7, in *riv. dir. comm.*, II, 1996, p. 35; mentre fra i giudizi di merito si menzionano, Trib. Torino, 24 febbraio 1998, in *nuova giur. civ. comm.*, I, 1999, p. 135 ed anche Trib. Milano 18 giugno 1990, in *giur. it.*, I, 1991, 2, p. 7; App. Milano 25 maggio

L'interpretazione offerta dall'organo giudicante si è rivelata conforme agli orientamenti dottrinali più datati<sup>14</sup>. Invero, non sono mancati commenti dottrinali critici verso le conclusioni della suprema Corte<sup>15</sup>, poiché secondo questa impostazione, i giudici sarebbero stati guidati nella loro decisione dalla preoccupazione che «una rottura degli argini del diaframma della personalità avrebbe potuto generare una tracimazione sul terreno della certezza del diritto delle società e della tenuta complessiva del sistema»<sup>16</sup>.

Tuttavia, l'influenza del diritto vivente negli altri sistemi giuridici d'oltralpe, più permissivi verso queste forme di ibridazione<sup>17</sup>, ha sollecitato l'emanazione della

---

2004, in *giur. comm.*, II, 2005, p. 269 ss.

<sup>14</sup> Si può annoverare fra gli orientamenti dottrinali contrari all'ammissione del fenomeno dell'ibridazione partecipativa – ed in particolare all'ammissione di una super-società di fatto – una certa dottrina, la quale riteneva che «se una società di capitali potesse partecipare ad una società di fatto con persone fisiche (e i termini del problema non varierebbero neppure se la combinazione avesse luogo con altre società) la parte del capitale investita dalla società regolare nella società di fatto sarebbe sottratta al sistema legale di amministrazione e di controllo che agisce esclusivamente rispetto al corpo sociale regolarmente costituito; e per di più sarebbero svincolate da ogni controllo le varie operazioni eseguite, e le relative obbligazioni contratte, dagli amministratori della società di fatto (che ben potrebbero essere diversi da quelli della società socia di questa) con assunzione di responsabilità che pure si ripercuoterebbero in misura illimitata sul patrimonio dei soci della società di fatto e quindi anche su quello della società di capitali». U. Azzolina, *Sull'ammissibilità di una società di fatto tra società di capitali e persone fisiche*, in *riv. dir. comm.*, I, 1958, p. 496; in senso conforme C. Amatucci, *La partecipazione di società di capitali a società di persone*, cit., pp. 72 ss.

Un altro orientamento dottrinale ha sostenuto l'ammissibilità di una partecipazione di una società di capitali in un soggetto societario a responsabilità illimitata incompatibile con norme imperative poste a tutela degli interessi di terzi e con il divieto di costituire società atipiche. Secondo questa dottrina: «l'ordinamento giuridico riconosce al negozio un'efficacia che si estende oltre le parti contraenti, a garanzia dei terzi interessati, deve imporre che i negozi stessi non possano porsi in essere se non nelle forme dall'ordinamento stesso predisposte [...]. Dal negozio di società consegue la creazione di una organizzazione, destinata a svolgere nei confronti dei terzi attività economica: a garanzia di costoro, l'autonomia privata è ristretta alla scelta fra i tipi di società previsti dalla legge. Non sono, dunque, ammesse società atipiche». A. Graziani, *Diritto delle società*, Morano, Napoli, 1962, p. 14.

<sup>15</sup> Fra i tanti, si menzionano, R. Colombo, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, in *riv. soc.*, 1998, pp. 1513 ss.; A. Borgioli, *Partecipazioni di società di capitali in società di persone*, cit., pp. 301 ss.; S. Scotti Camuzzi, *Società per azioni accomandante di società in accomandita semplice*, in *contr. impr.*, 1989, pp. 97 ss.

<sup>16</sup> F. Fimmano, *Super-società di fatto ed estensione di fallimento alle società eterodirette*, cit., p. 5.

Negli stessi termini si è espresso anche il Cottino, il quale ritiene che i giudici di legittimità abbiano preferito un meccanismo di repressione dell'abuso dello schermo societario che agisce *ex ante*, sentenziando la nullità della partecipazione di una società di capitali in un soggetto societario a base personale, rinunciando a distinguere le situazioni di reale abuso da quelle, invece, di un utilizzo corretto dell'istituto giuridico. Cfr. G. Cottino, *Diritto commerciale*, cit. pp. 375 ss.

<sup>17</sup> Per un'attenta esposizione delle discipline presenti negli altri paesi europei, si rimanda a F. Vessia, *Società in nome collettivo partecipate da persone giuridiche*, cit., pp. 560 ss., approfondimento riportato anche in F. Vessia, *La partecipazione all'atto costitutivo di soggetti diversi dalle persone fisiche*, in C.A. Busi, F. Preite (a cura di), *Trattato sulle società di persone*, I, Utet, Torino, 2015, p. 1165 ss. L'autrice conclude il proprio esame comparato sostenendo che: «non sono considerati impedimenti all'acquisto di partecipazioni di società di capitali in società di persone né il diverso regime di responsabilità per le obbligazioni sociali tra ente partecipante e società partecipata, né il tendenziale binomio tra rischio

Direttiva del 8 novembre 1990, n. 90/605/CEE<sup>18</sup>, finalizzata ad armonizzare il fenomeno a livello comunitario, estendendo ai soggetti societari a base personale partecipati integralmente da società personificate la stessa disciplina dei bilanci delle società di capitali.

Con l'intervento legislativo del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, difatti, il legislatore ha adottato una soluzione alternativa rispetto al divieto proposto nel 1988 dall'arresto dei giudici di legittimità<sup>19</sup>. È stata prevista una regolamentazione, almeno parziale, di questo fenomeno partecipativo ibrido con l'introduzione nel nostro ordinamento degli artt. 2361, comma 2, cod. civ. e 111-duodecies disp. att. cod. civ.<sup>20</sup>.

La possibilità per le società di capitali di partecipare enti societari a responsabilità illimitata è stata tipizzata dal legislatore nell'art. 2361, comma 2, cod. civ., disposizione che va ad arricchire la disciplina dedicata alle società per azioni.

Tuttavia, il dettato normativo dell'art. 111-duodecies disp. att. cod. civ., indica fra le persone giuridiche che possono partecipare una società in nome collettivo o in accomandita semplice anche le società a responsabilità limitata e le società in accomandita per azioni<sup>21</sup>.

---

personale e potere di gestione, a condizione che si superi lo schermo della persona giuridica e si indirizzino obblighi e responsabilità [alla] persona fisica rappresentante in solido con la persona giuridica rappresentata, e che si estendano gli obblighi di pubblicità della nomina e della revoca al rappresentante legale della persona giuridica». F. Vessia, *Società in nome collettivo partecipate da persone giuridiche*, cit., p. 570.

Nel nostro ordinamento nazionale queste conclusioni hanno trovato conferma nelle discipline del Gruppo europeo di interesse economico – ex art. 5 dal Regolamento CE del 25 luglio 1985 n. 2137 – e della Società Europea – ex art. 47 del Regolamento UE del 10 novembre 2001 n. 2157. In particolare, per la Vessia, la disciplina del GEIE deve essere applicata in caso di lacune normative, ogniquale volta la figura dell'amministratore è ricoperta da una persona giuridica, pertanto, anche per integrare la disciplina delle società di persone. F. Vessia, ult. cit., p. 571.

<sup>18</sup> La Direttiva Comunitaria del 8 novembre 1990, n. 90/605/CEE è stata pubblicata in *giur. comm.*, 1991, I, pp. 442 ss.

<sup>19</sup> Cfr. A. Tucci, *Il fallimento della società di fatto fra società di capitali*, in *riv. dir. soc.*, III, 2016, 3, p. 576.

<sup>20</sup> Cfr. G. Cottino, R. Weigmann, *Le società di persone*, in *Società di persone e consorzi*, in G. Cottino, M. Sarale, R. Weigmann (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2004, p. 94. Gli autori hanno posto un parallelismo fra l'art. 1, comma 3, Direttiva del 8 novembre 1990, n. 90/605/CEE e la disciplina dell'art. 111-duodecies disp. att. cod. civ., in quanto il primo rappresenta la fonte materiale del secondo, con alcune differenze previste in merito alla pubblicazione dei bilanci.

<sup>21</sup> Nonostante nell'art. 111-duodecies non sia contemplata esplicitamente la società semplice, in dottrina non si dubita sulla possibilità per una società di capitali di partecipare anche una società semplice, in considerazione del principio della libertà di partecipazione della società di capitali in qualsiasi tipologia associativa contenuto nella legge delega di riforma del diritto societario art. 2 lett. g) Legge 3 ottobre 2001 n. 366.

Una certa dottrina ritiene, altresì, che «il motivo per cui è stata data attuazione alla delega affrontando unicamente il caso della partecipazione di società azionaria, quale socio illimitatamente responsabile, in altra "impresa" (art. 2361, comma 2, c.c.) e quello della partecipazione di società di capitali in società di persone diverse dalla società semplice (art. 111-duodecies disp. att.) è che tali ipotesi erano le uniche discusse in giurisprudenza, oltre che rientranti in specifiche previsioni di alcune direttive comunitarie». P. Talice, *La partecipazione all'atto costitutivo di soggetti diversi dalle persone fisiche*, cit., p. 270.

Per quanto concerne, invece, le condizioni di validità della partecipazione, oltre al generico divieto di modifica dell'oggetto sociale, valevole per qualunque tipologia di rapporto partecipativo<sup>22</sup>, è necessaria una delibera dell'assemblea ordinaria dei soci<sup>23</sup>, nonché offrire un'adeguata informazione nella nota integrativa accompagnatrice del bilancio di esercizio<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> In dottrina si ritiene che sia necessario un nesso di strumentalità fra l'acquisto di partecipazioni e l'oggetto sociale della società di capitali. Tale relazione serve per evitare che l'acquisto di partecipazioni determini, anche indirettamente, una deviazione delle risorse sociali rispetto alla destinazione funzionale che ha ispirato gli investimenti degli azionisti nella società per azioni medesima.

Al riguardo occorre accertare l'eventuale mutamento sostanziale del tipo di attività che gli amministratori sono tenuti a svolgere successivamente all'acquisto della nuova partecipazione che, per il suo valore o rilevanza, potrebbe rendere la sua gestione un'attività particolarmente significativa o addirittura preponderante. A. Mirone, sub *art. 2361*, in G. Niccolini, A. Stagno D'Alcontres (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 418 ss.

Una chiara voce del diritto ha così esposto la *ratio* dello stesso divieto: «lo scrupolo normativo è, dunque, il razionale utilizzo delle risorse produttive in coerenza con la loro destinazione, quale derivante dalla programmazione operata (e tenuta presente) dai soci investitori in via originaria o in sede di successiva modifica dello statuto». E. Ginevra, sub *art. 2361*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile*, II, Utet, Torino, 2015, p. 3.

<sup>23</sup> Non vi è dubbio in dottrina che l'*art. 2361*, comma 2, cod. civ. faccia riferimento alla delibera dell'assemblea ordinaria, anche in presenza di sistemi alternativi di amministrazione, in quanto le attribuzioni all'assemblea straordinaria devono trovare specifico ed espresso riconoscimento nella legge ex *art. 2365* cod. civ. Fra i tanti, v. V. Donativi, sub *art. 2361*, in M. Sandulli, V. Santoro (a cura di), *La riforma delle società di capitali*, I, Giappichelli, Torino, 2003, p. 233 ed anche U. Tombari, *Le partecipazioni di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività d'impresa"*, in *riv. soc.*, II-III, 2006, pp. 185 ss.

La necessità di una delibera assembleare è stata, invece, spiegata dalla volontà legislativa di riservare un ruolo di centralità ai soci, in considerazione della responsabilità illimitata che sarebbe scaturita dalla partecipazione nella società di persone. Una certa dottrina ha connesso il coinvolgimento dei soci alle alterazioni delle condizioni di rischio originariamente connesse alla società di capitali. cfr. V. Calandra Buonauro, *I modelli di amministrazione e di controllo nella riforma del diritto societario*, in *giur. comm.*, I, 2003, p. 543. Altri autori hanno, invece, spiegato questa scelta legislativa con l'assoggettamento dell'intero patrimonio sociale in un rischio non gestito direttamente dagli organi della società di capitali. Cfr. A. Bartalena, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., pp. 106 ss.

Difatti, l'operazione in parola tocca un interesse primordiale dell'azionista, che non può rappresentare un argomento oggetto di piena delega nei confronti dell'organo amministrativo. Tale considerazione spiega la scelta del legislatore di prevedere che una apposita delibera da parte dell'assemblea dei soci, piuttosto di una mera autorizzazione. Gli amministratori, tuttavia, restano liberi nel decidere l'*an* dell'acquisto, ed ogni successiva decisione circa la gestione della partecipazione. Cfr. E. Ginevra, sub *art. 2361*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile*, II, Utet, Torino, 2015, pp. 9-10.

<sup>24</sup> Tale disposizione è finalizzata a tutelare il diritto d'informazione dei creditori con la previsione di una specifica informazione nella nota integrativa del bilancio. I terzi che instaurano rapporti commerciali nei confronti della società di capitali hanno il diritto a di conoscere la circostanza che può incidere sull'affidabilità della propria controparte che, con la nuova partecipazione, assume un rischio differente rispetto a quello tipico di una società personificata. Cfr. U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività d'impresa"*, in *riv. soc.*, II-III, 2006, p. 196.

Per quanto concerne la sede più opportuna dove collocare nella nota integrativa l'informazione richiesta dal Codice civile, vi è stato chi ha proposto l'inserimento nel punto 5 della stessa nota integrativa, in quanto spazio dedicato ad accogliere i dati riferiti alle società controllate e collegate. Cfr. G. Cottino, R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., pp. 93 ss. Altri, invece, sono stati più propensi nel dedicare al

In ultimo, l'art. 111-duodecies disp. att. cod. civ, introduce degli adempimenti anche per la società di persone partecipata. Infatti, qualora la compagine sociale sia composta interamente da società per azioni, a responsabilità limitata o da società in accomandita per azioni, vi è l'obbligo per il soggetto societario a base personale di redigere il bilancio secondo le norme previste per le società di capitali, ed il bilancio consolidato come disposto dall'art. 26 del D.Lgs. 9 aprile 1991 n. 127<sup>25</sup>.

Tale obbligo sussiste solo in caso di compagine societaria integralmente composta da forme societarie personificate, mentre non vi sono disposizioni che contemplino il caso di simultanea presenza di soci persone fisiche e persone giuridiche<sup>26</sup>. Tuttavia, nulla vieta agli organi amministrativi della società di persone di scegliere volontariamente di adempiere comunque agli obblighi previsti dall'art. 111-duodecies disp. att. cod. civ<sup>27</sup>.

2. A differenza del diritto ordinario, dove si sono registrate teorie contrapposte sull'ammissibilità di una società di persone partecipata da società di capitali, in ambito tributario, già dal 1958, si è consolidato un orientamento giurisprudenziale a favore del fenomeno partecipativo ibrido<sup>28</sup>, corroborato dalla disciplina presente nell'art. 148 del Testo Unico 29 gennaio 1958 n. 645, che includeva nella base imponibile dei soggetti tassati in base al bilancio «somme percepite a titolo di distribuzione o ripartizione degli

---

rapporto partecipativo una voce dei conti d'ordine, in considerazione del rischio legato alla posizione di socio illimitatamente responsabile. Cfr. L. Quattrocchio, *La novità in tema di bilancio di esercizio*, in *soc.*, II-bis, 2003, p. 161.

Un diverso problema attiene anche alle informazioni da indicare in nota integrativa, dove una parte della dottrina ritiene si debba prendere come riferimento l'onere informativo previsto per le società controllate e collegate, con particolare attenzione alle informazioni relative al capitale sociale e, in caso di assenza, alle garanzie a supporto delle obbligazioni sociali, come l'elenco dei soci e della loro posizione patrimoniale. Cfr. F. Vessia, sub *art. 2427*, in P. Perlingieri (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, pp. 1829 ss.

<sup>25</sup> Tale disposizione rappresenta l'adozione dell'art. 1, comma 3 della Direttiva del 8 novembre 1990, n. 90/605/CEE; per quanto concerne l'obbligo di pubblicazione, da un'interpretazione sistematica del testo legislativo e della stessa Direttiva, si può ritenere che l'obbligo di pubblicazione sussiste sia per i bilanci consolidati sia per i bilanci di esercizio, anche in considerazione della disciplina prevista dall'art. 2429, comma 3, cod. civ. per quanto concerne i bilanci delle società controllate o collegate. Cfr. G. Cottino, R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., pp. 94 ss. ed anche A. Borgioli, *Partecipazioni di società di capitali in società di persone*, cit., pp. 314 ss.

<sup>26</sup> In dottrina è stata spiegata questa scelta legislativa come un recepimento minimale della Direttiva del 8 novembre 1990, n. 90/605/CEE. Cfr. F. Vessia, *Società in nome collettivo partecipate da persone giuridiche*, cit., p. 588.

<sup>27</sup> Cfr. F. Ferrara Jr., F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 825.

<sup>28</sup> Si menzionano fra le più significative, Cass., Sez. civ., sent. 24 febbraio 1975, n. 681, in *foro it.*, I, 1976, p. 1700, mentre precedentemente Cass., Sez. civ., sent. 16 febbraio 1963 n. 342, *foro it.*, I, 1963, p. 1990; quest'ultima sentenza è stata altresì oggetto di commento nel contributo dottrinale F. Batistoni Ferrara, *Società di capitali socie di società di persone ed imposta di registro sui conferimenti*, in *Foro it.*, I, 1964, pp. 369 ss. Fra gli arresti giurisprudenziali dove è enunciata una super-società di fatto nei rapporti con l'amministrazione finanziaria, fra le tante, si segnala la recente Cass., Sez. trib., ord. 23 febbraio 2021 n. 4763, in *CED Cassazione*.



utili di società ed associazioni di ogni tipo».

Tale disposizione, tuttavia, divergeva dal principio di trasparenza sancito dall'art. 135, comma 2, lett. c) dello stesso Testo Unico del 1958, in quanto la tassazione in capo ad una società di capitali degli utili di una società di persone sarebbe dovuta avvenire secondo il principio dell'effettività. Il carico fiscale, difatti, veniva determinato esclusivamente sulla base della ricchezza corrisposta alla società partecipante nel periodo di imposta in cui vi era stata la distribuzione; mentre con il regime della trasparenza si assoggettavano a tassazione in capo ai soci anche gli utili non distribuiti, in proporzione al valore delle quote di partecipazione.

In presenza di una società di persone con una compagine sociale costituita da persone fisiche e da persone giuridiche, gli utili maturati avrebbero avuto momenti impositivi differenti in base alla natura degli stessi soci.

Questa disparità di trattamento è stata spiegata dalla giurisprudenza di legittimità con l'attribuzione al bilancio delle società personificate di un particolare rilievo, tale da rendere il documento contabile uno strumento di tutela delle ragioni creditorie dell'amministrazione finanziaria<sup>29</sup>.

Con la riforma tributaria del 1971 non è stata ripresentata una norma analoga a quella prevista dal predetto art. 148, co. 1, lett. d) nei D.Lgs. 29 settembre 1973 nn. 597 e 598; tuttavia, da una riflessione sul testo di legge dell'art. 6, D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600 si può intuire il perdurare dell'orientamento legislativo favorevole alla partecipazione di una società di capitali in una società a base personale<sup>30</sup>.

Per le società di persone, infatti, si è stabilito l'obbligo di presentare la dichiarazione «agli effetti dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche dovute dai soci o dagli associati»; è contemplata nella casistica, quindi, anche la circostanza che nella compagine societaria siano presenti soggetti diversi dalle persone fisiche<sup>31</sup>.

Più esplicita nell'ammettere il fenomeno partecipativo ibrido è stata l'amministrazione finanziaria, che ha espresso il proprio orientamento *in primis* nelle istruzioni del "modello 760" dedicato alle società di capitali. Le istruzioni al modello dichiarativo, approvate annualmente con decreto ministeriale e, pertanto, rientranti fra le fonti del diritto, prevedono espressamente, fra le variazioni in aumento, i redditi da

---

<sup>29</sup> Cfr. Cass., Sez. trib., sent. 6 aprile 1982 n. 2108 in *Le società*, I, 1982, p. 1017.

<sup>30</sup> Tuttavia è da riportare il pensiero di un'attenta dottrina formulato in un periodo antecedente alla riforma del diritto societario del 2003, la quale ha criticato un'interpretazione dell'art. 6 D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600 che legittima il conferimento di soggettività tributaria a riunioni di beni e persone che sul terreno privatistico non godono dello stesso riconoscimento. Secondo il Giovannini, infatti, «l'art. 6 della legge sull'accertamento tenda a "chiudere" il sistema relativo agli effetti della dichiarazione, nel senso che, qualora sul terreno del diritto civile si giungesse ad ammettere la legittimità di società di persone partecipate da società di capitali, l'imputazione degli utili da quelle prodotti già godrebbe di specifica regolamentazione rispetto ai soci sottoposti all'IRPEG». A. Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Cedam, Padova, 1996, p. 393.

<sup>31</sup> Cfr. P. Boria, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 216.

partecipazione di società di capitali in società di persone<sup>32</sup>.

Inoltre, si sono susseguiti nel tempo diversi documenti di prassi che hanno consolidato questo orientamento favorevole verso la partecipazione di un soggetto societario IRPEG in una società di persone, ed in particolare in una società di fatto, specie quando l'Ente impositore è stato chiamato ad offrire una qualificazione giuridica alle imprese riunite in associazioni temporanee per l'aggiudicazione e la realizzazione di appalti pubblici<sup>33</sup>.

È evidente come, nel periodo precedente alla riforma del diritto societario del 2003, nonostante il divieto alla partecipazione di una società di capitali in una società di persone sancito dalla suprema Corte di cassazione 17 ottobre 1988 n. 5636, il legislatore fiscale non ha escluso l'assoggettamento a tassazione dei redditi prodotti da questo fenomeno partecipativo ibrido, anche se non ammissibile nel diritto commerciale<sup>34</sup>.

Difatti, secondo quanto affermato da una certa parte della dottrina «i risultati reddituali maturati nei periodi d'imposta nei quali la società di persone, con la partecipazione della società di capitali, ha svolto la sua attività d'impresa, non verrebbero a modificarsi per effetto dell'eventuale acclaramento della nullità del contratto sociale, né nella loro consistenza, né nel loro criterio di ripartizione fra i (mancati) soci partecipanti»<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. L. Rosa, sub *art. 56*, in N. D'Amati, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, Utet, Torino, 1992, p. 433. Per l'autore, le indicazioni fornite nelle istruzioni del modello dichiarativo 760 del 1989, sono da interpretarsi con la volontà del ministero delle finanze di non far venir meno l'obbligo di includere nella dichiarazione dei redditi redatta dalla società di capitali, in luogo degli utili distribuiti e contabilizzati, la quota di reddito spettante al socio secondo la disciplina dettata dall'art. 5 del TUIR, anche qualora lo stesso fenomeno partecipativo ibrido fosse ritenuto irregolare.

<sup>33</sup> Sono diversi i documenti di prassi emessi dal ministero delle finanze in date precedenti alla riforma del diritto societario del 2003 che consolidano l'orientamento dell'amministrazione finanziaria a favore di una partecipazione di una società di capitali in una società di persone; fra i quali, si possono menzionare le risoluzioni del 30 marzo 1979 n. 571, del 13 agosto 1982 n. 2147, del 30 ottobre 1982 n. 350845, del 17 novembre 1983 n. 782, del 31 dicembre 1986 n. 363406, del 28 giugno 1988 n. 550231, del 16 maggio 1989 n. 550763 e del 24 settembre 1991 n. 500161. Anche successivamente alla riforma del diritto societario contenuta nel D.lgs. 12 dicembre 2003 n. 344, l'orientamento dell'amministrazione finanziaria è rimasto immutato, come risulta dalle risoluzioni del 13 luglio 2007 n. 172 e del 16 giugno 2008 n. 246. Tutti i documenti di prassi richiamati sono consultabili in *Banche dati fisconline*.

<sup>34</sup> Un'illustre dottrina, a favore l'esistenza di una nozione autonoma di società di fatto ai fini fiscali, ha giustificato questa scelta del legislatore, sostenendo che «la legislazione in materia tributaria è sovente più avanzata (o forse più spregiudicata) rispetto a quella relativa ad altri settori e ciò in quanto il legislatore è particolarmente attento al fenomeno economico (che vuole assoggettare ad imposizione) che non sempre può essere individuato con esattezza (anche al fine di evitare elusioni di imposta) utilizzando le categorie giuridiche proprie di altre branche del diritto [...] anche in materia di consorzi e di associazioni temporanee d'impresa abbiamo esempi di tale posizione avanzata (o spregiudicata) del legislatore tributario (e in certi casi anche della prassi amministrativa) che [...] accoglie tranquillamente alcune soluzioni giuridiche che in altri campi del diritto sono assai controverse». L. Perrone, *Associazioni temporanee di imprese e consorzi con attività esterna: problemi di diritto tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, I, 1984, pp. 128-129.

<sup>35</sup> L. Rosa, sub *art. 56*, cit., p. 433.

Nella scelta del legislatore fiscale di non attribuire efficacia *ex tunc* all'eventuale nullità del rapporto partecipativo, ma di ritenere valide le obbligazioni tributarie dei periodi di imposta precedenti alla stessa pronuncia di nullità, si possono riconoscere le finalità di tutela dell'interesse fiscale. L'organo legiferante ha preferito allargare il perimetro impositivo anche ad un fenomeno non ammesso nel diritto commerciale, pur di non lasciare vuoti normativi che avrebbero potuto dare adito a fenomeni di impunità fiscale<sup>36</sup>.

Dubbi sussistono, invece, sul momento impositivo degli stessi proventi da partecipazione in capo alla società di capitali partecipante. Nello specifico tali perplessità afferiscono alla circostanza secondo cui si debba attendere il momento dell'effettiva percezione, come previsto dalla precedente disciplina contenuta nell'art. 148, lett. d) TUID del 1958, ovvero sia sufficiente la maturazione degli utili a conclusione del periodo d'imposta, come avviene per le persone fisiche.

Non è mancato in dottrina chi, favorevole alla prima ipotesi, ha sostenuto la continuità con la disciplina precedente<sup>37</sup>; tuttavia, i diversi interventi della Commissione Tributaria Centrale<sup>38</sup> hanno portato alla conclusione di un'applicazione generalizzata del principio di trasparenza *ex art. 5 TUIR*, indipendentemente dalla natura giuridica del socio percettore<sup>39</sup>.

Tale orientamento è condivisibile anche per ragioni di tecnica legislativa. Invero, la versione originaria dell'art. 95 TUIR prevedeva l'estensione ai soggetti societari IRPEG delle disposizioni sancite per il reddito d'impresa e, quindi, anche di quanto stabilito nella prima versione dell'art. 56, ovvero l'applicazione *tout court* del principio di trasparenza *ex art. 5 TUIR* in presenza di redditi da partecipazione corrisposti a soggetti esercenti attività d'impresa.

Della stessa opinione è anche un'attenta voce della dottrina tributarista che, non ravvisando ragioni sistematiche tali da determinare un trattamento differenziato a seconda della natura giuridica del soggetto partecipante<sup>40</sup>, ha perfino ipotizzato, nel

---

<sup>36</sup> Per il rapporto fra interesse fiscale ed il contrasto con i fenomeni elusivi ed evasivi v. E. De Mita, *Introduzione. Una giurisprudenza necessaria*, in L. Perrone, C. Berlini (a cura di), *Diritto Tributario e Corte Costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, XX ss. e P. Boria, *I principi costituzionali dell'ordinamento fiscale*, in A. Fantozzi (a cura di), *Diritto Tributario*, Utet, Torino, 2012, pp. 80 ss. ed anche Id, *L'interesse fiscale*, Torino, 2002, pp. 107 ss.

<sup>37</sup> Cfr. M. Sacconi, *Tassabilità ai fini Irpeg solo se percepiti gli utili di partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *boll. trib.*, 1983, pp. 1845 ss. L'Autore esamina sinteticamente la normativa IRPEF ed IRPEG relativa alle partecipazioni di società IRPEG in società a base personale; ne afferma la tassabilità degli utili solo in caso di effettiva distribuzione, mentre le perdite relative, per converso, non possono essere portate in diminuzione del reddito della società di capitali se non in quanto essa sia chiamata alla copertura delle perdite della società di persone.

<sup>38</sup> v. comm. trib. cent. 4 agosto 1982 n. 3908, in *Comm. trib. centr.*, I, 1982, p. 848 ed anche comm. trib. centr. 26 marzo 1983 n. 325, in *Comm. trib. centr.*, I, 1983, p. 101.

<sup>39</sup> Cfr. A. De Salvo, *La tassazione degli utili derivanti da partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Corr. trib.*, I, 1984, p. 103.

<sup>40</sup> Al riguardo il Boria ritiene che: «rispetto alla scelta di riferire il risultato dell'attività sociale mediante lo schema della "trasparenza" non sembra che ricorrano differenze fra il fattore di unificazione delle

caso in cui la stessa società partecipante sia un soggetto trasparente, il verificarsi di una “doppia trasparenza”, con una imputazione del reddito dalla società partecipata alla partecipante e da quest’ultima ai propri soci<sup>41</sup>.

L’introduzione dell’IRES e le modifiche apportate al Testo Unico del 1986 dalla riforma contenuta nell’art. 1 D.lgs. 12 dicembre 2003 n. 344, hanno fugato ogni dubbio sul trattamento fiscale da destinare ai redditi di partecipazione di spettanza di una società di capitali. L’attuale art. 89, comma 1, TUIR prevede esplicitamente che: «per gli utili derivanti dalla partecipazione in società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice residenti nel territorio dello Stato si applicano le disposizioni dell’articolo 5»<sup>42</sup>.

In modo speculare, la versione dell’art. 101, comma 6, Testo Unico del 1986, entrata in vigore a partire dal gennaio 2004<sup>43</sup> ha stabilito l’estensione ai contribuenti IRES delle disposizioni previste dall’art. 8, comma 2, TUIR, riferite al trattamento delle perdite derivanti dalla partecipazione di un soggetto IRPEF in una società commerciale a base personale<sup>44</sup>.

Tuttavia, mentre il trattamento fiscale del reddito da partecipazione *ex art.* 89, comma 1, TUIR è rimasto inalterato fino ai giorni nostri, le disposizioni riferite alle perdite di esercizio contenute nell’art. 101, comma 6, hanno subito nel tempo diverse modifiche, che le hanno portate a divergere rispetto alla disciplina generale dell’art. 8, comma 2, TUIR.

Dopo l’introduzione dell’IRES il trattamento fiscale delle perdite da partecipazione in una società di persone dipendeva non tanto dalla natura giuridica del socio, quanto dal regime contabile utilizzato dalla stessa società partecipata<sup>45</sup>.

---

persone fisiche ed il fattore di unificazione delle società che possano indurre a considerare diversamente applicabile il suddetto schema di imputazione». P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., p. 217.

<sup>41</sup> Cfr. P. Boria, ult., cit., p. 217.

<sup>42</sup> Per un commento del testo di legge contenuto nell’art. 89 TUIR, v. F. Padovani, sub *art. 89*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie – Tuir e leggi complementari*, Cedam, Padova, III, 2010, pp. 451 ss.

<sup>43</sup> Nello stesso art. 101 TUIR, al comma 7 si puntualizza la disciplina da seguire in presenza di versamenti in denaro ed in natura eseguiti a fondo perduto o in conto capitale a favore di società in nome collettivo o accomandita semplice da parte di soci soggetti IRES, quando gli stessi soci rinuncino al credito. In tal caso, il socio non può dedurre il relativo ammontare del credito che, invece, si aggiunge al costo della partecipazione stessa. Tale disposizione è allineata in modo coerente con il contenuto normativo dell’art. 88, comma 4, TUIR e dell’art. 94, comma 6, TUIR. v. V. Mastroiacovo, sub *art. 101*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie – Tuir e leggi complementari*, Cedam, Padova, 2010, III, p. 532, ed anche M. Leo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 1676.

<sup>44</sup> Cfr. V. Mastroiacovo, sub *art. 101*, cit., p. 532

<sup>45</sup> Si rammenta che dalla riforma contenuta nel D.lgs. 12 dicembre 2003 n. 344 emerge un trattamento fiscale differente delle perdite fra imprese in regime ordinario ed imprese in regime semplificato. Per un raffronto fra le due discipline, v. A.F. Uricchio, sub *art. 8*, in N. D’amati, *L’imposta sul reddito delle persone fisiche*, cit., pp. 49 ss. e N. Pennella, sub *art. 66*, in N. D’amati, *L’imposta sul reddito delle persone fisiche*, cit., pp. 524 ss.

Tale disallineamento è perdurato sostanzialmente fino al gennaio 2019, quando le modifiche contenute

Fino al gennaio 2008, infatti, i redditi di partecipazione di spettanza di un soggetto IRES seguivano le stesse disposizioni dell'art. 8, comma 2 grazie ad un esplicito rinvio contenuto nell'art. 101, comma 6, TUIR.

La legge 24 dicembre 2007, n. 244 ha apportato significative modifiche all'allora versione dell'art. 101, comma 6, stabilendo che le perdite di una società a base personale attribuite per trasparenza ad un soggetto IRES, non potevano concorrere alla determinazione del reddito complessivo della società partecipante. Il loro utilizzo in compensazione, limitato ad un arco temporale di cinque periodi d'imposta, si poteva avere esclusivamente in abbattimento degli eventuali utili prodotti dalla stessa società trasparente che aveva generato le perdite.

La dottrina ha collegato la *ratio* di tale disposizione ad una finalità antielusiva, per ostacolare l'aggiramento «delle limitazioni alla deducibilità degli interessi previste per i soggetti IRES (commisurata al 30% del ROL) mediante l'assunzione dei finanziamenti da parte di società di persone (che non subiscono tale penalizzazione), le cui perdite sarebbero poi imputate per trasparenza ai soci società di capitali»<sup>46</sup>.

Non sono mancate, tuttavia, le critiche alla nuova versione dell'art. 101, comma 6, fondate sull'assenza di una differenziazione di tipo qualitativo dei componenti negativi che hanno generato le perdite della società trasparente.

La limitazione alla compensazione delle perdite è stata considerata, pertanto, eccessivamente gravosa poiché trova applicazione anche nel caso in cui il risultato negativo di esercizio non sia dovuto a manovre elusive, ma a fattori fisiologici della gestione di un'impresa<sup>47</sup>.

---

nella Legge 30 dicembre 2018 n. 145 hanno uniformato la disciplina delle perdite fiscali indipendentemente dalla natura giuridica dell'imprenditore commerciale. Cfr. A. Fantozzi, F. Paparella, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, Cedam, Milano, 2019, pp. 54 ss.

Per un esame del nuovo regime delle perdite generate dalle società a base personale e le criticità dovute all'allineamento fra i diversi trattamenti fiscali delle perdite d'impresa, si rinvia a G. Ferranti, *Cambia la disciplina delle perdite delle imprese soggette all'Irpef*, in *fisco*, XLIII, 2018, pp. 4113 ss.

<sup>46</sup> Cfr. G. Ferranti, *La nuova disciplina del riporto delle perdite secondo l'Istituto di Ricerca DCEC*, in *corr. trib.*, 2011, p. 3098. L'autore, commentando in un'altra sua opera il nuovo vincolo al riporto delle perdite introdotto nell'art. 101, comma 6, TUIR, sostiene che la norma «sembrerebbe ingiustificatamente penalizzante nei casi in cui la società partecipata non abbia assunto finanziamenti ovvero la perdita derivi solo in parte dal sostenimento degli interessi passivi: in quest'ultimo caso dovrebbero essere, comunque, forniti i criteri per la determinazione della quota di perdita deducibile in deroga al criterio dell'art. 101, comma 6, del T.U.I.R.». G. Ferranti, *I rapporti tra la nuova disciplina delle perdite e gli altri istituti fiscali*, in *Corr. Trib.*, VI, 2012, p. 385.

La medesima *ratio*, ha portato il legislatore ad introdurre – sempre con le modifiche apportate dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244 – nell'art. 152, comma 2, TUIR, lo stesso limite nella disciplina delle società ed enti commerciali non residenti privi di una stabile organizzazione in Italia, che detengono partecipazioni in una società di persone residente; tale limitazione, tuttavia, è stata in vigore solo nell'arco temporale fra il gennaio 2008 e l'ottobre 2015. Cfr. M. Leo, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pp. 1675-1676. L'autore, in ultimo, ritiene vi sia un'analogia fra le finalità antielusive introdotte nel nuovo art. 101, comma 6, TUIR e le disposizioni applicabili alle perdite delle Controlled Foreign Companies dell'art. 2, comma 1, D.M. 21 novembre 2001, n. 429.

<sup>47</sup> Un'attenta voce della dottrina ha posto l'accento sugli eccessivi limiti introdotti dalla nuova versione dell'art. 101, comma 6, TUIR evidenziando che le perdite della società di persone imputate per

È evidente, altresì, la disparità di trattamento che si è venuta a creare a seconda della natura giuridica del socio della società di persone<sup>48</sup>. Nel caso di una persona fisica la perdita attribuita, secondo il metodo della trasparenza, può essere utilizzata in diminuzione degli altri redditi da partecipazione; mentre in presenza di un soggetto societario IRES la stessa perdita può essere compensata solo nei successivi cinque anni con i risultati positivi di gestione della medesima società trasparente<sup>49</sup>.

Questa disparità di trattamento non è stata superata dal successivo intervento riformatore contenuto nella Legge 30 dicembre 2018 n. 145, il quale, nonostante abbia unificato la disciplina fiscale delle perdite maturate nell'esercizio di un'attività d'impresa, ha inciso sul testo di legge contenuto nell'art. 101, comma 6, TUIR soltanto per eliminare il limite temporale dei cinque anni di riportabilità in avanti dello stesso risultato negativo di gestione<sup>50</sup>.

Pertanto, a differenza delle altre tipologie societarie, le perdite attribuite ad una società di capitali secondo il principio della trasparenza *ex art. 5 TUIR* non soggiacciono al limite quantitativo di compensazione pari l'ottanta per cento dei redditi conseguiti nel periodo *ex art. 8, comma 2, TUIR*, ma possono essere utilizzate esclusivamente in abbattimento degli utili futuri prodotti dalla medesima società trasparente.

3. Il mancato completamento del processo legislativo volto ad un avvicinamento della disciplina dei diversi tipi societari, così da giungere ad una sostanziale uniformità

---

trasparenza alle società di capitali «sarebbero soggette a un doppio limite: quello della utilizzabilità delle perdite solo in abbattimento degli utili imputati dalla stessa società e quello della portabilità delle perdite solo “nei successivi cinque periodi d'imposta”; cosicché il limite quinquennale opererebbe anche in casi in cui le perdite fossero, ai sensi dell'art. 8, comma 3, illimitatamente riportabili». G. Frasoni, *Finanziaria 2008 e modifiche alla disciplina delle perdite*, cit., p. 651.

Lo stesso autore ha altresì proposto l'opportunità di valutare la disapplicazione della novella disciplina contenuta nell'art. 101, comma 6, TUIR mediante istanza di interpello ai sensi del comma 8 dell'art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. Cfr. Ivi, p. 702.

<sup>48</sup> Cfr. G. Rebecca, M. Zanni, *Perdite fiscali. Guida operativa*, Il Sole 24 ore, Milano, 2012, p. 22.

<sup>49</sup> Tale divergenza è stata rivelata anche da un'attenta voce della dottrina, secondo la quale «si verificherà così che un soggetto IRES tratti differentemente le perdite dallo stesso prodotte e quelle a lui attribuite a seguito della sua partecipazione in società di persone commerciali». F. Rasi, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria*, Cedam, Padova, 2012, p. 231.

<sup>50</sup> Le modifiche apportate dalla Legge 30 dicembre 2018 n. 145 al testo dell'art. 101, comma 6, TUIR sono ben spiegate dalla stessa agenzia delle entrate nel proprio documento di prassi: «l'articolo 101, comma 6, del TUIR nella sua formulazione previgente stabiliva che, in caso di quote di snc e sas detenute da società di capitali, le perdite attribuite dalle società personali erano utilizzabili solo a riduzione degli utili assegnati dalle medesime società nei successivi cinque periodi d'imposta. L'articolo 1, comma 23, lettera c), della legge di bilancio 2019 prevede che all'articolo 101, comma 6, le parole “nei successivi cinque periodi d'imposta” sono soppresse. A seguito della modifica, quindi, in caso di quote di snc e sas detenute da società di capitali, le perdite attribuite dalle società personali sono utilizzabili solo a riduzione degli utili assegnati dalle medesime società in esercizi successivi senza limiti di tempo. Viene, quindi, cancellato il precedente limite quinquennale di portabilità delle perdite (in linea con le modifiche effettuate all'articolo 8 del TUIR)». Circ. 10 aprile 2019 n. 8, in *Banca dati fisconline*.

nel trattamento impositivo dell'intera categoria societaria<sup>51</sup>, è verosimilmente alla base delle criticità presenti nella disciplina fiscale delle società di persone partecipate da soggetti societari con personalità giuridica.

Le stesse sono essenzialmente riferite all'ambito dell'imposizione diretta, dove le società a base personale sono destinatarie di un trattamento impositivo diverso rispetto alle altre tipologie societarie.

In particolare, in presenza di una società di persone interamente partecipata da soggetti societari con personalità giuridica, il disposto dell'art. 111-duodecies disp. att. cod. civ. estende alla società partecipata gli obblighi di redazione del bilancio previsti per le società per azioni e di stesura del bilancio consolidato come disposto dall'art. 26 del D.Lgs. 9 aprile 1991 n. 127<sup>52</sup>.

Per adempiere alle disposizioni del Codice civile, la società a base personale deve necessariamente dotarsi di un apparato organizzativo strutturato, che la rende differente dalla tipica società di persone, per avvicinarla al modello organizzativo caratterizzante un soggetto societario personificato.

Si è dinanzi ad una fattispecie societaria in cui la forma giuridica e la sostanza dei rapporti sociali non corrispondono, in quanto non si verifica la situazione di immedesimazione fra soci e società, propria delle società prive di personalità giuridica<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Tale processo evolutivo è stato auspicato dalla migliore dottrina tributarista, fra i tanti, si menzionano C. Cosciani, *Stato dei lavori della commissione per lo studio della riforma tributaria*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 231 ss.; G. Falsitta, *Problemi, vicende e prospettive della tassazione del reddito d'impresa nell'ordinamento italiano*, in *La struttura e l'imposizione fiscale*, Atti del Convegno di S. Remo, Cedam, Padova, 1981, p. 117; A. Fedele, *Profilo fiscale delle società di persone*, in *riv. not.*, 1988, p. 551 ed anche A. Cicognani, voce *Società*, IV) *Diritto tributario*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, p. 5; A. Gastaldo, *La responsabilità solidale e illimitata dei soci di società di persone per i tributi dovuti dalla società*, in *dir. prat. trib.*, V, 2000, p. 1171.

<sup>52</sup> Cfr. G. Cottino, R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., pp. 94 ss. ed anche A. Borgioli, *Partecipazioni di società di capitali in società di persone*, cit., pp. 314 ss.

La norma non indica gli adempimenti a cui devono sottostare le società di persone partecipate contemporaneamente da persone fisiche e persone giuridiche. Tuttavia, in dottrina si ritiene che, avendo il legislatore adottato un recepimento minimale della Direttiva del 8 novembre 1990, n. 90/605/CEE, nulla vieta la scelta volontaria degli organi amministrativi della società di persone di adempiere ugualmente agli obblighi previsti dall'art. 111-duodecies disp. att. cod. civ. Cfr. F. Vessia, *Società in nome collettivo partecipate da persone giuridiche*, cit., pp. 588 ss. ed anche F. Ferrara Jr., F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, cit., pp. 825.

<sup>53</sup> Si avrebbe la condizione opposta rispetto a quella che si verifica in presenza del regime di trasparenza destinato alle società di capitali a ristretta base proprietaria che, tuttavia, ha in comune con la fattispecie societaria di persone interamente partecipata da società di capitali il disallineamento fra forma giuridica e sostanza economica.

Un'attenta dottrina, difatti, qualifica le società di capitali a ristretta base proprietaria come «enti nei quali "forma giuridica" e "sostanza dei rapporti sociali" non corrispondono: la perfetta alterità che garantisce la forma di società di capitali è tradita da una situazione di immedesimazione fra soci e società. L'estrema astrazione del rapporto associativo che li dovrebbe connotare è superata a favore di quella estrema personalizzazione dello stesso che qualifica la società di persone». F. Rasi, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria*, cit., p. 18.

Viene meno, infatti, il distinguo fra i tipi societari basato sul diverso grado di formalizzazione della struttura organizzativa, a cui corrisponde un maggiore grado di rischio per l'interesse fiscale: meno adempimenti formali rendono più agevole per i soci di una società di persone incidere sulle voci del patrimonio netto ed adottare schemi di elusione d'imposta finalizzati alla riduzione del proprio carico tributario<sup>54</sup>.

Tuttavia, nonostante questa particolare tipologia di società a base personale sia chiamata ad adempiere agli stessi obblighi di una società di capitali in termini di informativa di bilancio, il suo regime fiscale di riferimento rimane contenuto nel titolo I del TUIR.

Non si comprendono pertanto le ragioni per cui, innanzi ad un'organizzazione societaria strutturata, con un impianto contabile-informativo tale da permettere di scongiurare i possibili comportamenti elusivi scaturenti dalla commistione fra patrimonio societario e personale dei soci, non si possa avere una sostanziale uniformità nel trattamento impositivo del reddito di impresa.

Più omogeneo in termini sistematici sarebbe, invece, l'introduzione di un regime fiscale, almeno su base opzionale, destinato alle sole società di persone obbligate agli adempimenti *ex art. 111-duodecies disp. att. cod. civ.* che facesse riferimento alle norme previste per le società di capitali.

In tal modo si offrirebbe a queste particolari società a base personale la possibilità di adottare, per la determinazione della loro base imponibile, direttamente il regime fiscale dei soggetti societari IRES<sup>55</sup>; ad oggi, invece, le norme contenute nel Titolo II del TUIR trovano applicazione alle società prive di personalità giuridica solo in via residuale, per quanto non disposto dal Titolo I, Capo VI dello stesso Testo Unico.

Queste riflessioni *de iure condendo* sono in linea con la *ratio* adottata dal legislatore fiscale negli altri casi di trasparenza conosciuti dall'ordinamento<sup>56</sup>; difatti,

---

<sup>54</sup> Cfr. G. Falsitta, *Lezioni sulla riforma tributaria*, Cedam, Padova, 1972, pp. 158 ss.

Sull'adozione del principio della trasparenza fiscale per esigenze di cautela fiscale si è espresso favorevolmente anche A. Fedele, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., p. 552; Boria, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., p. 359; e M. Procopio, *I limiti del beneficium excussionis nella fattispecie dei debiti tributari*, in *giur. comm.*, VI, 2017, p. 982.

<sup>55</sup> Tale regime opzionale si ritiene applicabile ad una società di persone partecipata da società di capitali aventi i requisiti indicati all'art. 111-duodecies, disp. att. cod. civ. piuttosto che all'intera categoria delle società di persone che adottano la contabilità ordinaria in quanto, l'elemento determinante per scongiurare eventuali commistioni fra il patrimonio societario e quello particolare dei singoli soci non è dato dal regime contabile adottato, ma dal grado di strutturazione dell'organizzazione d'impresa.

Queste considerazioni sono avvalorate dalle contestazioni adottate dall'amministrazione finanziaria in presenza di una società a responsabilità limitata con una ristretta base partecipativa. Infatti, nonostante il soggetto societario utilizzi un impianto contabile di tipo ordinario, sussistono determinati elementi tali da assimilare la struttura organizzativa della società a responsabilità limitata ad una società a base personale. Pertanto, l'Ente impositore ha proceduto ad imputare la ricchezza prodotta dalla società a responsabilità limitata pro-quota ai singoli soci, sulla falsariga dell'art. 5 TUIR.

<sup>56</sup> Questo principio non trova, tuttavia, applicazione in presenza di un trust; in tal caso, infatti, la commisurazione del tributo dovuto avviene in maniera unitaria indipendentemente che si tratti di un trust opaco o trasparente. Tanto si apprende dalla circolare dell'agenzia delle entrate del 6 agosto 2007 n. 48/E visionabile in *Banche dati fisconline*.



qualora l'ente trasparente adotti un regime di determinazione della base imponibile diverso da quello seguito dai propri partecipanti, è prevista l'applicazione delle regole valedoli per questi ultimi e si derogano le disposizioni dell'ente trasparente, a vantaggio di un'omogeneità verticale del sistema impositivo<sup>57</sup>.

In tal modo si avrebbe una sostanziale uniformità nel trattamento fiscale dei redditi di partecipazione imputati ad una società di capitali, a prescindere dalla natura del soggetto partecipato. In particolare, l'adozione dei limiti alla deducibilità degli interessi passivi previsti dall'art. 96, comma 1, TUIR anche per la società di persone interamente partecipata da società di capitali<sup>58</sup> – a fronte delle disposizioni meno restrittive contenute nell'art. 61, comma 1, TUIR<sup>59</sup> – porterebbe al superamento della disciplina antielusiva ex art. 101, comma 6, TUIR, in quanto si andrebbe ad intervenire a monte rendendo antieconomiche eventuali strategie aziendali volte ad un eccessivo indebitamento.

Il suddetto art. 101, comma 6, TUIR troverebbe, invece, applicazione in tutte quelle

---

<sup>57</sup> Cfr. L. Salvini, *La tassazione per trasparenza*, cit., p. 1522. Al riguardo un'attenta dottrina sostiene che l'allineamento delle regole di determinazione dell'imponibile fra soci e società rappresenterebbe «una manifestazione di quella omogeneità orizzontale e verticale che deve sussistere circa le regole di determinazione dell'imponibile fra i soci e la società, finalizzato ad evitare che la trasparenza si risolva in uno strumento attraverso cui consentire arbitraggi fiscali». F. Rasi, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria*, cit., p. 230.

<sup>58</sup> Gli interessi passivi e gli altri oneri finanziari, qualificati come tali dai principi contabili adottati dalla realtà imprenditoriale, sono deducibili dal reddito d'impresa integralmente a concorrenza dell'ammontare degli interessi attivi. La parte di oneri finanziari eccedente è deducibile nei limiti del 30% del risultato operativo lordo, *id est* un valore del conto economico pari alla differenza fra il valore ed i costi della produzione con esclusione degli ammortamenti e dei canoni di leasing relativi ai beni strumentali.

Per un *excursus* storico sulle diverse discipline che si sono susseguite nel tempo riferite al trattamento degli interessi passivi ed oneri finanziari, si rimanda ad A. Fantozzi, F. Paparella, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, cit., pp. 217 ss. Gli stessi autori, in riferimento alla disciplina in vigore dal 2008, ritengono che la novella norma: «denota chiari limiti concettuali perché, in sostanza, assume un livello fisiologico di indebitamento della stessa misura a prescindere dal settore di appartenenza e dell'impresa e della fonte (soci o terzi)». Ivi, p. 220.

Per un approfondimento sulle nuove condizioni di deducibilità degli interessi passivi nella determinazione del reddito imponibile di un soggetto societario IRES, v. P. Tarigo, *I pro-rata (generale e patrimoniale) di deducibilità degli interessi passivi*, in F. Tesaro (diretta da), *Imposta sul reddito delle società*, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 427 ss.; M. Poggioli, *Interessi passivi, imposta sul reddito delle persone fisiche e principio di inerenza*, in M. Beghin (a cura di), *Saggi sulla riforma IRES*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 112 ss.; G. Zizzo, *La determinazione del reddito delle società e degli enti commerciali*, in G. Falsitta (a cura di), *Manuale di diritto tributario, il sistema delle imposte in Italia*, Cedam, Padova, 2013, pp. 462 ss.

<sup>59</sup> Le componenti negative di reddito relative agli interessi passivi ed oneri finanziari ricadenti nell'ambito della tassazione degli imprenditori individuali e delle società di persone sono deducibili sulla base del rapporto fra l'ammontare dei ricavi e degli altri proventi che concorrono al reddito o che non vi concorrono in quanto esclusi e l'ammontare complessivo di tutti i ricavi ed i proventi. v. A. Fantozzi - F. Paparella, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, cit., p. 222; ed anche P. Russo, *Manuale di diritto tributario, parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 225-226, F. Coli, *sub. art. 61*, in A. Fantozzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie – Tuir e leggi complementari*, Cedam, Padova, 2010, III, pp. 318 ss.

super-società, formalizzate o di fatto, con compagini societarie miste composte da persone fisiche e giuridiche, che non sono assoggettate agli obblighi di bilancio *ex art. 111-duodecies disp. att. cod. civ.* In tal caso, qualora la società partecipata generasse una perdita, la stessa avrebbe un trattamento diverso a seconda della natura del socio<sup>60</sup>.

In ultimo, per superare completamente la discriminante nel trattamento delle perdite presente nell'art. 101, comma 6, TUIR, sarebbe sufficiente, invece, allineare le disposizioni contenute nell'art. 61, comma 1, TUIR con la disciplina in materia di deducibilità degli interessi passivi prevista per i soggetti IRES, in quanto l'art. 101, comma 6, TUIR rappresenta una norma antielusiva finalizzata a porre rimedio alle condotte volte ad aggirare i limiti alla deducibilità degli interessi passivi stabiliti dall'art. 96, comma 1, TUIR.

La società di capitali partecipante potrebbe decidere, infatti, di far assumere alla società a base personale partecipata ingenti finanziamenti, cosicché i relativi oneri finanziari – che soggiacciono alla disciplina dell'art. 61, comma 1, TUIR, meno restrittiva rispetto all'art. 96, comma 1, TUIR – genererebbero perdite imputate per trasparenza alla stessa società partecipante<sup>61</sup>.

Gli interventi proposti avrebbero, quindi, come merito di garantire una maggiore omogeneità nel trattamento fiscale dei redditi da partecipazione prodotti da una società di persone, indipendentemente dalla natura giuridica degli stessi soci.

---

<sup>60</sup> La disciplina contenuta nell'art. 101, comma 6, TUIR determina un'importante divergenza nel trattamento fiscale dei redditi di partecipazione, che si manifesta quando le società di persone partecipate generano una perdita. Difatti, nel caso in cui il risultato negativo di esercizio scaturisce dall'attività di impresa condotta da una società di capitali trasparente, la stessa perdita concorre, al pari degli altri redditi, alla determinazione della base imponibile della società partecipante; qualora, invece, la perdita scaturisce dalla società di persone, la stessa trova compensazione solo nei futuri risultati positivi della stessa società partecipata, secondo le disposizioni previste dall'art. 101, comma 6, TUIR.

Questa divergenza nel trattamento delle perdite dovute ad una partecipazione detenuta da una società di capitali, a seconda della natura del soggetto societario partecipato, non è stata esente da critiche. Fra i tanti, il Rasi ha concluso l'esame della disciplina contenuta nell'art. 101, comma 6, TUIR, sostenendo che «ad avviso di chi scrive si ritengono tutti questi effetti non il frutto di una meditata scelta del legislatore, ma solo il risultato di un malaccorto intervento legislativo che meriterebbe di essere emendato». F. Rasi, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria*, cit., p. 231.

<sup>61</sup> Tali criticità sono state evidenziate in dottrina anche da G. Ferranti, *La nuova disciplina del riporto delle perdite secondo l'Istituto di Ricerca DCEC*, cit., p. 3098; Id, *I rapporti tra la nuova disciplina delle perdite e gli altri istituti fiscali*, in *Corr. trib.*, VI, 2012, p. 38; Cfr. M. Leo, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., pp. 1675-1676.

Paolo Pardolesi

## RIFLESSIONI IN TEMA DI TUTELA COLLETTIVA\*

### ABSTRACT

Il presente saggio intende realizzare una succinta ricognizione delle principali novità introdotte in tema di azione di classe con la legge 12 aprile 2019 n. 31. In particolare – estendendo l’ambito di applicazione dell’azione di classe ben oltre la materia del consumo e rafforzando il procedimento di adesione – la nuova disciplina (sebbene imperfetta) rappresenta un importante salto di qualità.

The present essay intends to carry out a brief overview of the main innovations introduced in the class action realm with the Law 12 April 2019 no. 31. In particular – extending the scope of the class action far beyond the consumer disputes and strengthening the opt-in process –, the new discipline (although imperfect) represents an important qualitative leap.

### PAROLE CHIAVE

Azione di classe – adesione all’azione – giudizio di inammissibilità

Class action – opt-in – judgment of inadmissibility

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. Le principali novità ascrivibili alla riforma del 2019. - 3. La legittimazione ad agire. -4. L’adesione all’azione di classe. - 5. Il giudizio di inammissibilità. – 6. L’ambito di applicazione della nuova azione di classe. - 7 Considerazioni conclusive.

1. Nel quadro giuridico europeo, l’ordinamento italiano è stato l’ultimo ad aver riconosciuto diritto di cittadinanza ad un dispositivo processuale per la tutela collettiva risarcitoria. Prova ne sia il fatto che, sebbene il problema della gestione delle azioni aventi ad oggetto illeciti plurioffensivi fosse ben presente in dottrina e in giurisprudenza<sup>1</sup>, la ragguardevole crescita delle *mass torts litigations* ha reso manifesta l’opportunità di un meccanismo processuale che costituisse un’alternativa agli istituti ordinari, spesso troppo angusti, e realizzasse una più efficiente gestione delle controversie seriali.

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

<sup>1</sup> In questa traiettoria si collocano le cause intentate per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall’esposizione all’amianto, da prodotti farmaceutici rilevatisi nocivi, da trasfusioni e farmaci emoderivati infetti. Per un’attenta ricognizione sul punto v. M. Pastore, *Class action e modelli di tutela collettiva*, in P. Pardolesi (a cura di), *Seminari di diritto privato comparato*, Cacucci, Bari, 2011, p. 114.

In questa prospettiva – di là dalla considerazione di alcuni interventi legislativi ispirati all’istituto romanistico dell’*actio popularis* (mi riferisco all’art. 100 della legge n. 5921/1889 in tema di contenzioso elettorale e al R.D. n. 99/1891) –, i maggiori sviluppi in tema di tutelabilità in giudizio di situazioni soggettive a carattere superindividuale si sono verificati in virtù delle iniziative di carattere legislativo poste in essere dalla Comunità europea nell’ambito della tutela del consumo e dei consumatori (mi riferisco alla direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti dei consumatori, da un lato, e alla direttiva 98/27/CE, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, dall’altro). Cerchiamo, per quanto possibile, di fare chiarezza sul punto: 1) un primo provvedimento legislativo volto a tutelare i consumatori dagli abusi da parte delle imprese – realizzato in attuazione della cennata direttiva 93/13/CEE – vide la luce con l’art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, che novellò il codice civile aggiungendovi gli articoli dal 1469-*bis* al 1469-*sexies*<sup>2</sup>; 2) un secondo importante intervento legislativo (volto a tutelare i diritti fondamentali dei consumatori – quali la salute, la sicurezza e la qualità dei prodotti –, nonché a garantire un’adeguata e corretta informazione/pubblicità per educare al consumo, alla trasparenza e all’equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi, allo sviluppo/promozione dell’associazionismo libero e volontario tra i consumatori e gli utenti e all’erogazione di servizi pubblici secondo lo standard di qualità ed efficienza) si è verificato con l’avvento della legge 30 luglio 1998, n. 281 (attuativa della testé richiamata Direttiva 98/27/CE) che ha provveduto a modificare l’ambito applicativo dell’azione inibitoria<sup>3</sup>.

Tuttavia, il primo vero atto legislativo volto ad affrontare in maniera diretta il problema della gestione delle azioni aventi ad oggetto illeciti plurioffensivi si è avuto con l’introduzione dell’art. 140-*bis* cod. cons. (avvenuta in virtù dell’art. 2, comma 445, della legge 24 dicembre 2007 n. 244) che – sebbene finisca per accorpare la quasi

---

<sup>2</sup> In breve, adeguandosi alla volontà del legislatore comunitario (in forza della quale ciascun Stato membro avrebbe dovuto dotarsi di un meccanismo finalizzato ad inibire l’uso delle clausole abusive) la disciplina in oggetto introduceva uno strumento (ovvero l’azione di classe di natura inibitoria per la tutela dei consumatori) volto a limitare su vasta scala i pregiudizi scaturenti da condizioni generali vessatorie. A tale proposito, si rinvia alle incisive riflessioni di G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 109.

<sup>3</sup> Due le principali novità legislative: I) la prima contemplava «una restrizione del concetto di “associazioni rappresentative degli interessi dei consumatori” in forza della quale – attraverso l’istituzione di un elenco nazionale curato dal Ministero dello sviluppo economico – avrebbero dovuto essere considerate tali solo quelle formazioni sociali il cui scopo esclusivo fosse stato quello di provvedere alla tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti (sottraendo all’organo giudicante il compito di stabilire – *case by case* – l’adeguata rappresentatività dell’associazione attrice». II) La seconda novità, invece, concernendo la generalizzazione dell’inibitoria, perseguiva tale obiettivo: «a) affrancando l’inibitoria dalla vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori; b) prevedendo che le associazioni rappresentative siano legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi e c) richiedendo al giudice competente di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti, nonché di adottare misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate» (così, P. Pardolesi, A. Bitetto, *Tutela collettiva e azione di classe. Un’analisi comparativa*, Cacucci, Bari, 2020, p. 102 s.).

totalità della normativa consumeristica (assorbendo al suo interno tanto l'azione inibitoria specificatamente ideata per le clausole abusive, quanto quella di portata più ampia)<sup>4</sup> – rappresenta il risultato di un percorso alquanto tortuoso sviluppatosi a cavallo di due legislature in cui si sono alternati diversi progetti di legge che, pur accomunati negli obiettivi di fondo, si differenziavano sul piano delle soluzioni prospettate per la loro realizzazione<sup>5</sup>. Per questa via, il modello di tutela risarcitoria superindividuale incentrato sull'interesse collettivo viene ripudiato per spianare la strada alla tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti: «[t]ale scelta ha importanti conseguenze in relazione ad uno dei problemi centrali dell'istituto, ossia quello della legittimazione ad agire la cui soluzione condiziona una serie di altre questioni prime fra tutte quella dell'ambito oggettivo di applicazione e degli effetti della pronuncia che definisce il giudizio collettivo»<sup>6</sup>.

2. Per il varo di una azione di classe di nuovo conio si è dovuto attendere l'avvento della legge 12 aprile 2019 n. 31, che (sebbene abbia rinviato di un anno la sua effettiva

---

<sup>4</sup> A tale proposito, A. Palmieri, *La tutela collettiva dei consumatori. Profili soggettivi*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 45 s., osserva come — nonostante «[d]al punto di vista formale, le disposizioni che avevano introdotto i due strumenti di tutela» non fossero sopravvissute al codice di consumo — il loro contenuto sia stato sostanzialmente recepito «da apposite regole del codice del consumo, che si incaricano di perpetuare gli istituti attraverso i quali si realizzava, prima di tale testo normativo, la protezione in forma collettiva degli interessi dei consumatori. Questa riproposizione non si risolve in un lavoro da amanuensi, con la copia pura e semplice delle regole preesistenti. Il nuovo contesto impone di per sé alcuni ritocchi; e non tutti sono catalogabili alla stregua di adattamenti stilistici innocui. Alcuni mutamenti sono di portata tale da comportare un effettivo rimescolamento delle carte, specie per quanto riguarda l'azione in materia di clausole abusive. Non è rimasta, tuttavia, indisturbata nemmeno l'azione inibitoria di carattere generale».

<sup>5</sup> In particolare, i nove progetti di legge, erano raggruppabili in due distinte tipologie: nella prima confluivano quanti caldeggiavano l'adozione di un meccanismo processuale che, sulla falsariga del modello statunitense di *class action*, consentisse a ciascun individuo di agire per conto di tutti gli altri [a questo filone appartenevano i progetti di legge promossi dai deputati Fabris (Proposta di legge n. 1330, Camera, presentata il 10 luglio 2006), Poretti (Proposta di legge n. 1443, Camera, presentata il 21 luglio 2006), Pedica (Proposta di legge n. 1834, Camera, presentata il 17 ottobre 2006) e Grillini (Proposta di legge n. 1882, Camera, presentata il 6 novembre 2006)]; nella seconda, invece, rientravano coloro che, sulle orme del modello europeo di tutela collettiva, auspicavano l'attribuzione alle associazioni dei consumatori della legittimazione ad esperire azioni risarcitoria a favore dei singoli danneggiati [più nello specifico rientravano in tale categoria i progetti di legge promossi dagli Onorevoli Bersani (Proposta di legge n. 1495, Camera, presentata il 27 luglio 2006, del Ministro dello sviluppo economico, in accordo con il Ministro della Giustizia Mastella e con il Ministro dell'economia e delle finanze Padoa Schioppa), Benvenuto (Proposta di legge n. 679, Senato, presentata il 6 giugno 2006, dal Presidente della VI Commissione Tesoro e Finanze Benvenuto), Maran (Proposta di legge n. 1289, Camera, presentata il 5 luglio 2006), Buemi (Proposta di legge n. 1662, Camera, presentata il 19 settembre 2006) e Crapolichio (Proposta di legge n. 1883, Camera, presentata il 7 novembre 2006)]. Per un'incisiva ricognizione di tale dibattito si rinvia, ancora una volta, a G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista*, cit., p. 112 ss.; A. Palmieri, *La tutela collettiva dei consumatori*, cit., p. 48 ss.; R. Lener, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano del mercato finanziario*, *Giur. comm.*, I, p. 274.

<sup>6</sup> Per un approfondimento di tali profili v. M. Pastore, *Class action e modelli di tutela*, cit., p. 119 ss.

entrata in vigore: «un decollo quanto mai cauto, che i più maliziosi interpreteranno come parentesi offerta per dar tempo, a chi si sia sin qui valso di prassi nel segno dell'immunità, di abituarsi all'idea che la musica è cambiata...»<sup>7</sup>, persegue l'obiettivo di tutelare situazioni sostanziali imputabili a un numero indeterminato di soggetti, prodotte da un medesimo fatto illecito o assimilate dalla necessità di risolvere una medesima questione. A ben vedere, con la legge in commento, si è compiuto un passo – per certi versi — ‘storico’ nel percorso concernente la tutela giurisdizionale degli interessi sovraindividuali dando il là ad una «riforma meditata»<sup>8</sup> nelle pieghe della quale il legislatore è tornato a regolamentare l'istituto dell'azione di classe risarcitoria, per un verso, estendendone l'applicazione a qualunque tipologia di diritti lesi da una condotta plurioffensiva (posta in essere da una impresa/soggetto istituzionale nello svolgimento delle rispettive attività) e, per l'altro, collocando la relativa disciplina negli artt. 840 *bis* ss. del codice di procedura civile<sup>9</sup>.

Alla luce di siffatte considerazioni passiamo in rassegna le principali novità sottese alla riforma in oggetto: 1) un primo rilevante cambiamento è rappresentato dalla rivisitazione in chiave estensiva dei criteri concernenti la legittimazione ad agire in forza dei quali ad assumere l'iniziativa giudiziaria potranno essere tanto i singoli componenti della classe, quanto le organizzazioni/associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela dei diritti individuali omogenei. Tale estensione, come avremo modo di approfondire nel prossimo paragrafo, ha un valore rimarchevole e segna il superamento della cd. «ideologia del controllo sociale» ampiamente criticata dal formante dottrinale<sup>10</sup>.

2) Un secondo elemento di novità si osserva nella volontà del legislatore di perseguire l'obiettivo di assicurare una istruttoria scevra da eccessi di formalismo optando, da un lato, per il rito previsto dall'art. 702-*bis* c.p.c.<sup>11</sup>, e, dall'altro, per il rafforzamento dei poteri istruttori del giudice (corredandoli con sanzioni anche pecuniarie traendo spunto dal D. Lgs. n.3/2017 sui danni da illeciti antitrust)<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> P. Pardolesi, R. Pardolesi, *La (azione di) classe non è acqua*, in *Le nuove forme di tutela collettiva* (l.12 aprile 2019 n. 30), in *Foro it.*, 2019, V, p. 321.

<sup>8</sup> Per un approfondimento di tali profili v. D. Dalfino, *Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840 bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni*, in *Le nuove forme di tutela collettiva* (l.12 aprile 2019 n. 30), in *Foro it.*, 2019, V, p. 321.

<sup>9</sup> A tale proposito v. R. Donzelli, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in *Le nuove forme di tutela collettiva* (l.12 aprile 2019 n. 30), in *Foro it.*, 2019, V, p. 339; M. Franzoni, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 309.

<sup>10</sup> Sul punto v. R. Nigro, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazione della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, p. 7 ss.

<sup>11</sup> Per un'attenta analisi concernente il procedimento che contraddistingue il nuovo processo di classe v., orientativamente, A.D. De Santis, *Il procedimento*, in *Le nuove forme di tutela collettiva* (l.12 aprile 2019 n. 30), in *Foro it.*, 2019, V, p. 345 ss.

<sup>12</sup> Per un approfondimento sul punto si rinvia, ancora una volta, a G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista*, cit., p. 126 s.

3) Sempre con riguardo alla disciplina procedimentale, mette conto rilevare la soluzione proposta dal legislatore in merito alle ipotesi di una contemporanea pendenza di plurime azioni di classe aventi il medesimo oggetto e promosse nei confronti dello stesso convenuto: a ben vedere, infatti, in virtù di quanto disposto nell'art. 840 *quater* c.p.c., la riunione sarà possibile a condizione che le azioni di classe successive alla prima siano state proposte entro (e non oltre) il termine di 60 giorni dalla data di pubblicazione sul portale del ministero della giustizia del ricorso e del decreto<sup>13</sup>.

4) In relazione all'adesione, occorre rimarcare come (al pari dell'azione di classe consumeristica) anche per la nuova azione di classe l'impianto prescelto ruoti intorno al meccanismo dell'*opt-in* (mantenendo così, la 'distanza di sicurezza' dalla «americanata» dell'automatica inclusione, propria della tecnica dell'*opt-out*)<sup>14</sup>. Ciò nonostante, come si vedrà meglio *infra*, appare giocoforza evidenziare come tale procedimento di accertamento dei diritti dei *class members* si articoli in due fasi<sup>15</sup>: I) la prima delle quali è successiva alla dichiarazione di ammissibilità (ovvero prima della sentenza di condanna) e II) la seconda all'esito della sentenza di accoglimento della domanda del proponente<sup>16</sup>.

5) Un ulteriore elemento di novità concerne le soluzioni conciliative della controversia. Più in chiaro, il legislatore ha previsto due differenti procedure: I) «la prima inizia con una proposta di conciliazione posta in essere dal giudice e rivolta ad entrambe le parti (in particolare, il primo comma dell'art. 840 *quardecies* – disponendo che il giudice possa assumere tale iniziativa sino al momento della discussione orale – implica che la proposta potrà giungere anche a conclusione dell'attività istruttoria, dovendosi applicare l'art. 185 *bis* nella parte in cui esclude che la stessa possa rappresentare motivo di recusazione)»<sup>17</sup>; II) la seconda, invece, decolla dopo che le parti abbiano raggiunto un accordo transattivo, che viene successivamente approvato dal giudice. In particolare, «tale soluzione conciliativa (disciplinata nei commi 2-9 dell'art. 840 *quardecies*) prevede che – a seguito della sentenza di accoglimento – il

---

<sup>13</sup> Così, A.D. De Santis, *Il procedimento*, cit., p. 346.

<sup>14</sup> Tali profili problematici vengono approfonditi con grande attenzione nelle belle pagine di A.D. De Santis, *L'adesione*, in *Le nuove forme di tutela collettiva* (l.12 aprile 2019 n. 30), in *Foro it.*, 2019, V, p. 356.

<sup>15</sup> A tale proposito, G. Ponzanelli, *La nuova class action*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 306 s., osserva come «[p]ur confermando il regime di *opt-in*, questo meccanismo temporale, allarga incredibilmente il numero dei membri della classe», con l'inevitabile rischio di veder nascere «comportamenti opportunistici». Per questa via, l'A. – muovendo dalla considerazione che nell'esperienza nordamericana le class action sono quasi sempre oggetto di intese transattive (sì che, quasi mai vengono decise) – osserva come «[i]n Italia, con la previsione di una adesione successive alla sentenza, questa strada si rivelerà più difficilmente percorribile, determinando un aggravamento delle incertezze collegate a questo contenzioso».

<sup>16</sup> Sul punto si rinvia alle incisive riflessioni di R. Pardolesi, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 305; P.G. Monateri, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, *ibid.*, p. 312 ss.; G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista*, cit., p. 127 s.

<sup>17</sup> Così, P. Pardolesi, A. Bitetto, *Tutela collettiva e azione di classe*, cit., p. 124 s.

rappresentante comune degli aderenti – e non più l’originario ricorrente – possa ‘negoziare’ con il convenuto per la predisposizione di uno schema di accordo che verrà successivamente sottoposto all’attenzione di tutti gli aderenti al fine di consentire loro la formulazione di eventuali contestazioni»<sup>18</sup>.

Infine, nel novero delle novità assoluto rilievo merita la nuova azione inibitoria collettiva, le cui tecniche di tutela e le cui forme processuali – anche alla luce della scelta di assoggettarle alle forme del rito camerale (integrato con il richiamo ad alcune disposizioni dettate in tema di azione di classe) – pongono non secondarie questioni interpretative<sup>19</sup>.

3. Assumendo di aver offerto un quadro riassuntivo dei principali profili di originalità ascrivibili all’azione di classe di nuovo conio, passiamo ad esaminare più da vicino le peculiarità e i profili funzionali di tale riforma legislativa.

A tal fine, prendiamo le mosse dalla legittimazione ad agire: la legge in commento – superando l’articolata/complessa soluzione del mandato alle associazioni *ex art. 140 bis*, 1° comma, cod. cons. — migliora la disciplina consentendo di agire a ciascun componente della classe, nonché alle organizzazioni/associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela dei diritti individuali omogenei.

Più in dettaglio, il processo potrà avere ad oggetto: 1) la tutela risarcitoria/restitutoria di un diritto soggettivo, azionato da un titolare che ne afferma l’omogeneità rispetto ad una classe (che potrà essere non solo una persona fisica ma qualunque soggetto di diritto che sia titolare di un diritto soggettivo al risarcimento del danno o alle restituzioni derivante da un illecito plurioffensivo) o 2) l’accertamento della responsabilità del convenuto, «basato sull’affermata esistenza di questioni comuni quali l’illiceità della condotta, la responsabilità, il nesso causale tra illecito e danno e l’entità potenziale dei danni prodotti, senza conseguire l’effetto della reintegrazione patrimoniale nei confronti dei singoli aventi diritto» (che potrà essere esercitata da un’organizzazione/associazione iscritta nell’elenco)<sup>20</sup>.

Nondimeno, persistono «perplexità/problematiche attinenti non tanto all’ampia locuzione adottata dalla normativa per individuare i soggetti collettivi abilitati (in grado di ricomprendere anche i sindacati), la cui attività sia rivolta istituzionalmente alla tutela degli interessi intercettati nell’ambito di applicazione dell’azione, quanto nel coordinato disposto dagli art. 480 *bis*, 1° comma, ultima parte, e 196 *ter* disp. att. c.p.c.»<sup>21</sup>. Del resto, il primo esige che i soggetti collettivi in commento siano iscritti in

---

<sup>18</sup> P. Pardolesi, A. Bitetto, *Tutela collettiva e azione di classe*, cit., p. 125. Per un’approfondita analisi dei profili sottesi alla procedura di conciliazione in commento v., per tutti, R. Donzelli, *La conciliazione*, in *Le nuove forme di tutela collettiva (l.12 aprile 2019 n. 30)*, in *Foro it.*, 2019, V, p. 383 ss.

<sup>19</sup> Per un incisivo approfondimento delle quali v., orientativamente, A.D. De Santis, *L’azione inibitoria collettiva*, in *Le nuove forme di tutela collettiva (l.12 aprile 2019 n. 30)*, in *Foro it.*, 2019, V, p. 387.

<sup>20</sup> Così, A.D. De Santis, *Il procedimento*, cit., p. 350.

<sup>21</sup> P. Pardolesi, A. Bitetto, *Tutela collettiva e azione di classe*, cit., p. 126.



un elenco pubblico istituito presso il ministero della giustizia ed il secondo, piuttosto che stabilire i criteri di iscrizione, ne rimette l'individuazione «ad un successivo decreto dal ministro della giustizia, di concerto con il ministro dello sviluppo economico, previo parere delle commissioni parlamentari competenti, disponendo solo che tali criteri comprendano la verifica delle finalità programmatiche, dell'adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti omogenei azionati e della stabilità continuità delle associazioni e delle organizzazioni stesse, nonché la verifica delle fonti di finanziamento utilizzate»<sup>22</sup>.

4. L'adesione all'azione (ossia l'*opt-in*) è lo strumento volto a convogliare all'interno di un unico processo le pretese individuali dei titolari dei diritti soggettivi omogenei a quello del proponente. Tale adesione, come *supra* cennato, può verificarsi in «due finestre temporali» ben definite<sup>23</sup>.

Mi spiego. La prima 'finestra' si apre con l'ordinanza che dispone l'ammissibilità l'azione di classe: «sì che, il tempo concesso ai potenziali aderenti decorre dal momento della pubblicazione dell'ordinanza sul portale del ministero della giustizia (variando, a seconda della valutazione posta in essere dal tribunale, da un periodo di minimo sessanta a un massimo di centocinquanta giorni). Per questa via, gli aderenti — investendo sulla buona fortuna dell'azione di classe — scelgono di vincolarsi all'esito del giudizio: non a caso, in virtù di quanto statuito dagli art. 840 *septies* (che disciplina la possibilità di tornare sui propri passi per l'aderente) e 840 *undecies* (che espressamente lo abilita a revocare l'adesione sino a quando il decreto non divenga definitivo il decreto del giudice delegato), parrebbe che lo svincolo dell'aderente dalla classe sia da considerarsi completato solo nella fase di adesione successiva all'emanazione della sentenza di accoglimento»<sup>24</sup>. In altre parole, i soggetti che abbiano aderito alla prima finestra potrebbero trovarsi in una posizione peggiore rispetto a «quelli che, invece, abbiano aderito successivamente alla sentenza di accoglimento, giacché, per costoro, si apre la fase dell'accertamento dei loro diritti, nell'ambito della quale è prevista la possibilità di revoca (e di inefficacia su base volontaria) della adesione, mentre, per i primi, c'è il rischio che la fase di accertamento non si apra affatto e, dunque, non sia possibile né revocare la rappresentanza al rappresentante comune, né revocare l'adesione»<sup>25</sup>.

La seconda 'finestra' si apre con la sentenza di accoglimento che, per un verso, individua tanto i caratteri dei diritti individuali omogenei, quanto gli elementi necessari per l'inclusione della classe e, per l'altro, attribuisce un termine perentorio (anche in

---

<sup>22</sup> R. Donzelli, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., p. 344.

<sup>23</sup> Sul punto v. A.D. De Santis, *L'adesione*, cit., p. 357 s.

<sup>24</sup> Così P. Pardolesi, A. Bitetto, *Tutela collettiva e azione di classe*, cit., p. 127 s.

<sup>25</sup> A.D. De Santis, *L'adesione*, cit., p. 357 s.

questo caso tra sessanta e centocinquanta giorni) dalla pubblicazione della sentenza sul portale del ministero della giustizia, per provvedere all'adesione<sup>26</sup>.

Nonostante la natura tassativa dei termini in oggetto vi è chi adombra dubbi in merito: *a*) alla possibilità di aderire prima che inizi a decorrere il termine per le prime adesioni (anche se, muovendo dalla considerazione che «l'attività di promozione che il *lead plaintiff* potrebbe svolgere, vieppiù nel caso in cui si tratti di un ente esponenziale, non si vede ragione per escludere la possibilità di aderire, fermo restando che l'inammissibilità della domanda dovrebbe considerarsi idonea a travolgere l'efficacia delle adesioni; al più, l'adesione preventiva potrebbe incidere sul diritto dell'aderente a ricevere le comunicazioni di cancelleria»); e *b*) alla possibilità di aderire quando il termine per la prima adesione sia scaduto ma non sia iniziato a decorrere quello per la seconda (neanche in questo caso parrebbe inammissibile l'adesione tardiva, rispetto alla prima finestra, «giacché, ferma restando l'eventuale esclusione dalle comunicazioni di cancelleria, non si ravvisa alcun motivo per impedire che l'adesione *de qua* si consolidi al momento dell'apertura, che è pur sempre virtuale, della seconda finestra»)<sup>27</sup>.

Infine, la procedura di accoglimento di adesione potrà concludersi con l'accoglimento totale (o parziale) della domanda (ne deriva che il giudice delegato emetterà un decreto che – qualificato espressamente come titolo esecutivo —condanna il resistente al pagamento delle somme o delle cose dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento) oppure con il suo rigetto (che non è espressamente regolato). Nel caso in cui abbia luogo una esecuzione forzata collettiva o una conciliazione collettiva: «a) con decreto motivato che accerta la ripartizione, effettuata dal rappresentante comune, delle somme raccolte idonee a soddisfare integralmente i diritti degli aderenti; b) con decreto motivato che accerta l'impossibilità di conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese degli aderenti, anche tenuto conto dei costi che è necessario sostenere sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 164 bis disp. att. c.p.c.»<sup>28</sup>.

5. Volgiamo ora lo sguardo alle novità concernenti il giudizio di inammissibilità. A ben vedere, tale giudizio rappresenta una fase filtro organizzata su quattro motivi specifici, che si verificano allorquando: «1) la domanda sia manifestamente infondata; 2) il tribunale non ravvisi omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'art. 840 *bis*; 3) il ricorrente versi in stato di conflitto di interessi e, infine, 4) il ricorrente non appaia in grado di curare adeguatamente i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio»<sup>29</sup>. In particolare, occorre rimarcare come detto giudizio – volto a garantire

---

<sup>26</sup> A tale proposito v. G. Scarchillo, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista*, cit., p. 127 s.

<sup>27</sup> A.D. De Santis, *L'adesione*, cit., p. 357 s.

<sup>28</sup> Così, A.D. De Santis, *L'adesione*, cit., p. 363.

<sup>29</sup> P. Pardolesi, A. Bitetto, *Tutela collettiva e azione di classe*, cit., p. 129.

tanto la possibilità (per il convenuto) di liberarsi in tempi brevi da azioni di classe pretestuose/infondate, quanto l'esigenza dei danneggiati (titolari di diritti omogenei a quelli del proponente) di essere tutelati rispetto alla possibilità di aderire ad azioni destinate ad un probabile insuccesso — rappresenta uno 'step' necessario che dovrebbe ragionevolmente svolgersi durante la prima udienza. Prova ne sia il fatto che, in assenza di precise indicazioni, sia ragionevole supporre che «il tribunale, compiute le verifiche in ordine alla regolarità del contraddittorio, nonché quelle relative alla pubblicità del ricorso e del decreto (da effettuarsi a cura dell'ufficio), possa gestire, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, (art. 702 ter, 5° comma, c.p.c.), il giudizio di ammissibilità»<sup>30</sup>.

Per questa via — muovendo dalla considerazione che sul punto in commento la scelta del legislatore parrebbe ricalcare (con qualche variante) quella compiuta con l'azione di classe *ex art. 140 bis* cod. cons.—, conviene rimarcare come: 1) con riferimento al primo motivo (ovvero quello riguardante la manifesta infondatezza della domanda) la fase di verifica contemplerà — piuttosto che la veridicità dei fatti costitutivi (salvo che questa non sia da escludersi in relazione alle prove allegare agli atti introduttivi del convegno) — la «prospettazione in diritto posta a fondamento della pretesa»; 2) in relazione al secondo (ossia all'omogeneità dei diritti tutelabili) l'attuazione della nuova azione di classe verosimilmente «ne imporrà una reinterpretazione in ragione della possibilità che i componenti della classe non siano tutti raggruppabili in una categoria omogenea, quale può considerarsi quella dei consumatori»; 3) con riguardo al terzo motivo (concernente la nozione di conflitto di interessi), mette conto puntualizzare come — differentemente dell'azione di classe consumeristica — il legislatore abbia modificato/chiarito il concetto di conflitto di interessi rilevante ai fini dell'inammissibilità dell'azione precisando (nel quarto comma dell'art. 840 *ter* c.p.c.) che debba essere circoscritto al solo rapporto con il ricorrente (sì che, sarebbero da escludere eventuali conflitti di interessi tra proponente e aderenti o tra diversi gruppi di aderenti); e, infine, 4) in rapporto al quarto motivo di inammissibilità (riguardante l'incapacità del ricorrente di curare i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio), «[c]onsiderando gli incentivi economici e le agevolazioni istruttorie, è possibile ipotizzare che il vaglio di adeguatezza non sarà tanto diretto a verificare la solidità finanziaria del proponente, quanto le qualità soggettive sue e, forse, dell'avvocato che lo rappresenta»<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> «La fase del c.d. filtro di ammissibilità è quella che, in dieci anni di applicazione dell'art. 140 *bis* cod. consumo, ha posto il maggior numero di questioni, attinenti all'individuazione delle regole sul funzionamento del processo, alla ripartizione dell'onere di dimostrare i requisiti di ammissibilità della domanda, al tipo di valutazione che i giudici sono chiamati a compiere e alle caratteristiche della decisione resa, al funzionamento della fase di reclamo e alla ricorribilità per cassazione del relativo provvedimento; la predisposizione del c.d. filtro di ammissibilità all'azione di classe è stata oggetto di critiche e di dubbi di legittimità costituzionale»: A.D. De Santis, *Il procedimento*, cit., p. 351 ss.

<sup>31</sup> A.D. De Santis, *Il procedimento*, cit., p. 352.

Sulla scorta di tale (volutamente sintetica) ricognizione dei motivi di inammissibilità della azione di classe di nuovo conio, appare giocoforza fare un cenno alla possibilità di effettuare reclamo sulla decisione di inammissibilità (entro trenta giorni dalla sua comunicazione/notificazione) dinanzi la corte d'appello (che decide entro trenta giorni in camera di consiglio). Posto che la proposizione del reclamo non è idonea a sospendere il processo davanti al tribunale (sì che, l'eventuale declaratoria di ammissibilità da parte della corte determina la trasmissione degli atti al tribunale adito per la prosecuzione della causa) e, d'altro canto, il «carattere sostitutivo e non impugnatorio del rimedio del reclamo dovrebbe consentire alla corte di secondo grado di riesaminare la domanda nel merito nel suo complesso» —, nell'ipotesi di «ravvisata ammissibilità dell'azione, la corte dovrebbe poter rimettere la causa al tribunale – che sarebbe vincolato alla sua decisione – per la prosecuzione del processo»<sup>32</sup>.

6. Infine, per quanto concerne l'ambito di applicazione della nuova azione di classe, appare opportuno volgere l'attenzione sui dati normativi che segnano le maggiori differenze con l'azione di classe consumeristica (*ex art. 140 bis cod. cons.*).

In questa ottica, va rilevato come – venendo meno il riferimento al consumatore (nonché alla tipizzazione degli illeciti tutelabili che trovava diritto di cittadinanza nel secondo comma dell'art. 140 *bis* cod. cons. – «l'azione di classe in commento prospetti una 'portata generale' tanto sul piano oggettivo (prova ne sia il fatto che l'ambito di applicazione è potenzialmente idoneo a coprire l'ampia area della responsabilità civile – in tutte le sue declinazioni – a patto che rappresentino il fondamento di diritti a contenuto risarcitorio/restitutorio), quanto su quello soggettivo (d'altronde, in virtù della disciplina in commento, la classe potrà essere costituita da un ampio ventaglio di soggetti – quali persone fisiche, giuridiche, pubbliche o private – della più varia natura giuridica cui in precedenza era preclusa qualsivoglia accesso alla tutela di classe: non solo consumatori, quindi, ma anche professionisti, imprese, investitori, associazioni senza scopo di lucro, azionisti e lavoratori) dove si prospetta un'unica vera limitazione concernente il carattere professionale della parte convenuta»<sup>33</sup>. D'altronde – prendendo le mosse dalla considerazione che l'art. 840 *bis* richiede che la condotta plurioffensiva sia stata posta in essere da «imprese» o da «enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità» nello svolgimento delle rispettive attività —, «[i]l termine impresa dovrà essere inteso in senso estensivo, eventualmente attribuendogli il significato che possiede nei diversi ambiti applicativi sulla base dei criteri dettati dalla disciplina sostanziale del rapporto»<sup>34</sup>, risultando determinante la considerazione che «non esiste un concetto di

---

<sup>32</sup> «La norma non chiarisce le modalità della trasmissione, che dovrebbe avvenire ad opera delle cancellerie, né quelle con cui il processo davanti al tribunale possa coordinarsi rispetto all'esito del reclamo camerale svolto dinanzi alla corte d'appello»: A.D. De Santis, *Il procedimento*, cit., p. 353.

<sup>33</sup> P. Pardolesi, A. Bitetto, *Tutela collettiva e azione di classe*, cit., p. 131.

<sup>34</sup> Così, R. Donzelli, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., p. 340.

impresa [...] valido per tutti i contesti normativi, ma tante fattispecie (solo in parte coincidenti), funzionali a ciascun differente contesto»<sup>35</sup>.

In relazione al profilo più prettamente processualistico, occorre rimarcare come l'art. 840 *bis* – prevedendo che i diritti soggettivi tutelabili in forma collettiva debbano essere ‘omogenei’ – si ponga in continuità con la disciplina previgente permettendo di ‘recuperare’ la riflessione dei formanti dottrinale e giurisprudenziale concernenti l'azione di classe consumeristica<sup>36</sup>. Ciò nonostante, prendendo le mosse dall'osservazione che il requisito del diritto individuale omogeneo non contempla una nozione *a priori* (ma deve essere estratto sulla base del contesto normativo in cui opera), appare necessario tenere conto di una serie di ulteriori indicazioni provenienti dal complesso della disciplina: più in dettaglio, nell'ambito del nuovo processo di classe, «mentre l'accertamento della condotta plurioffensiva e del carattere seriale e tipico che la contrassegna, tutte questioni comuni alla classe, è svolto all'esito di una istruzione probatoria idonea a raccogliere la complessità processuale della controversia, il successivo accertamento dei profili individuali subisce una limitazione in punto di prova, consistente nell'ammettere solo prove documentali o dichiarazioni scritte provenienti da terzi ai sensi del coordinato disposto degli art. 840 *septies*, 3° comma, 840 *octies*, 3° comma, 840 *undecies*, 7° comma»<sup>37</sup>.

Infine, occorre fare chiarezza circa la possibilità del giudice di valutare ulteriori profili della controversia (si pensi al grado di estensione della portata plurilesiva della condotta) al fine di determinare l'ammissibilità della domanda di classe: tali profili potranno essere valutati ai fini della sussistenza dell'interesse ad agire in via collettiva in quanto «queste giungono comunque dopo la pronuncia dell'ordinanza di ammissibilità, ovvero entro il termine da questa stabilito», o successivamente «la sentenza di accoglimento all'interno del distinto procedimento di accertamento dei diritti individuali omogenei da questa avviato ai sensi degli art. 840 *sexies*, 1° comma, lett. e)»<sup>38</sup>.

7. Tirando le fila del discorso appare opportuno evidenziare come – al netto della constatazione che «alcune soluzioni tecniche accolte meritano senz'altro

---

<sup>35</sup> M. Libertini, M. Maugeri, *L'azione di classe: definizione di impresa e diritti contrattuali dei consumatori*, in *Nuova giur. civ.*, 2012, I, p. 914.

<sup>36</sup> Per la dottrina si rinvia, orientativamente, a B. Zuffi, *Art. 140 bis cod. consumo*, in *Codice del consumo*, V. Cuffaro (a cura di), Milano, Cedam, 2019, p. 1016 ss.; A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, Jovene, 2013, p. 577 ss.; R. Donzelli, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, Jovene, 2011, p. 206 ss. Per la giurisprudenza v., in particolare, Cass. 31 maggio 2019, n. 14886, in *Foro it.*, voce *Consumatore e utenti*, Rep. 2019, n.18; Trib. Venezia 25 maggio 2017, *id.*, 2017, I2432; App. Torino 17 novembre 2015, *id.*, 2016, I, 1017; App. Milano 3 marzo 2014, *id.*, 2014, I, 1619; Trib. Milano 9 dicembre 2013, *ibid.*, 590; Trib. Napoli 9 dicembre 2011, *id.*, 2012, I, 1909; App. Torino 23 settembre 2011, *id.*, 2011, I, 3422; Trib. Roma 25 marzo 2011, *ibid.*, 1889.

<sup>37</sup> Così, R. Donzelli, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., p. 341.

<sup>38</sup> R. Donzelli, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., p. 342.

apprezzamento; altre, invece, lasciano a desiderare»<sup>39</sup> — la nuova azione di classe (varata con l'intento di soppiantare la previgente disciplina consumeristica) rappresenti un importante passo in avanti nello sviluppo della disciplina della tutela collettiva.

A ben vedere, pur permanendo inalterata l'adesione preventiva (restando estranee quelle peculiarità sottese al *opt-out* a stelle strisce — in forza del quale l'azione produce effetti per tutti i membri della classe che non si siano mobilitati per chiamarsi fuori, assicurando così il forte impatto dell'azione — che ne garantiscono l'incisività ma, al contempo, l'espongono a pesanti critiche)<sup>40</sup> non può passare inosservato il 'correttivo' rappresentato dalla possibilità di aderire in un momento successivo alla pronuncia della sentenza che accoglie la domanda: «di là dall'etica di basso conio, così si schiude la via al risarcimento di pregiudizi che pure vi sono stati e che rischierebbero, altrimenti, di rimanere impuniti, garantendo i profitti dell'autore dell'illecito di massa»<sup>41</sup>.

Sicuramente si tratta di una soluzione lontana dalla perfezione (ma comunque migliore delle precedenti versioni!) in relazione alla quale — rassegnandosi all'idea di una coperta fatalmente troppo corta, sì che, a tirarla da parte, qualcosa rimarrà inevitabilmente scoperta — solo gli sviluppi futuri ci permetteranno di verificare se possa dirsi di reale impatto per lo sviluppo/crescita della disciplina della tutela collettiva o se rappresenti l'espressione di un ennesimo *trade-off* che lascerà comunque qualcuno scontento.

---

<sup>39</sup> «Tutto questo non deve stupire più di tanto, poiché è ormai da molto tempo all'evidenza di tutti gli operatori il solido e cronico scollamento tra le istanze dei tecnici e le (mancate) risposte del legislatore, solamente in parte temperato da talune benefiche interpretazioni giurisprudenziali»: D. Dalfino, *Azione di classe e azione collettiva inibitoria*, cit., p. 321.

<sup>40</sup> Per una ricognizione in chiave comparatistica delle peculiarità individuabili nelle pieghe della *class action* nordamericana v., da ultimo, P. Pardolesi, A. Bitetto, *Tutela collettiva e azione di classe*, cit., p. 35 ss.

<sup>41</sup> Così, P. Pardolesi, R. Pardolesi, *La (azione di) classe non è acqua*, cit., p. 331.

Flavio Parente

## FOCUS ON: ALIMENTAZIONE NEL SOGGETTO SANO E NELLO SPORTIVO COME MEZZO DI PROMOZIONE DELLA SALUTE IN EPOCA COVID-19\*

### ABSTRACT

Il 31 dicembre 2019, in Cina sono stati rilevati alcuni casi di polmonite ad eziologia sconosciuta nella città di Wuhan. A seguito della diffusione del coronavirus in tutto il globo, la WHO ha dichiarato lo stato di pandemia. Per limitare la diffusione del virus, sono state necessarie numerose misure restrittive, che hanno comportato un cambiamento significativo negli stili di vita della popolazione, comprese le abitudini alimentari. Nella scienza dell'alimentazione, il modello della dieta mediterranea svolge un ruolo rilevante sulla salute dell'individuo umano per le sue proprietà benefiche, ormai comprovate da numerosi studi scientifici. Questo modello nutrizionale povero di grassi saturi e ricco di vegetali ha un ruolo importante anche durante questa pandemia.

On December 31, 2019, cases of pneumonia of unknown etiology were detected in China in the city of Wuhan. The WHO declared pandemic due to the spread of the coronavirus throughout the globe. To limit the spread of the virus, restrictive measures were necessary. However, this led to a change in the lifestyles of the population and eating habits. In food science, the Mediterranean diet model plays an important role on the health of the human individual for its beneficial properties, now proven by numerous scientific studies. This nutritional model low in saturated fats and rich in vegetables also plays an important role during this pandemic.

### PAROLE CHIAVE

Alimentazione – dieta mediterranea – nutrizione pandemica covid19 – piramide alimentare

Feeding – Mediterranean diet – pandemic nutrition covid19 – food pyramid

SOMMARIO: 1. Pandemia da Sars-cov-2. – 2. Cambiamenti negli stili di vita durante la pandemia – 3. Il modello nutrizionale della dieta mediterranea: riscontro scientifico degli effetti benefici. – 4. Calcolo del fabbisogno di nutrienti nella dieta. – 5. La composizione bilanciata dei pasti: la piramide alimentare e le porzioni. – 6. Raccomandazioni nutrizionali CREA-ISS durante la pandemia. – 7. Conclusioni.

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

1. Il 31 dicembre 2019, in Cina sono stati rilevati alcuni casi di polmonite ad eziologia sconosciuta nella città di Wuhan<sup>1</sup>. Il 9 gennaio 2020, il CDC cinese ha identificato come agente eziologico un virus appartenente alla famiglia Coronaviridae<sup>2</sup>. SARS-CoV-2 (severe acute respiratory syndrome coronavirus 2) è il nome attribuito al virus e COVID-19 (COroNaVirus Disease 19) è la sigla usata per indicare la malattia ad esso associata. L'11 marzo 2020, la WHO ha dichiarato lo stato di pandemia a causa della diffusione del virus in tutto il globo<sup>3</sup>. I coronavirus sono tra i virus ad RNA, con envelope, più grandi presenti in natura<sup>4</sup>. Tali virus sono in grado di causare malattie respiratorie, enteriche, neurologiche di gravità variabile tra forme subcliniche e forme acute o croniche fatali, in diverse specie animali<sup>5</sup>.

In genere, l'uomo sviluppa lievi infezioni delle vie respiratorie, classificabili come raffreddore comune, a causa di 4 coronavirus (HCoV-NL63, HCoV-229E, HCoV-OC43 and HCoV-HKU1) a diffusione endemica. Tuttavia, i coronavirus di origine animale, quali Sars-cov-1, Sars-cov-2, Mers-cov, coinvolgendo anche le basse vie aeree, possono causare malattie più gravi come la polmonite<sup>6</sup>.

2. Le restrizioni adottate tramite i vari provvedimenti governativi, necessarie per contenere i contagi, hanno determinato un drastico cambiamento negli stili di vita della popolazione, influenzando in particolare le abitudini alimentari e i comportamenti quotidiani. Infatti, ad una riduzione della spesa energetica giornaliera causata dalla sedentarietà e dalla diminuzione dell'attività fisica, si è, in molti casi, associato un aumento dell'intake energetico per vari motivi. In primis, gran parte della popolazione, avendo più tempo a disposizione, ha avuto la possibilità di dedicarsi di più alla cucina. Inoltre, la difficoltà di consumare con maggiore frequenza quotidiana alimenti freschi, quali frutta e verdura, si è sommata allo stress psicologico dovuto alla pandemia, generando comportamenti alimentari disfunzionali, come la fame emotiva e l'aumento del consumo di "cibi di conforto" (ad esempio snack) ricchi di carboidrati semplici, in grado di indurre la produzione di serotonina con un effetto positivo sull'umore, ma con conseguente incremento ponderale, effetti sulla glicemia, sul rischio di sviluppare

---

<sup>1</sup> F. Parente, *Sarscov 2 symptoms in Italy, France, Asia and USA*, in I. Florek, A. Koroncziovà, J.L. Zamora Manzano, *Crisis as a challenge for human rights*, Publisher Comenius University, Bratislava 2020, p. 229 ss.

<sup>2</sup> C.C. Lai, T.P. Shih, W.C. Ko, *Severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2) and coronavirus disease-2019 (COVID-19): The epidemic and the challenges*, in *Inter. Jour. Antimicrobial Agents*, 2020, p. 53 ss.

<sup>3</sup> Cfr. <https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2>.

<sup>4</sup> P. Habibzadeh, E.K Stoneman, *The Novel Coronavirus: A Bird's Eye View*, in *Int. J. Occup. Environ. Med.*, 2020, p. 65 ss.; B.J. Bosch, *The Coronavirus Spike Protein Is a Class I Virus Fusion Protein: Structural and Functional Characterization of the Fusion Core Complex*, in *J. virol.*, 2003, p. 8801 ss.

<sup>5</sup> T.P. Velavan, *The COVID-19 epidemic*, in *Trop. Med. Inter. Health*, 2020, p. 278 ss.

<sup>6</sup> V.M. Corman, J. Lienau, M. Witzernath, *Coronaviren als Ursache respiratorischer Infektionen (Coronaviruses as the cause of respiratory infections)*, in *Internist (Berl)*, 2019, p. 1136 ss.



malattie cardiovascolari ed uno stato di infiammazione cronica, che è stato dimostrato capace di aumentare l'incidenza di complicanze gravi in chi si ammala di COVID-19<sup>7</sup>.

Alcuni studi<sup>8</sup> riportano che quasi la metà della popolazione valutata ha subito un aumento ponderale di alcuni chili e circa il 70% di essa ha adottato uno stile di vita sedentario. Per contro, è noto che le esperienze negative possono portare a restrizioni alimentari per varie motivazioni. In primis, in alcuni casi lo stress può attivare i centri pomc/cart a livello encefalico, inducendo anoressia<sup>9</sup>. Per di più, una condizione di umore depresso e di monotonia derivante dal cambiamento repentino delle abitudini di vita può aver portato in alcuni soggetti, quali gli anziani, a mangiare quasi sempre lo stesso tipo di cibo, andando incontro a carenze nutrizionali<sup>10</sup>. Una metanalisi ha osservato un maggiore rischio di ospedalizzazione per forma grave di COVID-19 nei soggetti con alcune ipovitaminosi, in particolare quella a carico della vitamina D<sup>11</sup>. In definitiva, nel corso della pandemia si è assistito sia al fenomeno della malnutrizione per eccesso, che a quello della malnutrizione per difetto.

3. Già prima della pandemia, la letteratura scientifica era ricca di studi che provavano gli effetti protettivi per la salute indotti dal modello alimentare della dieta mediterranea. Infatti, nei paesi in cui tale tradizione rappresenta una consuetudine alimentare consolidata, è stato rilevato un ridotto rischio di malattie coronariche (CHD) rispetto ai paesi dell'Europa settentrionale e agli Stati Uniti d'America.

In linea con questi dati, si pone lo studio di Ramón Estruch e altri, secondo cui nei consumatori di dieta mediterranea ci sarebbe una riduzione fino al 30% del rischio di mortalità per malattie cardiovascolari.

La specifica capacità preventiva della dieta mediterranea sarebbe dovuta, tra l'altro, al basso contenuto di grassi. Infatti, lo studio *MedDiet* ha evidenziato che tale dieta migliora il profilo lipidico, la funzione endoteliale e la pressione sanguigna.

Il *Lyon Diet Heart Study* ha dimostrato come la dieta mediterranea, grazie alla presenza di acido alfa-linoleico, soprattutto nella frutta secca come le noci, è in grado di ridurre il tasso d'incidenza di cardiopatia coronarica<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> L. Di Renzo, P. Gualtieri, F. Pivari, L. Soldati, A. Attinà, G. Cinelli, C. Leggeri, G. Caparello, L. Barrea, F. Scerbo, E. Esposito, A. De Lorenzo, *Eating habits and lifestyle changes during COVID-19 lockdown: an Italian survey*, in *J. Transl. Med.*, 2020, p. 229 ss.

<sup>8</sup> L. Izzo, A. Santonastaso, G. Cotticelli, *An Italian Survey on Dietary Habits and Changes during the COVID-19 Lockdown*, in *Nutrients*, 2021, p.1197 ss.

<sup>9</sup> A.H. Ans, I. Anjum, V. Satija, *Neurohormonal Regulation of Appetite and its Relationship with Stress: a Mini Literature Review*, *Cureus*, 2018, p. 3032.

<sup>10</sup> L.M. Donini, *Rischio nutrizionale negli anziani. Manuale di valutazione e gestione per il caregiver*, in *Nestle Nutrition*, [http://alimentazione.fimmg.org/pdf\\_download/manuale\\_caregiver1.pdf](http://alimentazione.fimmg.org/pdf_download/manuale_caregiver1.pdf).

<sup>11</sup> M. Pereira, A. Dantas Damascena, L.M. Galvão Azevedo, T. de Almeida Oliveira, J. da Mota Santana, *Vitamin D deficiency aggravates COVID-19: systematic review and meta-analysis*, in *Crit. Rev. Food Sci Nutr.*, 2020, p. 1 ss.

<sup>12</sup> P. Kris-Etherton, *Lyon Diet Heart Study*, in *Circulation*, 2001, p. 1823 ss.

Lo studio *PREDIMED* ha rilevato un miglioramento della pressione sanguigna nei soggetti la cui alimentazione era basata sui canoni della dieta mediterranea con consumo di olio d'oliva<sup>13</sup>.

La metanalisi di Christina-Maria Kastorini e altri evidenzia l'azione benefica della dieta mediterranea in soggetti affetti da sindrome metabolica<sup>14</sup>.

Il ruolo benefico della dieta mediterranea viene confermato anche in epoca COVID. Infatti, qualora osservata in modo appropriato, essa rientra nella definizione di "dieta salubre": regime alimentare in cui i nutrienti si trovano sia in rapporto bilanciato, sia in quantità idonee ad assicurare il fabbisogno energetico dell'individuo<sup>15</sup>. Durante la pandemia da Sars-Cov-2, questi canoni rimangono di grande attualità e funzionalità<sup>16</sup>. Invero, diversi studi confermano che il regime della dieta mediterranea permette di introdurre un adeguato intake energetico, evitando l'eccesso ponderale e le malattie ad esso correlate, nonché garantendo un introito adeguato anche dei micronutrienti necessari per il funzionamento del sistema immunitario<sup>17</sup>. Insomma, la dieta mediterranea avrebbe un ruolo protettivo nei confronti del COVID-19 per l'azione antinfiammatoria e di modulazione dell'attività piastrinica PAF correlata<sup>18</sup>.

4. Il computo delle kcal di cui il singolo individuo necessita giornalmente (fabbisogno energetico) per bilanciare il proprio dispendio energetico, può essere effettuato mediante la valutazione del metabolismo basale attraverso equazioni predittive (ad esempio, Harris-Benedict, schofield-Fao/WHO)<sup>19</sup>, a cui va sommata la quota energetica dei LAF (livelli di attività fisica), o attraverso calorimetria o diario alimentare. In base ai LARN<sup>20</sup>, la ripartizione dei macronutrienti nella dieta dovrebbe seguire il seguente schema:

---

<sup>13</sup> E. Toledo, *Effects of the Mediterranean diet on blood pressure in the PREDIMED trial: results from a randomized controlled trial*, in *BMC Medicine*, 2013, p. 207 ss.

<sup>14</sup> C.M. Kastorini, H.J. Milionis, K. Esposito, D. Giugliano, J.A. Goudevenos, D.B. Panagiotakos, *The effect of Mediterranean diet on metabolic syndrome and its components: a meta-analysis of 50 studies and 534,906 individuals*, in *J. Am Coll Cardiol*, 2011, p. 57 ss.

<sup>15</sup> M. Triassi, *Igiene. Medicina preventiva e del territorio*, Idelson-Gnocchi, Napoli 2020, p. 201 ss.

<sup>16</sup> K. Khoramipour, A. Basereh, A.A. Hekmatikar, L. Castell, R.T. Ruhee, K. Suzuki, *Physical activity and nutrition guidelines to help with the fight against COVID-19*, in *J. Sports Sci*, 2021, p. 101 ss.

<sup>17</sup> V.J. Clemente-Suárez, D.J. Ramos-Campo, J. Mielgo-Ayuso, A.A. Dalamitros, P.A. Nikolaidis, A. Hormeño-Holgado, J.F. Tornero-Aguilera, *Nutrition in the Actual COVID-19 Pandemic, A Narrative Review*, in *Nutrients*, 2021, p. 1924 ss.

<sup>18</sup> P. Detopoulou, C.A. Demopoulos, S. Antonopoulou, *Micronutrients, Phytochemicals and Mediterranean Diet: A Potential Protective Role against COVID-19 through Modulation of PAF Actions and Metabolism*, *Nutrients*, 2021, p. 462 ss.

<sup>19</sup> D. Noè, *Attendibilità delle equazioni predittive del dispendio energetico a riposo nella grande obesità*, in *G It Diabetol Metab*, 2006, p. 54 ss.

<sup>20</sup> Cfr. [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_dossier\\_26\\_listaFile\\_itemName\\_0\\_file.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_dossier_26_listaFile_itemName_0_file.pdf).

- carboidrati: 45-60 % kcal totali ( $\geq 150$  g/die; di tipo prevalentemente complesso; quota di CHO SEMPLICI non superiore al 15 % dell'apporto calorico totale);

- lipidi: 20-35% kcal totali.

• Ripartizione:

SATURI  $\leq 10$  % kcal totali.

MONOINSATURI 10 - 15 % kcal totali.

POLINSATURI ( $\omega 3$  e  $\omega 6$ ) 10% kcal totali.

• Colesterolo < 300 mg.

- Proteine: 0,8-1 g/kg di peso corporeo (50% di origine animale e 50% di origine vegetale).

La letteratura scientifica delinea precisi valori di riferimento da tenere presenti per stilare una dieta corretta anche nel caso del soggetto sportivo<sup>21</sup>. Come indicato dalla figura sottostante, ogni sport ha il proprio dispendio energetico<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> L. Martin, A. Lambeth e D. Scott, *Nutritional practices of national female soccer players: analysis and recommendations*, in *J. Sports Sci Med.*, 2006, p. 130 ss.

<sup>22</sup> G. Salvatori, *La piramide alimentare per gli sportivi*, in CONI [https://molise.coni.it/images/molise/CR\\_Molise/SRdS/2013/doc13/La\\_piramide\\_alimentare\\_per\\_gli\\_sportivi1.pdf](https://molise.coni.it/images/molise/CR_Molise/SRdS/2013/doc13/La_piramide_alimentare_per_gli_sportivi1.pdf).



L'intake di carboidrati è compreso tra i 5-7 g/kg BW in allenamento di moderata intensità e tra i 7-12g/kg BW in allenamento di elevata intensità o di preparazione alla partita, pari al 50-60 % delle kcal totali<sup>23</sup>. L'intake proteico/die è di 1,2-1,7 g/kg BW, pari al 12-15 % delle kcal totali<sup>24</sup>.

L'apporto di lipidi raccomandato è pari al 20-30% dell'apporto energetico totale (12 g/die nell'uomo e 10 g/die nella donna): tale apporto non dovrebbe scendere sotto il limite inferiore di questo intervallo per non inficiare il fabbisogno di acidi grassi essenziali e di vitamine liposolubili; né dovrebbe essere posto al di sopra del limite superiore dell'intervallo per evitare il sovrappeso dell'atleta.

Il consumo di acqua è raccomandato sulla base dei LARN della popolazione non sportiva con la possibilità di utilizzare *sport drink* con soluzioni ipertoniche (fluidi, elettroliti e elevato >8% contenuto in carboidrati-scarsa e lenta reidratazione, elevato apporto di energia), dopo la competizione; isotoniche (fluidi, elettroliti e 6-8% di carboidrati-meno rapida reidratazione, buon apporto di energia), durante la

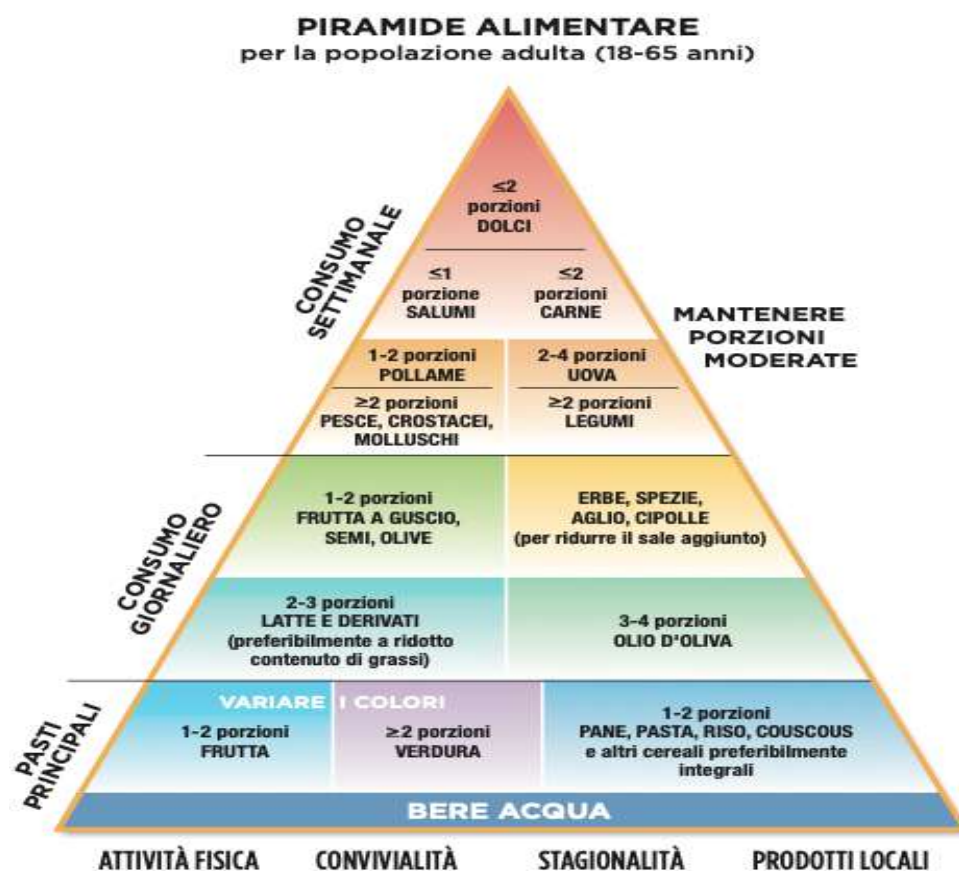
<sup>23</sup> L.M. Burke, A.B. Loucks e N. Broad, *Energy and carbohydrate for training and recovery*, in *J. Sports Sci Med*, 2006, p. 675 ss.

<sup>24</sup> K.D. Tipton, *Protein and amino acids for athletes*, in *Journal of Sports Sciences*, 2004, p. 65 ss.

competizione, ed ipotoniche (fluidi, elettroliti e  $\leq 6\%$  in carboidrati-rapida reidratazione, sufficiente apporto di energia), prima della competizione.

Lo sportivo non dovrebbe mai essere disidratato, poiché la riduzione dello stato d'idratazione del 2% può compromettere la *performance* sportiva<sup>25</sup>.

5. I cardini della dieta mediterranea sono compendati nella piramide alimentare INRAN. Si tratta di un modulo “infografico”, ossia di un sistema iconografico molto semplice da interpretare, in grado di divulgare informazioni corrette in merito ad un'alimentazione sana, completa ed equilibrata. Di seguito, è riprodotto uno schema grafico di piramide alimentare<sup>26</sup>.



Nella parte più in basso della piramide, sono riportati tutti gli alimenti da assumere quotidianamente con maggiore frequenza, seguendo un andamento decrescente fino al vertice, dove, per contro, sono presenti gli alimenti da assumere meno spesso.

<sup>25</sup> K.L. Beck, J.S. Thomson, R.J. Swift, P.R. von Hurst, *Role of nutrition in performance enhancement and postexercise recovery*. Open Access, in *J. Sports Med.*, 2015, p. 259 ss.

<sup>26</sup> Aa.Vv., *Alimentazione nella pratica motoria e sportiva*, Ministero della salute ed ISS, in [https://www.iss.it/documents/20126/0/Libretto\\_Alimentazione](https://www.iss.it/documents/20126/0/Libretto_Alimentazione).

In sintesi, secondo questo modello nutrizionale, non deve mai mancare il consumo di acqua, raccomandato, secondo i *Larn* del 2014, nella quantità di 2500 ml/die nell'uomo e di 2000 ml/die nella donna.

I vegetali ed i cereali devono essere assunti ad ogni pasto. La frutta e la verdura vanno consumate in quantità pari a due o tre porzioni al giorno.

Le uova, le carni bianche ed il pesce sono raccomandati nell'assunzione di tre volte alla settimana.

Il latte e i derivati possono essere assunti nella quantità di due o tre porzioni al giorno.

I cereali raffinati, i dolci e le carni rosse devono venire consumate con moderazione, non eccedendo nella frequenza di assunzione per più di due volte a settimana.

I salumi non dovrebbero essere assunti più di una volta a settimana.

Il vino può essere assunto in modiche quantità, prediligendo quello rosso per le proprietà antiossidanti dei polifenoli e per le qualità cardioprotettive, antilipidemiche, antinfiammatorie ed antidiabetiche del resveratolo<sup>27</sup>.

La frutta secca può essere assunta in piccole porzioni quotidiane.

Nella tabella sottostante, si riportano i valori di assunzione nella popolazione italiana, relativi alle principali porzioni di alimenti.

PORZIONI GIORNALIERE CONSIGLIATE DEI PRINCIPALI ALIMENTI		
Porzioni giornaliere consigliate	Alimento	g/per porzione
0-1	Tuberi	200
3-4	Pane	50
0-1	Prodotti da forno	50
1	Pasta o riso*	50
	Pasta fresca all'uovo	120
	Pasta fresca e ripiena	180
2-4	Insalate	50
	Ortaggi	250
	Frutta	150
2	Latte (1 bicchiere)	125
	Yogurt (1 vasetto)	125
0-1	Formaggio stagionato	50
	Formaggio fresco	100
1	Carni fresche	100
	Carni conservate	50
	Pesce	150
	Uovo (1)	circa 50
0-1	Legumi freschi	100
	Legumi secchi	30
3	Olio (1 cucchiaino)	10
0-1	Burro	10
	Margarina	10

<sup>27</sup> B. Salehi, A. Prakash Mishra, M. Nigam, B. Sener, M. Kilic, M. Sharifi-Rad, P.V. Tsouh Fokou, N. Martins e J. Sharifi-Rad, *Resveratrol: A Double-Edged Sword in Health Benefits*, in *Biomedicines*, 2018, p. 91 ss.

6. In aggiunta a quanto riportato nel paragrafo precedente, per un'alimentazione sana e bilanciata durante la pandemia, l'Istituto Superiore di Sanità ed il Centro di Ricerca Alimenti e Nutrizione, Consiglio per la ricerca in agricoltura e l'analisi dell'economia agraria (CREA), forniscono le seguenti raccomandazioni nutrizionali<sup>28</sup>:

- aumentare la quota di verdura, legumi e frutta nella nostra dieta;
- tra i cereali privilegiare quelli integrali;
- ricordarsi che bere acqua è essenziale nel quadro del mantenimento dello stato di salute e che l'acqua, non avendo calorie, non fa ingrassare;
- se cuciniamo di più perché ci gratifica e rilassa, approfittiamone per utilizzare pochi grassi e diminuiamo il consumo di sale;
- approfittiamo di questo momento per curare di più anche la varietà degli alimenti che portiamo in tavola giorno dopo giorno;
- per i bambini, inseriamo fra i tre pasti principali della giornata un paio di spuntini leggeri, come uno yogurt, un frutto, una fettina di pane e marmellata, un paio di biscotti o, a volte, anche una piccola fetta di torta;
- seguiamo le corrette norme igieniche per la manipolazione, preparazione e conservazione del cibo.
  - Cosa è importante limitare?
    - Attenzione ai cibi grassi, ad alimenti e bevande ricchi di zucchero, a un eccesso di carboidrati. Inoltre, ricordiamoci che sale, zucchero e alcol non sono necessari.
    - Attenzione agli eccessi per tutti i tipi di alimenti e ai comportamenti che possono portare a squilibrare la nostra alimentazione.
    - Attenzione a non esagerare nel riempire frigo e dispensa.
    - Attenzione ai cibi in scatola: sono comodi e pratici, ma spesso ricchi di sale e possono contenere additivi.
    - Attenzione a non rendere la postazione di lavoro di casa un tavolo pieno di snack dolci o salati da spilluzzicare continuamente.

---

<sup>28</sup> Cfr. <https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/pdf/sars-cov-2-stili-vita-alimentazione.pdf>.

- Attenzione a non credere che esista un integratore che possa sostituire una dieta bilanciata o che gli integratori di vitamine proteggano dalla COVID-19, così come da altre malattie.

7. Dunque, la salvaguardia della salute di ciascuno è una priorità ineludibile, soprattutto nel momento storico in corso nel quale la pandemia da coronavirus ha ridotto in modo drastico i controlli preventivi presso le strutture sanitarie. Una corretta alimentazione quotidiana, perciò, può svolgere un ruolo non indifferente per il benessere della salute umana.

In conclusione, i benefici della dieta mediterranea, espressione di un regime alimentare sano, equilibrato e completo, durante la pandemia da Sars-cov-2, rimangono alla base dell'alimentazione raccomandata con fini di prevenzione sia nella popolazione generale che in quella sportiva.



Giuseppe Ruggiero Parente

## DANNO PRENATALE E DINAMICHE MEDICO-LEGALI\*

### ABSTRACT

I moderni strumenti di accesso alla vita intrauterina rendono frequenti le diagnosi prenatali e gli interventi terapeutici e invasivi sul corpo del concepito, nella fase anteriore alla nascita, ma possono presentare rischi di danno per il feto (e per la madre) e sollevare problemi etico-giuridici per gli operatori sanitari. Per tale motivo, nell'ambito del fenomeno del danno prenatale, alcuni modelli comportamentali sono destinati ad interferire con il processo fisiologico della procreazione e ad assumere una specifica rilevanza alterativa, recando pregiudizio al modo di essere del concepito come entità somato-psichica in stato di formazione. La valutazione medico-legale, in questi casi, ai fini del risarcimento del danno, è volta ad individuare il rapporto tra l'entità quantitativa e qualitativa della lesione subita dal concepito e il pregiudizio di ordine giuridico che ne consegue.

Modern tools of access to intrauterine life make frequent prenatal diagnosis and therapeutic and invasive interventions on the body of the conceived, in the pre-birth phase, but can present risks of harm to the fetus (and to the mother) and raise ethical-legal problems for health workers. For this reason, in the context of the phenomenon of prenatal damage, some behavioral models are destined to interfere with the physiological process of procreation and to assume a specific alterative relevance, causing prejudice to the way of being of the conceived as a somato-psychic entity in a state of formation. The medico-legal assessment, in these cases, for the purpose of compensation for the damage, is aimed at identifying the relationship between the quantitative and qualitative extent of the injury suffered by the conceived and the legal prejudice that follows.

### PAROLE CHIAVE

Danno prenatale – modelli comportamentali – dinamiche medico-legali

Prenatal damage – behavioral models – medico-legal dynamics

SOMMARIO: 1. La dialettica dei modelli comportamentali nel danno prenatale. – 2. I *torts* procreativi nei sistemi di *common law* e nella letteratura italiana. – 3. La nascita non desiderata di un figlio sano per mancata interruzione della gravidanza o per sterilizzazione non riuscita. – 4. La *malpractice* medica verso il genitore per inesatte o intempestive informazioni diagnostiche sulle malformazioni fetali. – 5. Il danno diretto subito dal figlio per falsa o tardiva diagnosi prenatale. – 6. Le malformazioni fetali trasmesse con l'atto procreativo. – 7. I comportamenti materni pregiudizievoli alla salute del feto.

---

\* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema per *peer review*.

1. L'utilizzo diffuso di strumenti sofisticati di accesso alla vita intrauterina rende ormai frequenti non solo le diagnosi prenatali, ma pure gli interventi terapeutici e invasivi sul corpo del concepito nella fase anteriore alla nascita.

Purtroppo, le diagnosi e le terapie endouterine possono presentare concreti rischi di danno per il feto (e per la madre) e sollevare problemi etici e giuridici per gli operatori medico-sanitari. Infatti, i procedimenti diagnostici e terapeutici, talvolta, compromettono seriamente la salute, l'integrità e la vita del concepito e, forse anche della madre, e richiedono un attento giudizio di valutazione circa il rischio di non presentare adeguate indicazioni di proporzionalità e di non offrire sufficienti e ragionevoli garanzie di sicurezza<sup>1</sup>.

Per tale motivo, nell'ambito del fenomeno del danno prenatale, alcuni modelli comportamentali sono destinati ad interferire con il processo fisiologico della procreazione e ad assumere una specifica rilevanza alterativa, recando pregiudizio al modo di essere del concepito come entità somato-psichica in stato di formazione<sup>2</sup>.

In questo ambito, le modifiche (pregiudizievoli) subite dal concepito a seguito del comportamento dell'agente/omittente acquistano un significato medico-legale qualora ad esse siano collegati determinati effetti giuridici (ad esempio, effetti di tipo risarcitorio).

La valutazione medico-legale, in questi casi, deve individuare il rapporto tra l'entità (quantitativa e qualitativa) della menomazione (o lesione) subita dal concepito all'atto della procreazione, durante la vita endouterina o al momento del parto e il pregiudizio di ordine giuridico che ne consegue.

Perciò, i comportamenti da illecito procreativo interessano un'area più ampia dell'atto di procreazione in senso stretto e coprono anche la fase della gestazione, le vicende concernenti l'eventuale interruzione della gravidanza e quelle relative alla nascita del concepito<sup>3</sup>.

Tali comportamenti possono essere organizzati secondo le seguenti sequenze diacroniche<sup>4</sup>: 1) il contegno procreativo in sé considerato, che coinvolge anzitutto i genitori, se avviene senza l'ausilio delle tecnologie per la riproduzione medicalmente

---

<sup>1</sup> Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016, p. 36 ss.

<sup>2</sup> F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella, F. Parente, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. CNN* Perlingieri, II, 1, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 115 ss.

<sup>3</sup> R. De Matteis, *Danno esistenziale e procreazione*, in *Rapporti familiari e responsabilità civile*, materiali raccolti a cura di F. Longo, Torino, 2004, p. 125 ss.; P. Cendo, P. Ziviz, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003, p. 283 ss.; A. Fraccon, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 421 ss.; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004, p. 189; S. Passafiume, *Malformazioni del feto ed errori sanitari*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia* a cura di P. Cendon, Padova, 2004, II, p. 986 ss.

<sup>4</sup> F. Bilotta, *La nascita di un figlio ti cambia la vita: profili del danno assistenziale nella procreazione*, in *Il danno esistenziale* a cura di P. Cendon e P. Ziviz, Milano, 2000, p. 229.

assistita, ma anche soggetti diversi, legati all'evento, quali gli operatori medici e paramedici o l'autore di una violenza sessuale o i produttori di anticoncezionali; 2) il periodo di gestazione, durante il quale possono essere inferte lesioni alla donna e al feto: emblematici i casi dei bambini nati focomelici a causa del "talidomide" prescritto alla donna in gravidanza e del medico che, malgrado i controlli regolari, non diagnostica malformazioni sulle quali si sarebbe potuto intervenire prima della nascita, evitando più gravi conseguenze successive; 3) la sequenza del parto, la cui rilevanza per il sorgere di una responsabilità civile può essere collegata ad un errato trattamento ostetrico o ad una manovra negligente al momento della nascita<sup>5</sup>.

2. I sistemi di *common law*, da tempo, hanno raggruppato le fattispecie dei *torts* procreativi in tre distinti modelli: la *wrongful conception* (o *pregnancy*); la *wrongful life*; la *wrongful birth*.

Nella *wrongful conception* il risarcimento, chiesto dai genitori, ha fondamento nella nascita non programmata di un figlio sano; nella *wrongful life* la domanda di risarcimento è avanzata dal soggetto "malformato"; nella *wrongful birth* la richiesta è formulata dai genitori nei confronti dei sanitari per atti negligenti, imperiti o imprudenti compiuti durante il parto<sup>6</sup>.

Inoltre, mentre nella *wrongful life*, l'azione di risarcimento esperita dal figlio affetto da anomalie, in proprio o per il tramite dei rappresentanti legali, tende ad ottenere dal personale medico-sanitario il risarcimento dei propri danni esistenziali o il rimborso delle spese di assistenza medica e di laboratorio, nella *wrongful birth*, l'azione di risarcimento dei genitori è volta a ristorare il danno da essi subito a causa della

---

<sup>5</sup> In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, p. 3115 ss.; Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2597 ss., con nota di E. Giacobbe, *La filiazione «da inadempimento»* e di S. Baldassarri, *Sterilità mancata. La nascita indesiderata e la responsabilità del medico*; Trib. Palermo, 3 marzo 2003, in *Danno resp.*, 2003, p. 671 ss.; Cass., Sez. III, 21 luglio 2003, n. 11316, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 265 ss, con nota di C. Pasquinelli, *Responsabilità medica: la Cassazione torna ad interrogarsi sui temi della colpa e della causalità omissiva*; Cass., Sez. I, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Fam. dir.*, 2004, p. 559 ss., con nota di G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?* e in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 121 ss., con nota di E. Giacobbe, *Wrongful life e problematiche connesse*.

<sup>6</sup> M.C. Agnello, *La responsabilità medica nelle ipotesi di wrongful birth e wrongful life*, in *Per. e danno*, 30 agosto 2010, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); A. Guarneri, *Nascita di figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, cit., p. 850; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., p. 208 ss.; L.V. Moscarini, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, in *Famiglia*, 2005, I, pp. 204-205; M. Sella, *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, Milano, 2005, pp. 176 e 440; A.M. Princigalli, *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 679 ss.; A. Shapira, «*Wrongful life» lawsuits for faulty genetic counselling: should the impaired newborn be entitled to sue?*, in *J. medical ethics*, 1998, p. 369 ss.; R. Gillon, «*Wrongful life» claims*, in *J. Legal med.*, 1998, p. 363 ss.; J. Fletcher e A. Jonsen, *Ethical considerations in fetal treatment, in The unborn patient*, Philadelphia, 1991, p. 14 ss.; A. Jackson e M. Phil, *Wrongful life and wrongful birth. The English conception*, in *J. legal med.*, 1996, p. 349 ss.

gravidanza non interrotta e della nascita del figlio non sano<sup>7</sup>.

Nella letteratura giuridica italiana, per converso, mancano rigide categorie ordinanti, ma una sistemazione organica delle fattispecie più significative rilevate dalla prassi, proficua ai fini teoretici, può essere condotta alla luce delle seguenti aggregazioni: le fattispecie di nascita «non evitata» per l'inefficace interruzione della gravidanza; le ipotesi di nascita «non programmata» per il fallimento di interventi di sterilizzazione; i casi di nascita «non desiderata» di bambini affetti da gravi malformazioni genetiche o infettive non diagnosticate<sup>8</sup>.

3. Una prima categoria di illeciti da procreazione può ricostruirsi intorno al nucleo fondante del danno da nascita indesiderata di un figlio sano, conseguente ad errore medico per mancata interruzione della gravidanza o per sterilizzazione non riuscita<sup>9</sup>.

In questa categoria di danno da procreazione, non è la nascita a costituire la fonte di un potenziale danno risarcibile, ma la nascita non voluta o non programmata. A prospettare un problema di responsabilità è la circostanza che la nascita del figlio, in quanto non desiderata all'epoca del suo verificarsi o caduta in un momento critico per la coppia, risulta essere un evento che non fa parte dei programmi di vita dei genitori e contrasta con la loro volontà non procreativa<sup>10</sup>.

Nelle fattispecie riportabili al modello prospettato, non è in discussione il valore della vita, generata dalla nuova nascita, ma rileva il dato fenomenico che la nascita lede la libertà decisionale dei genitori in ordine all'atto procreativo. La nascita di un figlio non voluto può rappresentare, infatti, un accadimento produttivo di conseguenze

---

<sup>7</sup> M. Sella, *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, cit., p. 176 ss.; A. Guarneri, *Nascita di figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, cit., p. 850; S. Passafiume, *Malformazioni del feto ed errori sanitari*, cit., pp. 990-991; G. Sebastio, *Le malformazioni del feto*, in *Persona e danno*, a cura di P. Cendon, con la collaborazione di E. Pasquinelli, II, *Lo Statuto del danno biologico. Diritto e follia. La disciplina del danno esistenziale*, Milano, 2004, p. 1158; G. FACCI, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 564 ss.

<sup>8</sup> F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1008 ss.; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004, p. 208 ss.; L.V. Moscarini, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, cit., p. 204 ss.

<sup>9</sup> F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella, F. Parente, *Persona fisica*, cit., p. 119. Nella giurisprudenza italiana, una fattispecie riportabile alla figura della «*wrongful life*» è il caso *Jod*, caratterizzato dal fallito intervento medico di interruzione volontaria della gravidanza e dalla successiva nascita del figlio, malgrado l'atto abortivo subito dalla donna (cfr. Trib. Padova, 9 agosto 1985, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 115 ss., con nota di P. Zatti, e in *Foro it.*, 1986, I, c. 1995 ss., con nota di V. Zeno-Zencovich; App. Venezia, 23 luglio 1990, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 1320 ss., con nota di M. Zanchetti; Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 1107 ss., con nota di S. Orrù e in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 342 ss., con nota di D. Carusi).

<sup>10</sup> F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella, F. Parente, *Persona fisica*, cit., p. 120; A. Fraccon, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, cit., p. 454; A.M. Princigalli, *Quando la nascita non è un lieto evento*, cit., p. 833 ss.; S. Orrù, *La responsabilità del medico e/o dei terzi per la nascita indesiderata*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. Cendon, Padova 2004, II, p. 1065 ss.

negative, in una prospettiva di compromissione delle libertà fondamentali della persona e della salute psicofisica della donna<sup>11</sup>.

Sul piano medico-legale, nella fattispecie declinata, assume rilevanza il rapporto eziologico tra il comportamento medico e la lesione del diritto della coppia alla programmazione dell'esperienza procreativa, che comporta la violazione del diritto dei genitori ad una procreazione consapevole e responsabile (art. 1, l. 22 maggio 1978, n. 194)<sup>12</sup>.

La riconduzione ad unità dei due profili è assicurata dall'uniformità dei beni compromessi, che attengono ai diritti inviolabili della persona<sup>13</sup>.

Difatti, la decisione di procreare costituisce esercizio di un potere di autodeterminazione dei genitori, che è espressione del diritto di libertà personale previsto dall'art. 13 cost.; ciò preclude la qualificazione della condotta procreativa come comportamento *contra ius*, ma determina la responsabilità medica per il risarcimento dei danni<sup>14</sup>.

Il risarcimento comprende i danni patrimoniali subiti dai genitori per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del figlio nato sano, ma non desiderato, fino al conseguimento dell'autonomia economica del procreato<sup>15</sup>.

4. Nel diritto italiano, l'ingiustizia del danno subito dal genitore, a seguito della nascita indesiderata di un figlio affetto da malformazioni fetali non correttamente diagnosticate, può essere desunta dalla violazione del diritto dei genitori ad essere informati tempestivamente dell'esistenza delle malformazioni<sup>16</sup>.

Nella specie, sebbene l'anomalia da cui risulta affetto il nato non possa essere imputata al comportamento negligente del medico, ma derivi dall'atto di concepimento (che si pone come veicolo di trasmissione della tara ereditaria o infettiva), tuttavia, l'inesattezza e l'intempestività delle informazioni diagnostiche precludono una scelta genitoriale libera e consapevole circa la prosecuzione o l'interruzione della gestazione (art. 1, legge n. 194 del 1978) e ledono il diritto all'interruzione volontaria della

---

<sup>11</sup> F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, cit., pp. 120-121.

<sup>12</sup> App. Bologna, 19 dicembre 1991, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 1081.

<sup>13</sup> A. Fraccon, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, cit., p. 454.

<sup>14</sup> G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., p. 230.

<sup>15</sup> A. Guarneri, *Nascita di figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, cit., p. 850, nota 3.

<sup>16</sup> F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, cit., p. 127. In giurisprudenza, cfr. CEDU, Sez. IV, 26 maggio 2011, n. 27617, R.R. c. Polonia, in *Pers. e danno*, 28 luglio 2011, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, in *Dir. giust.*, 2006, 33, p. 17; Trib. Locri, 6 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 735; Trib. Bergamo, 16 novembre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 867; Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 1997, n. 3599, in *Giur. it.*, 1998, p. 2152; Cass., Sez. I, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Dir. fam.*, 2004, p. 559 ss.

gravidanza<sup>17</sup>.

Il bene giuridico protetto è la libertà di scelta tra la vita del feto e la salute (o la vita) della madre, mentre l'errore diagnostico, seguito dalla nascita del figlio malformato, rileva come lesione del diritto all'autodeterminazione procreativa<sup>18</sup>.

Infatti, a causa della negligenza del personale sanitario, risulta lesa la libertà di scelta della madre, la quale, se correttamente informata delle malformazioni del feto, avrebbe potuto abortire, alla stregua della disciplina dettata dalla legge n. 194 del 1978<sup>19</sup>, che, prima del novantesimo giorno, sembra informata ad un principio di scelta libertaria, nel cui ambito il diritto di decisione della gestante assume un peso decisamente preminente; dopo il novantesimo giorno, appare ispirata ad un principio di aborto per giusta causa, in forza del quale la protezione degli interessi del nascituro è subordinata alla tutela degli interessi della gestante<sup>20</sup>.

5. La questione della responsabilità medica per danno diretto subito dal figlio nato con *handicap* congenito, a seguito di falsa o tardiva diagnosi prenatale, presenta non poche criticità soprattutto per l'assunto che la malformazione non è una conseguenza diretta dell'errore diagnostico o terapeutico, ma deriva da una malattia genetica trasmessa dai genitori con l'atto di procreazione<sup>21</sup>.

In questa ipotesi, consentire al figlio di esercitare l'azione diretta di danni nei confronti del medico significherebbe ammettere un risarcimento a prescindere dal nesso causale tra la condotta illecita e il danno<sup>22</sup>.

Ulteriori perplessità sul potere di azione del figlio trovano fondamento nella configurazione della fattispecie come ipotesi di danno senza perdita<sup>23</sup>.

In realtà, la configurazione dell'*handicap* congenito come fattispecie di danno senza perdita, nella quale il pregiudizio consisterebbe nella menomazione *ab origine* del procreato, non individua la vera natura del danno genetico, che integra un caso di danno da inferiorità biologica o da ridotta aspettativa di vita futura<sup>24</sup>.

Il danno non consiste nella lesione della vita, ma nelle limitazioni che la vita del

---

<sup>17</sup> G. Ferrando, *Libertà, responsabilità, procreazione*, cit., p. 226 ss.; G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 566 ss.

<sup>18</sup> F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella, F. Parente, *Persona fisica*, cit., p. 128.

<sup>19</sup> G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., p. 231.

<sup>20</sup> L.V. Moscarini, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, cit., p. 196; M. Sella, *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, cit., p. 441.

<sup>21</sup> A.M. Princigalli, *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?*, cit., p. 690; G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 564 ss.

<sup>22</sup> F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1019.

<sup>23</sup> G.P. Monateri, «La marque de Cain» *la vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, in A. D'Angelo (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999, p. 298 ss.

<sup>24</sup> A.M. Princigalli, *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?*, cit., p. 694; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1020; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., p. 199 ss.

soggetto nato con malformazioni congenite subisce per effetto della privazione delle qualità psico-fisiche che connotano gli altri consociati<sup>25</sup>. La mancanza di queste qualità, infatti, impedisce al nato di vivere una vita priva delle disabilità che, una volta nato, si trova a soffrire<sup>26</sup>.

Il pregiudizio deriva dall'*handicap* e non dalla nascita: ciò porta a respingere l'opinione che mancherebbe un danno risarcibile, non essendo comparabile la vita malata con la sana, poiché questa non ci sarebbe stata. Difatti, il pregiudizio da riparare è la disabilità con cui il bambino nasce, posto che vivere una vita in condizione di menomazione fisica e psichica è di per sé una situazione esistenziale di sfavore<sup>27</sup>. In questo senso, una vita malformata può costituire una situazione esistenziale negativa<sup>28</sup>.

6. Resta da verificare l'eventuale responsabilità di uno o di entrambi i genitori verso il figlio per malformazioni genetiche o malattie trasmesse mediante l'atto procreativo<sup>29</sup>. Le fattispecie interessate da questa dialettica hanno un tratto comune: la condotta si realizza nella fase anteriore al concepimento, attraverso l'atto generativo che si pone non solo come atto di propagazione della vita, ma pure come veicolo di trasmissione della patologia<sup>30</sup>.

Perciò, la responsabilità aquiliana per atto procreativo si connota per la duplice valenza dell'atto di generazione: da un lato, condotta generativa di una nuova vita; dall'altro, comportamento fonte di danno<sup>31</sup>.

Propria questa caratteristica dell'atto non consente di riconoscere al figlio una tutela risarcitoria nei confronti dei genitori, quand'anche consapevoli della

---

<sup>25</sup> F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1020; G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 564 ss.

<sup>26</sup> E. Turillazzi, *Dialettica bioetica e concretezza giudiziaria sulla tutela giuridica della vita prenatale*, cit., pp. 749-750. Per i profili bioetici e deontologici legati alla fattispecie della procreazione medica assistita, cfr. V. Fineschi, P. Frati e E. Turillazzi, *Fecondazione assistita e codice deontologico: quale convivenza dopo l'ordinanza di Palermo?*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, p. 1676 ss.; V. Fineschi, P. Frati e E. Turillazzi, *L'ordinanza capitolina sul contratto di maternità surrogata: problematiche etico-deontologiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 594 ss.

<sup>27</sup> G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 565.

<sup>28</sup> F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1021.

<sup>29</sup> I. Gianecchini, *Malformazioni del figlio e colpe dei genitori*, in P. Cendon (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, Padova, 2004, II, p. 1005 ss.; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1011; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., p. 229; L.V. Moscarini, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, cit., p. 204.

<sup>30</sup> F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, cit., p.122; P. Rescigno, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, pp. 621- 622; G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 562.

<sup>31</sup> F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1012; P. Rescigno, *Il danno da procreazione*, cit., p. 622.

trasmissione fetale del «disordine biologico»<sup>32</sup>.

Difatti, il figlio non può invocare una tutela contro un atto - quello generativo della vita - che, quale forma di esercizio di un potere di autodeterminazione dei genitori, rientra tra i diritti inviolabili di libertà<sup>33</sup>. Se si consentisse al figlio l'azione risarcitoria, s'introdurrebbe nel sistema una sorta di diritto del nato all'eutanasia prenatale, cui farebbe seguito l'obbligo della madre all'interruzione della gravidanza.

In realtà, in presenza di patologie trasmesse con l'atto di procreazione, l'ordinamento giuridico non impone l'interruzione della gravidanza, posto che, esclusa la fattispecie dell'aborto eugenetico<sup>34</sup>, la scelta abortiva spetta soltanto alla madre nelle ipotesi in cui le malformazioni fetali incidano sulla vita o sulla salute psicofisica della stessa<sup>35</sup>: la madre, anche se informata dal medico delle malformazioni, potrebbe preferire di portare a termine la gravidanza, accettando gli oneri della nascita di un figlio affetto da *handicap*.

In breve, la madre non può essere chiamata a rispondere della decisione favorevole alla nascita del figlio, in quanto ha operato una scelta consentita dall'ordinamento. Appare allora difficile sostenere che i genitori affetti da una malattia trasmissibile possano essere dichiarati responsabili del disordine biologico del figlio: decidendo di procreare, essi hanno esercitato un loro potere di autodeterminazione, espressione del diritto costituzionale di libertà (art. 13 cost.). Ne consegue che, la condotta procreativa genitoriale, malgrado la trasmissione della malattia, non può essere censurata, né reputata anti-giuridica<sup>36</sup>.

La legge sull'interruzione della gravidanza ribadisce testualmente che il feto può essere sacrificato soltanto per la tutela della salute della madre (art. 4, l. n. 194 del 1978) e che, qualora sussista la possibilità di una sua vita autonoma, l'aborto non può essere praticato se non quando la gravidanza ed il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna (art. 6, lett. *a*, e art. 7, comma 3, l. n. 194 del 1978) e previa adozione di ogni misura idonea salvaguardia della salute del feto stesso (art. 7, comma 3, l. n. 194 del 1978)<sup>37</sup>.

In sintesi, l'ordinamento giuridico non può tutelare un interesse a non nascere o a

---

<sup>32</sup> A. Liserre, *In tema di danno prenatale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 101; F. Parente, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, cit., pp. 123-124.

<sup>33</sup> G. Oppo, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 506; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1014; E. Capobianco, *Nascituro e responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 65.

<sup>34</sup> Cass., Sez. I, 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

<sup>35</sup> C. Puccini, *Istituzioni di medicina legale*, 5 ed., Casa Editrice Ambrosiana, Milano, 1999, p. 271 ss.

<sup>36</sup> G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 563.

<sup>37</sup> N. Lipari, *La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 568 ss.; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1015.



morire<sup>38</sup>: l'interesse alla negazione della vita non può assurgere a bene giuridicamente tutelabile perché rappresenta una perdita assoluta<sup>39</sup>.

In una prospettiva medico-legale, pertanto, tutte le opzioni volte a consentire al figlio di esperire azioni risarcitorie verso i genitori per danno da atto di procreazione appaiono incongruenti<sup>40</sup>.

7. Per converso, agli effetti della responsabilità verso il figlio, hanno rilevanza i comportamenti materni dotati di pericolosità per la salute del feto, come, ad esempio, l'uso o l'abuso di sostanze alcoliche o di stupefacenti e l'assunzione di farmaci nocivi per il suo sviluppo<sup>41</sup>.

Un ulteriore rilievo possono assumere le decisioni della madre di rifiutare determinati trattamenti terapeutici necessari alla salvaguardia della salute del feto, nella consapevolezza di causare (con il rifiuto) danni irreversibili al nascituro; in merito, può richiamarsi, il rifiuto della madre di sottoporsi a trasfusioni di sangue o a taglio cesareo o ad interventi intrauterini<sup>42</sup>.

Al di fuori delle ipotesi di cessazione della gravidanza (art. 4 e 6, l. n. 194 del 1978), nelle quali, in forza della salvaguardia della salute o della vita della madre, il valore della vita del feto, di regola, soccombe al diritto di autodeterminazione della gestante, può ritenersi che l'obbligo di preservare la salute del concepito, che incombe sulla madre, imponga alla stessa condotte coerenti durante la gestazione, la cui inosservanza integra un atto illecito sanzionato da responsabilità per danno ingiusto verso il figlio<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., p. 109; G. Pugliese, *Responsabilità morale e responsabilità giuridica per la procreazione di figli ereditari*, cit., p. 1097; P. Rescigno, *Il danno da procreazione*, cit., p. 622; L.V. Moscarini, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, cit., p. 206 ss.

<sup>39</sup> Cass., 29 luglio 2044, n. 14488, cit.

<sup>40</sup> F. Carnelutti, *Postilla*, in *Foro it.*, 1951, I, c. 990; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1015.

<sup>41</sup> A. Jackson e M. Phil, *Wrongful life and wrongful birth. The English conception*, cit., p. 349 ss.; J. Fletcher e A. Jonsen, *Ethical considerations in fetal treatment*, cit., p. 14 ss.

<sup>42</sup> I. Gianecchini, *Malformazioni del figlio e colpe dei genitori*, in P. Cendon (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, cit., p. 1004; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1015.

<sup>43</sup> G. Facci, *Wrongful Life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 563 ss.; I. Gianecchini, *Malformazioni del figlio e colpe dei genitori*, cit., p. 1004; F. Parente, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, cit., p. 1016.



Francesco Perchinunno

INTERVENTI DI TERZI E “AMICI CURIAE”:  
L’EVOLUZIONE DEL CONTRADDITTORIO NEL PROCESSO  
COSTITUZIONALE\*

ABSTRACT

Le recenti modifiche alle norme integrative, adottate dalla Corte costituzionale con la deliberazione dell’8 gennaio 2020, hanno rinnovato l’interesse per il principio del contraddittorio con particolare riguardo al processo costituzionale e alla individuazione delle parti processuali che possono partecipare al giudizio dinanzi alla Corte Costituzionale. Sul punto, le più significative novità apportate al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, hanno riguardato gli “interventi dei terzi” e l’ingresso dei cosiddetti “amici curiae”; si tratta di modifiche antitetiche rispetto ad un orientamento consolidato contrassegnato dal principio di corrispondenza formale fra le parti del processo a quo e le parti del processo costituzionale e dalla rigorosa e restrittiva applicazione delle indicazioni normative risalente alle leggi degli anni ’50. L’inversione di tendenza può ricondursi all’inserimento nella Carta costituzionale del principio del contraddittorio nel quadro della riforma dell’art. 111 Cost. sul “giusto processo”.

The recent amendments to the supplementary rules, according to the resolution of 8th January 2020 adopted by the Constitutional Court, have renewed interest to the principle of the adversarial procedure with particular regard to the constitutional process and the identification of the procedural parties who can participate in the judgment before the Constitutional Court. The most significant changes made to the judgment of constitutional legitimacy concerned the "interventions of third parties" and the entry of the so-called "amici curiae"; these are antithetical changes with respect to a consolidated orientation of the Constitutional Court marked by the principle of formal correspondence between the parties to the main judgment and those of the constitutional process, in accordance with the rigorous and restrictive application of the regulatory indications dating back to the laws of the 50s. The reversal of the trend can be traced back to the inclusion in the Constitutional Charter of the adversarial principle in the framework of the reform of art. 111 Cost. on "due process".

PAROLE CHIAVE

Il principio del contraddittorio – Corte costituzionale – Amici curiae.

The adversarial principle – Constitutional Court – Friends of the court.

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*

SOMMARIO: 1. Premessa e inquadramento del tema. – 2. Il principio del contraddittorio e l'intervento del terzo nel processo costituzionale. – 3. Le recenti modifiche delle norme integrative: la partecipazione degli "Amici curiae" e l'audizione degli "Esperti". 4. Considerazioni conclusive.

1. Lo studio della natura e dell'anima "giurisdizionale" della Corte costituzionale, da sempre, è stato oggetto di un complesso lavoro esegetico<sup>1</sup>. Superata la tenace resistenza di teorie contrastive, la dottrina si è orientata sull'inquadramento della Consulta come organo titolare di un potere assimilabile a quello "giurisdizionale" e nel riconoscimento, nel processo costituzionale, di un vero e proprio processo, pur sussistendo difficoltà in termini di lineare ed uniforme applicazione dei canoni processuali e delle tecniche di giudizio. Ben chiaro e definito il ruolo assegnato dai Padri costituenti alla Consulta di "garante" dei principi costituzionali e al tempo stesso di "nuovo giudice delle leggi", investitura che segna il passaggio dal controllo "diffuso" a quello "accentrato" proclamato dalla VII disposizione transitoria e finale della Costituzione.

Il ruolo del Giudice delle leggi di organo posto a garanzia dei principi costituzionali che costituiscono l'oggetto essenziale del giudicato costituzionale, ma al tempo stesso ineludibile spazio di delimitazione della discrezionalità decisoria della stessa Corte, induce ad una lettura sistematica delle norme integrative sulla Corte costituzionale emanate pedissequamente all'entrata in vigore della stessa Carta costituzionale e le c.d. "norme processuali" costituzionali che estendono la propria efficacia sia ai processi comuni che a quelli costituzionali. Dalla disamina congiunta di tali disposizioni ci si è interrogati se non debbano valere, anche per la Corte costituzionale, taluni canoni usualmente considerati propri delle esperienze processuali comuni, tra cui quelli relativi al diritto di difesa, alla durata ragionevole dei processi e al contraddittorio tra le parti<sup>2</sup>. Sul punto, il dibattito già particolarmente intenso si è esteso al principio del contraddittorio, pur nella consapevolezza della necessità di conciliare due esigenze

---

<sup>1</sup> Il contributo costituisce un approfondimento di tematiche precedentemente sottoposte a disamina e da una più recente rivisitazione, in chiave esegetica, dell'applicazione del principio del contraddittorio nei processi costituzionali. Si rinvia, sul punto a F. Perchinunno, *Il principio del contraddittorio: genesi e attuazione costituzionale*, in *"Liber Amicorum per Sebastiano Tafaro. L'uomo, la persona e il diritto"*, Cacucci, Bari 2019, p.1055 ss.; Id. *La transizione del contraddittorio nel processo costituzionale: origini ed evoluzioni* in *Quaderni amministrativi*, 2, 2021, p. 40-59.

<sup>2</sup> Ci si è interrogati sul ruolo della Corte costituzionale nel nostro sistema istituzionale, considerandone evoluzioni e mutamenti nel rapporto tra il giudice costituzionale e gli altri poteri dello Stato. A tal riguardo, si rinvia all'accurata e disamina offerta da A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 251 ss. Sul punto, si v. anche R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Giappichelli, Torino 2017, p. 1-40.

parimenti meritevoli di attenzione: la limitazione della dialettica processuale, per effetto della quale può essere, come si conviene, salvaguardata la “giurisdizionalità” del processo costituzionale, e la sua (ragionevole) apertura (specie ai soggetti portatori di interessi collettivi), per effetto della quale viene naturalmente ad emergere il connotato propriamente “costituzionale” del processo che si celebra dinanzi alla Consulta. La dottrina si è spesso interrogata se una soluzione adeguata, con specifico riguardo ai giudizi di legittimità costituzionale sulle leggi, fosse quella di consentire a quanti dimostrino di averne “interesse” (i soggetti portatori di interessi collettivi), pur non rivestendo la qualità di parte nel giudizio *a quo*, di depositare memorie presso la cancelleria della Corte, delle quali quindi quest’ultima potesse farne l’uso ritenuto più opportuno. In tal modo, estendendo così a tali giudizi “l’invito a Corte”, come accaduto in materia referendaria, dubbi sono stati sollevati in ordine alla visibilità di tali memorie (specie se prive di menzione nella pronuncia della Corte) e per ciò che attiene alla funzionalità dei giudizi di pressoché quotidiano riscontro rispetto ai giudizi di ammissibilità dei referendum<sup>3</sup>.

La questione è rimasta a lungo aperta e il quadro esegetico che si è delineato sui soggetti legittimati a partecipare al processo costituzionale ha interessato, come accennato, sia la dottrina che la giurisprudenza costituzionale, generando un dibattito sempre vivo e particolarmente intenso<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Si allude alla rilettura del principio del contraddittorio operata dalla Corte costituzionale, aprendo le porte anche a persone fisiche e giuridiche (non parti processuali) diversamente dai precedenti orientamenti; in tal senso – per quanto concerne la natura del processo costituzionale difforme dal giudizio comune – depongono i frequenti richiami (cfr. le sentenze Corte cost., 16 gennaio 2008, n. 16, 3 febbraio 2000, n.31 e le pronunce da 45 a 49, rese dalla stessa Consulta, tutte in data 28 gennaio 2005) ove emerge la necessità di preservare le peculiarità di un procedimento che comunque deve «tenersi e concludersi secondo una scansione temporale definita»; sia consentito rinviare, sul punto, a F. Perchinunno, *Il principio del contraddittorio*, cit., spec. p. 1078; Id., *Riflessioni a prima lettura sull’ordinanza n.132/2020 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 7 ottobre 2020, p. 220.

<sup>4</sup> Tra la copiosa produzione scientifica sul tema, cfr.: A. Ruggeri, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Quaderni del “Gruppo di Pisa”*, p. 1 ss., 2011; G. Abbamonte, *Il processo costituzionale italiano*, vol. 1, *Il sindacato incidentale*, Jovene, Napoli 1957, p. 126 e ss.; R. Romboli, *Ampliamento dell’accesso alla Corte costituzionale e introduzione di un ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2000, p. 638 ss.; P. Carrozza, R. Romboli, E. Rossi, *I limiti all’accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. Romboli (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 679 ss.; N. Zanon, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in M. D’Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2018, p. 15 ss.; M. D’Amico, *I soggetti del processo costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una rilettura*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta, Quaderni del “Gruppo di Pisa”*, Giappichelli, Torino 2011, p. 223 ss.; L. Califano, *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Giappichelli, Torino 2003, p. 134; A. Saitta, *Gli effetti «motivanti» del contraddittorio nel processo costituzionale*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino 1998, p. 570 ss.; V. Angiolini, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, ivi, p. 3 ss.; Id., *La Corte senza*

2. Nel quadro delle garanzie che la Carta costituzionale offre alle parti costituite in un giudizio, un ruolo fondamentale è assegnato al principio del contraddittorio, espressione di garanzia di giustizia ancorata alla regola secondo la quale nessuno può subire gli effetti di una sentenza, senza avere avuto la possibilità di essere partecipe della formazione del provvedimento giurisdizionale. L'elevazione al rango costituzionale del principio del contraddittorio all'indomani dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 2/1999<sup>5</sup>, ne ha configurato un nuovo quadro interpretativo, sebbene l'intervento della Consulta si fosse già da tempo orientato sulla necessità di inquadrarne natura e limiti con riferimento ai vigenti ordinamenti processuali. L'esame del novellato art.111 della Carta costituzionale, infatti, ha comportato una rivalutazione del principio del contraddittorio, prendendo le mosse dall'antico brocardo “*audiatur et altera pars*”<sup>6</sup>.

---

il «processo», o il «processo» costituzionale senza processualisti?, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Giappichelli, Torino 1991; P. Carrozza, *Il processo costituzionale come processo*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Giuffrè, Milano 1991, p. 63 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale, Oggetti, procedimenti, decisioni*, vol. II, Il Mulino, Bologna 2018, p. 43 ss.; A. Morelli, *Del giudizio di ammissibilità del referendum come «processo» costituzionale (a proposito dell'intervento di terzi nel procedimento davanti alla Corte)*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino 2001, p. 142 ss.; G. D'Orazio, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino 1992, p. 171 ss.

<sup>5</sup> Si tratta della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, "Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione", in G.U. n. 300 del 23 dicembre 1999. In dottrina, *ex multis*, M. Cecchetti, *Giusto processo*, in *Enc. dir.*, agg., vol. V, Giuffrè, Milano 2001, p. 609 ss.; L.P. Comoglio, *Contraddittorio (principio del)*, *Dir. proc. civ.* in *Enc. giur.*, V, agg., Treccani, Roma, 1997, p. 2 ss.; G. Martinetto, *Contraddittorio (Principio del)*, in *Nov. dig. it.*, Utet, Torino 1959, p. 458 ss.; A. Nasi, *Contraddittorio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano 1961, p. 720; M. Boato, *I principi del 'giusto processo' tra la Bicamerale e le nuove iniziative parlamentari*, in *Rass. parlam.*, 1999, p. 521 ss.; S. Fois, *Il modello costituzionale del "giusto processo"*, in *Rass. parlam.*, 2000, p. 575 ss.; M. Bove, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. dir. proc.*, II, 2002, p. 479 ss.; L.P. Comoglio, *Le garanzie fondamentali del giusto processo*, in *Nuova giur. civ.*, 2, 2001, p. 1 ss.; G. Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, p. 405 ss.; G. Spangher, *Il giusto processo penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 255 ss.; A. Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, V, 2000, p. 241 ss.; sia consentito, infine, rinviare a: F. Perchinunno, *Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione*, Cacucci, Bari 2005, p. 3 ss.; Id., *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 1074 ss.

<sup>6</sup> Sin dall'antichità, il principio del contraddittorio ha rivestito un ruolo connaturato al processo, costituendo un elemento imprescindibile per ambire all'espletamento di un "giusto processo" e trarre beneficio dagli effetti di una giusta decisione. La necessità del contraddittorio processuale ha trovato, nel tempo, solo costanti elementi di suffragio negli schemi processuali e, a seguito dell'ingresso nella struttura normativa della Carta costituzionale, si è generata una progressiva riscoperta. Il principio del contraddittorio, in sostanza, ha iniziato ad assumere una valenza autonoma rispetto ad altri principi ad esso correlati, iniziando progressivamente a farsi spazio, in seno ad un più ampio profilo di natura fortemente garantista. Nel mondo contemporaneo, il principio del contraddittorio, ha assunto la veste di elemento costitutivo del diritto alla difesa e ha trovato la giusta consacrazione, come valore universale, in tutte le Carte costituzionali degli Stati democratici e nei Patti per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. L'anima del contraddittorio è nel diritto delle parti ad interloquire sui temi oggetto della decisione, nella loro facoltà di farsi ascoltare dall'organo giudicante, personalmente o a mezzo di un difensore, prima di qualsiasi decisione, anche non definitiva, sulle istanze proposte e nell'esigenza che questa sia emanata

Le difficoltà interpretative emerse dopo la novella di cui alla legge costituzionale n.2/1999 sono apparse ancor più complesse nel processo di applicazione del principio in esame alla giustizia costituzionale<sup>7</sup>. Deve premettersi che il riconoscimento del

---

secondo prospettive esaminate e discusse dagli antagonisti. Si tratta, in definitiva, di un principio che consente di attribuire alle parti, il ruolo di protagoniste del processo, di concedere loro tutte le opportunità per convincere il giudice circa la rilevanza della contrastante posizione processuale assunta e di consentire che le attività delle parti possano intersecarsi di guisa che, ciascuna di esse, possa offrire alle altre e al giudice le ragioni che meglio rappresentano i propri interessi e riesca, allo stesso modo, a interloquire sulle ragioni delle altre. La configurazione che il principio ha assunto nel tempo è quella di una concreta pretesa di attribuzione di effettive facoltà di compartecipazione “dinamica” e non certo di una garanzia di uguaglianza “astratta e statica”, realizzabile con la formale attribuzione di pari possibilità. Le origini remote e connaturate alla natura del processo, ci riportano all’affermazione del contraddittorio già nella πόλις attica e nella Roma repubblicana. Il termine *αγών*, in senso etimologico, aveva assunto come primo significato, quello di “assemblea”, poi rimodulato in “lite” o “duello”; con ciò si evidenziava l’importanza che gli antichi greci attribuivano al momento “partecipativo” anche nella dinamica processuale. Nella fase cruciale del processo, faceva poi ingresso la *διάλεξις*, intesa come “abilità di discutere in pieno contraddittorio” tramite l’esposizione delle argomentazioni che tendono a dimostrare la fondatezza di una tesi anziché di un’altra contrapposta. Il “contraddittorio greco” assume la configurazione di un contenitore non soltanto di valori che risiedono nell’universo della πόλις, ma anche di un metodo di ricerca di una verità colta attraverso l’uso di strumenti retorici, che pur se una verità solo processuale, comunque rispondente a quel modello dialogico di tipo platonico che ha ispirato la nascita del principio dialettico. La “*controversia forensis*” della Roma repubblicana rievoca un’epoca in cui il contraddittorio fece il suo ingresso in virtù di un’esigenza epidittica o dimostrativa che era alla base dell’orazione che occorreva per confermare (*confirmatio*) le proprie ragioni difensive o per confutare (*confutatio*) gli argomenti di parte avversa. In definitiva il principio del contraddittorio, nell’ordinamento processuale greco-romano, aveva già assunto una natura coesistente al processo e, dal XVIII secolo in poi, si registrò un’ulteriore evoluzione, divenendo una delle ineludibili regole logico-strutturali di ogni strumento di garanzia processuale. Nel diritto comune, la rielaborazione di un passo della Genesi aveva permesso di elevare il contraddittorio a simbolo dei diritti naturali; tale fondamento in principi di ragione naturale permane nella letteratura europea dell’800: lo si considerava immanente al processo stesso. La dottrina formatasi nel vigore del codice di procedura civile del 1865 riconosceva al principio del contraddittorio un fondamento logico, derivante dalla struttura tipicamente bilaterale del rapporto giuridico dedotto e un fondamento pratico, poiché la presenza del contraddittorio si poneva quale condizione dell’utilità della sentenza. Si trattava di un valore assiologico destinato però a vedere la fine con l’affermarsi di un “esprit positiviste”, perché sostituito da un’accezione più concreta, da intendersi come il frutto di un procedimento di astrazione e generalizzazione delle singole norme particolari e di altri elementi presenti nel sistema, tanto da divenire parte di una categoria secondaria, disgiunta dal fenomeno processuale. Il diverso approccio di cui si è accennato, consente di comprendere, con il giusto equilibrio, l’opinione espressa da Carnelutti che scriveva «il principio del contraddittorio è un mezzo e non il fine, pertanto il suo difetto non può in ogni caso pregiudicare lo scopo del processo: questo avviene quando vi sono ragioni per contraddire, ma quando non ve ne sono è un ingombro; una decisione giusta può aversi anche senza la cooperazione delle parti». A partire dalla metà del secolo scorso, iniziò a maturarsi una nuova sensibilità e, a differenza delle costituzioni dell’800 e del primo ’900, accanto alle garanzie sostanziali di libertà dei cittadini e del presidio istituzionale della separazione dei poteri, nelle costituzioni continentali del dopoguerra furono inserite specifiche garanzie di contenuto processuale che caratterizzavano, già da secoli, le fonti costituzionali del mondo anglosassone (si pensi alla *Magna Carta*, all’*Habeas Corpus Act* e al *Bills of rights*).

<sup>7</sup> Sempre M. Cecchetti, *Giusto processo*, cit., p. 610 ss., il quale precisa, altresì, a supporto della decisa contestazione sui profili di incostituzionalità di alcune tipologie di procedimenti, che «il principio *audiatur et altera pars* non comporta affatto la necessità dell’effettiva realizzazione di un esplicito

fondamento costituzionale del principio del contraddittorio ha generato forti dubbi circa le modalità di attuazione del principio del contraddittorio nella complessa e articolata tipologia di giudizi che caratterizzano la giustizia costituzionale. Se è vero che la stessa si caratterizza, nel nostro ordinamento, per una evidente assonanza di principi e di regole processuali con il processo ordinario, l'inserimento degli stessi nell'apparato normativo costituzionale, potrebbe indurre ad una nuova disamina interpretativa delle regole di gestione dei processi costituzionali, con particolare riguardo alla legittimazione processuale delle parti dinanzi al Giudice delle leggi. In realtà, non si tratterebbe di una questione del tutto nuova se si considera che la partecipazione ai giudizi dinanzi alla Corte Costituzionale costituisce, ormai da svariati anni, uno dei dibattiti più complessi ed interessanti nel quadro della giustizia costituzionale. Pur tuttavia, le regole dettate dalle vigenti disposizioni normative risalenti, nel caso di specie, per la quasi totalità agli anni '50, oggi richiedono sempre più incessantemente una rivisitazione interpretativa, proprio alla luce delle riforme e dell'elevazione al rango costituzionale dei principi già sanciti nei codici di rito<sup>8</sup>. Più specificatamente, l'inquadramento del principio del contraddittorio nell'ambito dei diritti costituzionali che rafforzano e caratterizzano il diritto alla difesa, induce a ritenere applicabili dette garanzie difensive, a ragion veduta, anche alle parti del processo costituzionale.

Il processo di dilatazione del quadro dei soggetti legittimati alla partecipazione ai giudizi celebrati dinanzi alla Consulta, come detto, pur registrando un considerevole incremento negli ultimi anni, ha origini più remote della novella costituzionale del 1999 e alla consacrazione costituzionale delle garanzie sul "giusto processo"<sup>9</sup>. Va premesso

---

confronto dialettico tra le parti, ma soltanto l'inderogabilità dell'effettiva ed eguale possibilità che il confronto si realizzi».

<sup>8</sup> Si vedano, per tutte, la L. 11 marzo 1953, n. 87, (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale, in G.U. 14 marzo 1953, n. 62) e la recente deliberazione 7 ottobre 2008, (Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, in G.U. 7 novembre 2008, n. 261), in particolare: l'art. 4. Interventi in giudizio. – 1. L'intervento in giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri ha luogo con il deposito delle deduzioni, comprensive delle conclusioni, sottoscritte dall'Avvocato generale dello Stato o da un suo sostituto. 2. Il Presidente della Giunta regionale interviene depositando, oltre alle deduzioni, comprensive delle conclusioni, la procura speciale rilasciata a norma dell'art. 3, contenente l'elezione del domicilio. 3. Eventuali interventi di altri soggetti, ferma la competenza della Corte a decidere sulla loro ammissibilità, devono aver luogo con le modalità di cui al comma precedente. 4. L'atto di intervento di cui ai commi precedenti deve essere depositato non oltre venti giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'atto introduttivo del giudizio. 5. Il cancelliere dà comunicazione dell'intervento alle parti costituite. Sul punto, cfr. P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino 1996, p. 683 ss.; M. Siclari, *Il procedimento in via incidentale*, in R. Balduzzi, P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino 2007, p. 12 ss.

<sup>9</sup> Un orientamento della Corte teso ad una estensione del contraddittorio nel giudizio costituzionale ai soggetti portatori di interessi diffusi e collettivi quali terzi intervenienti era stato auspicato da L. D'Andrea, *L'intervento di terzi interessati e la tutela di interessi pubblici, collettivi e diffusi nel giudizio incidentale*, in V. Angiolini (a cura di) *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi, Atti del Seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, Giappichelli, Torino 1998, p. 87 ss.; volendo, F. Perchinunno,



anzitutto che, in ordine alla nozione di “parte” nel processo costituzionale e alle modalità di accesso in via incidentale, essa va distinta dalla nozione di “parte” nei giudizi comuni, nei quali assume tale qualità solo il soggetto che promuove il giudizio per la tutela di un proprio diritto o interesse e colui nei cui confronti l’azione è formulata. Nelle more del giudizio, inoltre, è possibile l’integrazione di altri soggetti con interventi volontari, o su istanza di parte o per ordine del giudice (come nel caso del processo civile e amministrativo)<sup>10</sup>.

Secondo il costante orientamento della Corte, in base all’art. 25 della predetta legge n. 87 del 1953, n. 87 e all’art. 3 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale del 7 ottobre 2008, nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale possono costituirsi i soggetti che erano parti del giudizio *a quo* al momento dell’ordinanza di rimessione<sup>11</sup>; sicché la partecipazione si estende alle parti, pur se contumaci (attori, convenuti, ricorrenti, resistenti, controinteressati, intervenienti), costituite davanti al giudice comune prima dell’ordinanza di rimessione alla Corte, oltre ai Presidenti delle due Camere del Parlamento o al Presidente del Consiglio regionale interessato (come sancito dall’art. 23, comma 4, l. n. 87 del 1953), rimanendo precluso l’accesso innanzi alla Corte ai meri intervenienti non tempestivamente costituiti nella controversia davanti al giudice comune. La nozione più condivisa è quella di “parti sostanziali” intese, appunto, come quelle tra le quali è in corso la lite dalla quale trae origine la pregiudiziale di legittimità. Restava da verificare, pertanto, se le porte del giudizio costituzionale si sarebbero aperte ad altri soggetti diversi dalle parti della controversia nel corso della quale la pregiudiziale è stata sollevata, atteso che, come accennato, la selezione delle parti legittimate a partecipare al processo incidentale sulla legge per molti anni è stata caratterizzata dal principio di corrispondenza formale fra le parti del processo *a quo* e le parti del processo costituzionale. Tale indirizzo giurisprudenziale consolidatosi per oltre vent’anni, era ancorato ad una resistenza verso le sollecitazioni provenienti da una parte della dottrina volte ad aprire il ventaglio dei soggetti contraddittori e la partecipazione al giudizio costituzionale incidentale era consentita solo alle parti in causa.

Un indirizzo di maggior apertura si è registrato negli anni ’80 e ’90 del secolo scorso, con l’ingresso autorizzato a Corte di soggetti estranei al giudizio *a quo*, attraverso l’elaborazione di nuovi criteri tra cui la constatazione che, ove un’eventuale pronuncia di accoglimento della questione di costituzionalità eserciti un’influenza

---

*Il principio del contraddittorio tra origini, fondamento costituzionale e attuazione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Anno II, Cacucci, Bari 2009, p. 371 ss.

<sup>10</sup> La disciplina normativa afferente alla corretta instaurazione del contraddittorio è dettata dagli artt. 23 e seguenti della legge n. 87/1953 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale).

<sup>11</sup> Sul punto, *ex plurimis*, Corte cost. sentenze n. 85 del 2017, n. 276 del 2016 (e allegata ordinanza letta all’udienza del 4 ottobre 2016), n. 223 del 2012 e n. 356 del 1991.

diretta, tale da produrre un pregiudizio irrimediabile della posizione soggettiva fatta valere - secondo la stessa Corte - la mancata ammissione della costituzione, potrebbe dare luogo ad un giudizio direttamente incidente su situazioni soggettive, senza la possibilità per i titolari di “difenderle” come parti del processo stesso<sup>12</sup>. Il processo costituzionale sembra subire una trasformazione da processo “senza parti” a processo che deve svolgersi alla presenza di tutti i soggetti titolari o rappresentativi di interessi che possono essere irrimediabilmente pregiudicati dall’eventuale pronuncia di accoglimento della questione di costituzionalità; si delinea un primo approccio in termini di “apertura” del processo costituzionale alla società civile in uno spirito di una maggiore «democratizzazione» del contraddittorio.

In tema di costituzione ed intervento in giudizio, relativamente alla fase introduttiva del giudizio di costituzionalità la Corte, secondo un orientamento consolidato, nel dichiarare inammissibili le costituzioni e gli interventi in giudizio effettuati tardivamente rispetto al previsto termine perentorio ha ribadito, in più occasioni, sia il principio della necessaria corrispondenza tra le parti del giudizio incidentale di costituzionalità e quelle costituite nel giudizio principale, sia il principio della necessaria sussistenza di un interesse diretto alla soluzione della questione, non essendo sufficiente un mero interesse riflesso ed eventuale, rispetto al *thema decidendum*, a legittimare l’intervento di soggetti diversi dalle parti del giudizio a *quo*<sup>13</sup>.

Ed infatti, pur essendosi consolidato, in passato, il principio di inammissibilità dell’intervento in giudizio da parte di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto tra organi costituzionali – ancorché “interessati” alla risoluzione del giudizio costituzionale – si è gradatamente propagato l’orientamento che ha ritenuto di derogare a tale regola, nell’ambito delle controversie per conflitto di attribuzione tra organi parlamentari o Regioni avverso provvedimenti del giudice penale, in ragione del particolare interesse dell’interveniente. Tra le ragioni sottese al nuovo indirizzo condiviso progressivamente dalla Consulta, vi è anzitutto quella di non vedere compromessa la possibilità di agire in giudizio a tutela dei suoi diritti, da parte del

---

<sup>12</sup> Il principio enunciato è espresso fra le altre, nelle sentenze Corte cost. 18 giugno 1992, n. 314 e 29 giugno 1992, n.315.

<sup>13</sup> In tema di costituzione ed intervento in giudizio, relativamente alla fase introduttiva del giudizio di costituzionalità, la Corte, nel dichiarare inammissibili le costituzioni e gli interventi in giudizio effettuati tardivamente rispetto al previsto termine perentorio, ha frequentemente ribadito, come detto, sia il principio della necessaria corrispondenza tra le parti del giudizio incidentale di costituzionalità e quelle costituite nel giudizio principale, sia il principio della necessaria sussistenza di un interesse diretto alla soluzione della questione, non essendo sufficiente un mero interesse riflesso ed eventuale rispetto al *thema decidendum*, a legittimare l’intervento di soggetti diversi dalle parti del giudizio a *quo*. In tal senso, cfr. Corte Cost., ordinanza 6 marzo 2001, n.53, in *Giur. cost.*, 2001, p. 333; sentenza 4 luglio 2001, n. 210, *ivi*, 2001, p. 1895; sentenza 6 luglio 2001 n. 234, *ivi*, 2001, p. 2081; ordinanza 8 giugno 2001, n. 183, *ivi*, 2001, p. 1421.

soggetto che, nel procedimento penale originario (giudizio *a quo*), si trovi nella sua posizione processuale di parte civile<sup>14</sup>.

Particolare rilievo hanno assunto, sul punto, le motivazioni addotte dalla Corte costituzionale nella sentenza n.76 del 2001, nella quale si decise per l'ammissibilità dell'intervento spiegato nel giudizio dalla parte civile costituita nel procedimento penale (*a quo*) per il reato di diffamazione aggravata a mezzo stampa. Nel caso di specie, l'atto propulsivo del procedimento era rappresentato dal "decreto che dispone il giudizio", ritenuto dalla Regione ricorrente come invasivo delle proprie attribuzioni costituzionali in quanto, nella specie, la condotta incriminata si sarebbe sottratta al sindacato del giudice penale operando, per essa, l'immunità sancita dall'art.122, comma 4 Cost. In motivazione la Corte ha evidenziato come costante orientamento, avesse già affermato che nei giudizi per conflitto tra poteri o tra enti non era consentito l'intervento di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto, precisando che un simile orientamento era diretto «a salvaguardare il tono costituzionale dei conflitti affidati al giudizio della Corte e a far sì che questi non mettano capo a controversie di diritto comune»<sup>15</sup>.

La Consulta ha precisato, inoltre, che

la preclusione all'intervento si ricollega, dunque, all'esigenza di impedire che la controversia sulla menomazione, che si assume esser derivata dall'esercizio anomalo di una attribuzione costituzionale, si confonda con l'oggetto di un contenzioso devoluto o devolvibile alla giurisdizione comune: così da mantenere in capo ai soli contraddittori necessari – e non anche agli eventuali soggetti comunque "interessati" alla risoluzione del giudizio costituzionale – il potere di azione e di resistenza, e quindi il corrispondente potere di partecipare al procedimento davanti a questa Corte.

Il profilo che ha suscitato particolare interesse ed in ordine al quale è scaturito un quadro interpretativo complesso e articolato è quello connesso ai potenziali effetti di una decisione di inammissibilità dell'intervento spiegato nel giudizio costituzionale dalla parte civile. Infatti, nell'ipotesi in cui si rivendichi la sussistenza dell'eccezionale garanzia di non perseguibilità sancita dall'art.122, comma 4 Cost. e si neghi in radice, pertanto, il diritto di azione in capo a chi pretende di aver subito una lesione da una condotta "scriminata" dalla garanzia medesima, la valutazione sull'esistenza della garanzia svolta dalla Corte, in sede di conflitto, finirebbe per sovrapporsi all'analoga valutazione demandata al giudice del processo comune. Ecco che la declaratoria di preclusione dell'intervento nel giudizio costituzionale, finirebbe per compromettere la stessa possibilità, per la parte, di agire in giudizio a tutela dei suoi diritti.

---

<sup>14</sup> Corte cost., sentenza 23 marzo 2001, n. 76, in *Giur. cost.*, 2001, p. 488.

<sup>15</sup> Si tratta dell'orientamento espresso nella sentenza Corte cost. 27 ottobre 1999, n. 426, nonché nel medesimo senso, *ex plurimis*, nelle pronunce Corte cost. 11 febbraio 1999, n.35, 13 luglio 1997, n.375 e 6 settembre 1995, n.419).

La rivisitazione operata dalla Consulta mediante i suindicati principi, fortemente innovativi rispetto all'orientamento conservatore e più restrittivo del passato, sembra convogliare nella conclusione che la scelta di "derogare" al principio di inammissibilità dell'intervento in giudizio da parte di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto, appaia ulteriormente avvalorata dalla circostanza che l'esigenza del contraddittorio – fortemente riaffermata dalla nuova formulazione del secondo comma dell'art.111 Cost. – si rifletta anche sul piano della partecipazione al giudizio riservato alla Corte, derivando da esso la risoluzione di un tema del tutto "pregiudiziale", come quello relativo alla sussistenza o meno nel caso concreto del potere di agire.

Ed infatti, il percorso interpretativo tracciato dalla Consulta è stato condiviso in svariate pronunce successive, ove è stato ribadito che anche se non è consentito, nei giudizi per conflitto di attribuzione, l'intervento di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto o a resistervi, tuttavia può verificarsi che l'oggetto del conflitto sia tale da coinvolgere, in modo immediato e diretto, situazioni soggettive di terzi, il cui pregiudizio o la cui salvaguardia dipendono imprescindibilmente dall'esito del conflitto<sup>16</sup>. In tali casi, la Corte ha ritenuto ammissibile l'intervento di soggetti, parti nel giudizio ordinario, nelle ipotesi in cui la decisione oggetto del conflitto sarebbe condizionata, senza possibilità di far valere le loro ragioni, dall'esito del giudizio relativo al conflitto<sup>17</sup>.

È questa la situazione che è stata riscontrata in numerosi giudizi, nei quali l'oggetto è stato ritenuto direttamente influente sulla definitiva affermazione o negazione dello stesso diritto delle parti intervenienti di agire nel giudizio comune.

Non sono mancate le critiche al suindicato orientamento di "apertura" operato dalla Corte in ordine ai diritti delle altre parti processuali; il fondamento di tali rilievi critici si è ancorato sia sul chiaro, inequivocabile e sintetico dettato normativo – sia pur di leggi risalenti agli anni '50 – oltreché, sul concreto pericolo che tale interpretazione "estensiva" potesse ingenerare un processo di dilatazione inarrestabile delle pretese processuali di altri soggetti ed enti cui la Corte potrebbe imbattersi.

Ad esempio, sempre nel giudizio per conflitto tra poteri – promosso, nella specie, dalla Camera dei deputati nei confronti di un'autorità giudiziaria – la Corte ha dovuto disattendere le aspettative di altri soggetti, dichiarando che non può essere invece ammesso ad intervenire il parlamentare imputato in procedimenti penali, che si ritenga leso dai provvedimenti giudiziari impugnati, dal momento che i diritti inerenti alla qualità di imputato, possono essere sempre fatti valere con gli ordinari strumenti processuali e non possono ritenersi trasposti in un giudizio nel quale deve decidersi solo in ordine alle denunciate lesioni delle attribuzioni costituzionali dell'Assemblea parlamentare ricorrente<sup>18</sup>. In sostanza, la Consulta ha ritenuto che sia in tema di

<sup>16</sup> Corte cost., sentenza 5 giugno 2007 n. 195, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1886.

<sup>17</sup> Corte cost., sentenza 14 ottobre 2005 n. 386, in *Giur. cost.*, 2005, 3812; Corte cost., sentenza 26 maggio 2004 n. 154, *ivi*, 2004, p. 1582; Corte cost., sentenza 23 marzo 2001 n. 76, *ivi*, 2001, p. 488.

<sup>18</sup> Si tratta della sentenza della Corte cost. 6 luglio 2001 n. 225, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1974.

applicabilità dell'art.68 Cost., che nelle ipotesi di operatività dell'art.122 Cost., la difesa degli organi ed enti coinvolti nel processo costituzionale, debba ritenersi assorbente rispetto alle pretese difensive dei soggetti interessati (membri del Parlamento o consiglieri regionali).

Il dibattito ha assunto contorni sempre più ampi ed interessanti se si considera l'orientamento espresso dalla Consulta nella determinazione del quadro dei soggetti legittimati a partecipare al giudizio di ammissibilità dei referendum abrogativi. Sul punto, giova evidenziare, ma solo per sintesi, che il Giudice delle leggi ha intrapreso, quasi parallelamente al succitato indirizzo, un nuovo percorso interpretativo non privo di analogie, aprendo le porte del processo costituzionale anche a soggetti, enti e associazioni non legittimati dalle vigenti disposizioni normative – risalenti come detto alle leggi degli anni '50 – e, nello specifico, anche alle disposizioni di cui alla legge n.352/1970<sup>19</sup>. Il principio sotteso all'innovativo indirizzo giurisprudenziale si fonda sull'esigenza di tutela di diritti e interessi di cui possono essere portatori anche soggetti diversi dalle parti legittimate al giudizio referendario, ma nel caso di specie il richiamo al principio del contraddittorio non ha assunto il carattere prioritario nella scelta operata dalla Consulta.

L'accennato orientamento attestante la rivisitazione, in senso estensivo, del principio del contraddittorio e dei criteri di accesso e partecipazione ai giudizi costituzionali, ha generato dubbi se il rispetto delle regole processuali possa entrare nell'opera di bilanciamento della Consulta, oppure se i profili siano tra loro incomparabili. L'analisi sui profili attuativi del principio del contraddittorio nell'ambito della giustizia costituzionale costituisce, infatti, un richiamo alla necessità del rispetto delle regole processuali, oltre alla costante tutela dei valori costituzionali; in tal senso, pur considerando che il processo costituzionale è stato concepito come espressione *sui generis* di giustizia, non può negarsi che esso debba recepire le regole che sovrintendono al processo comune, anche nei suoi istituti più classici (si pensi al diritto alla difesa, all'intervento delle parti e al correlato interesse di agire).

Si tratta di una spiccata peculiarità che si manifesta già dall'attribuzione, al Giudice delle leggi, di un potere normativo attraverso l'approvazione di norme integrative, facoltà che integra uno dei pochi casi in cui un giudice disciplina il proprio processo. Allo stesso modo, appare innegabile il margine più ampio riconosciuto alla Consulta nell'interpretare le regole processuali e soprattutto nell'integrare le stesse attraverso la propria giurisprudenza "creativa"; così va riconosciuta chiara originalità riveniente dalla c.d. "autodichia" e dalla titolarità di una giurisdizione domestica.

Ciò posto, la rivisitazione del principio in esame operata dalla stessa Consulta, attesta che esistono alcuni limiti che, se oltrepassati, priverebbero le regole processuali della loro connaturata essenza: il rischio paventato è che si possa scalfire la

---

<sup>19</sup> Legge 25 maggio 1970, n. 352, "Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo", in G.U. n. 147 del 15 giugno 1970.

legittimazione all'interno del sistema, di un organo come la Corte costituzionale che fonda gran parte della sua legittimazione proprio sulla presenza di regole processuali e sul rispetto delle medesime. Infatti, la configurazione che l'Assemblea costituente intese attribuire all'attività della Consulta e l'evidente assonanza e, sia pur parziale, idea di "successione" di funzioni con i giudici comuni (si pensi al passaggio dalla giurisdizione "diffusa" a quella "accentrata"), rafforzano la visione di un diritto processuale costituzionale che si conforma alla giurisdizione. Le decisioni cui la Consulta è pervenuta, anche nell'ottica evolutiva, sono state contrassegnate dall'esigenza di contemperare e bilanciare i principi costituzionali, nel rispetto del delicato equilibrio tra ordinamento giuridico e valori costituzionali<sup>20</sup>.

3. L'intervento di terzi nel giudizio costituzionale, tra i temi maggiormente discussi dalla dottrina costituzionalistica italiana e oggetto di copiosa giurisprudenza costituzionale è stato recepito dalle Norme integrative deliberate in data 8 febbraio 2020<sup>21</sup>. L'adozione di queste norme integrative ha differenziato in maniera netta ed

---

<sup>20</sup> In ordine al costante lavoro di bilanciamento operato dalla Corte costituzionale, si rinvia a: A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 99; Id. *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 185 ss.

<sup>21</sup> Delibera 8 gennaio 2020, Modificazioni alle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale», (in G.U. Serie Generale n.17 del 22-01-2020). Preziosi contributi esegetici sono stati offerti da: G.P. Dolso, *Recenti interventi sul processo costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2, 2020, p. 621 ss.; Id., *La modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale: una prima applicazione*, in *Quad. cost.*, 2, 2020, p. 398 ss.; A. D'Atena, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli "amici curiae"*, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 2 luglio 2020; M. Calamo Specchia, *L'integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale: l'intervento di terzo e l'amicus curiae in prospettiva comparata tra diritto amministrativo e diritto costituzionale*, ivi; P. Ridola, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *federalismi.it*, 22 gennaio 2020; M. Luciani, *Interventi di terzi e "amici curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in *"Interventi di terzi e «amici curiae» nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti nazionali e sovranazionali"*, Atti del Seminario, Roma, 18 dicembre 2018, Coll. Corte costituzionale, 2020; A. Vuolo, *Il contraddittorio*, cit., p. 433 ss.; G. L. Conti, *La Corte si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1, 2020, p. 96; A. Iannuzzi, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020, p. 13 ss. In dottrina è stato osservato come il fondamento costituzionale di questa tipologia di intervento si rinvenga nei primi due commi dell'art. 111 Cost. i quali riconoscono ed enunciano i principi del giusto processo ossia contraddittorio tra le parti, parità delle armi, terzietà ed imparzialità del giudice. La dialettica, quindi, risulta essere l'elemento essenziale e proprio di ogni processo, anche del processo alla legge nel quale un contraddittorio ampio può contribuire (anche) a differenziare la logica decisionale del giudice costituzionale da quella politico-discrezionale dell'organo parlamentare il cui prodotto legislativo è sotto giudizio. Da ciò deriva che il terzo si trovi dinnanzi ad un bivio rispetto al quale deve decidere se assumere la qualità di parte e quindi spiegare intervento oppure presentare una memoria quale *amicus curiae*. Si tratta di una conseguenza diretta e immediata dell'elasticità della figura dell'*amicus curiae* la quale comprende sia portatori di veri interessi sia interventi "senza interesse". Cfr., altresì, A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 227; A. Pugiotta, *Per un'autentica dialettica alla Corte. Note a margine del seminario promosso a*

inequivocabile l'intervento di un terzo dall'istituto *dell'amicus curiae* evidenziando la sostanziale differenza di legittimazione in capo ai due soggetti.

Nella prima ipotesi, il terzo spiega il proprio intervento al fine di vedersi garantito il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*; egli, infatti, è un soggetto portatore di un diritto soggettivo qualificato e potenzialmente suscettibile di essere pregiudicato dalla decisione assunta dal Corte. Nella seconda ipotesi, l'*amicus curiae* è un soggetto che non assume la qualità di parte. in quanto presta il proprio contributo per mettere in luce aspetti rilevanti per la definizione del giudizio.

Il fondamento costituzionale di questa tipologia di intervento può rinvenirsi nei primi due commi dell'art. 111 Cost. che riconoscono ed enunciano i principi del giusto processo, del contraddittorio tra le parti, della parità delle armi e della terzietà ed imparzialità del giudice. La dialettica, quindi, assume ancora una volta un ruolo essenziale e peculiare di ogni processo, anche di quello costituzionale, nel quale un contraddittorio ampio può contribuire (anche) ad ampliare il quadro di valutazione e la logica decisionale del giudice delle leggi.

La delibera in esame si colloca in seno alla stagione di "apertura" della Corte e di approvazione di alcune rilevanti modifiche strutturali del processo costituzionale per favorire una più ampia partecipazione al processo costituzionale. La codificazione di una giurisprudenza in tema di interventi di terzi si configura appunto nell'apertura a qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e a qualunque soggetto istituzionale che potrà presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio, derivanti dalla loro esperienza "sul campo", soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell'applicazione delle norme. L'istituto degli *Amici curiae* e la facoltà di audizione di esperti di altre discipline, poi, è reso peculiare nella facoltà attribuita alla Corte di convocare esperti di chiara fama di altre discipline per ricevere contributi su problemi specifici che vengano in rilievo nella trattazione delle questioni portate al suo esame. La Corte recepisce sia alcune tra le sollecitazioni dottrinali, sia il dato numerico rappresentato dalle numerose richieste di partecipazione di vari esponenti della società civile molto spesso oggetto di declaratoria di inammissibilità.

---

*Palazzo della Consulta*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 364; T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta online*, 1, 2019, p. 139. In base a questo "doppio binario" anche il contraddittorio dovrebbe essere distinto in contraddittorio in senso ampio e in senso stretto. Il primo dovrebbe essere informato ad una logica flessibile e riservato ai soggetti interessati a contribuire alla funzione della Corte quale custode della legalità dell'ordinamento mediante l'introduzione di deduzioni giuridico-costituzionali pertinenti alla causa, veicolate attraverso la modalità meno formale dell'*amicus curiae*. Il secondo invece deve informarsi alla logica propria e vincolante del contraddittorio costituzionale e realizzato nei confronti delle parti del giudizio principale nonché ai soggetti titolari di interessi simili (art. 3, l. 87/1953). Cfr., sul punto, A. Pugiotto, *Per un'autentica dialettica*, cit., p. 361 ss.; C. Masciotta, *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *osservatoriosullefonti.it*, n.1, 2020, p. 205. Si rammentano i rischi menzionati in precedenza e di conseguenza l'auspicio è che la Corte costituzionale adotti le opportune cautele nell'ammettere detti interventi.

Con la modifica delle Norme integrative dell'8 gennaio 2020 la Corte ha aperto il processo costituzionale alle suindicate innovazioni, in linea con la sua giurisprudenza, affermando che nei giudizi in via incidentale, possono intervenire – oltre alle parti del giudizio a *quo* e al Presidente del Consiglio dei ministri (e al Presidente della Giunta regionale, nel caso di legge regionale) – anche altri soggetti, terzi, sempre che siano titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato a quel giudizio. Inoltre, mutuando la prassi di altri paesi, ha introdotto l'istituto degli *Amici curiae*, prevedendo che qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e qualunque soggetto istituzionale, se portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione in discussione, potranno presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio<sup>22</sup>. Nella medesima occasione, la Corte ha altresì previsto la possibilità di convocare esperti di chiara fama, qualora ritenga necessario acquisire informazioni su specifiche discipline.

Apportando modifiche alle precitate norme integrative per i giudizi davanti a se stessa, la Corte costituzionale ha infatti sancito (art. 4-ter) che qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e qualunque soggetto istituzionale, se portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti ai processi in discussione, potranno presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio. Tali soggetti non assumono però la qualità di “parte” nel processo costituzionale, né dispongono dei relativi poteri e, per di più, le opinioni scritte (“per un massimo di 25.000 caratteri, spazi inclusi”) sono ammesse solo nei limiti in cui offrano «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità». La decisione si allinea, come detto, a quanto avviene dinanzi alle Corti supreme e ad altre Corti costituzionali di altri Paesi, aprendo così

---

<sup>22</sup> La figura giuridica rievoca, sia pur con differente incidenza del ruolo, quella del mondo giudiziario anglosassone e dei singoli paesi di common law, in cui all'istituto corrisponde una sua diversa elaborazione sia sistematica che disciplinare. La forma più estesa e dettagliata è quella statunitense, con una duplicità di modi di intervento dell'“*amicus curiae*”, potendo questi operare incidentalmente al processo o per chiamata diretta della corte con l'obbiettivo di collaborare con la corte per un fine superiore di giustizia, evitandole errori nella decisione. Più frequentemente, la corte conferisce all'“*amicus*” un incarico peritale, che può essere anche quello di dare un parere squisitamente giuridico, raramente l'intervento serve ad offrire elementi essenziali per una puntuale valutazione della corte (morte dell'imputato, carattere collusivo dell'azione, difetto di giurisdizione della corte). Vi è poi, forse, una sorte di analogia con il “*consiliarius*” romano, che interveniva nel processo su richiesta del magistrato al fine di consigliarlo secondo il proprio libero convincimento ma sempre nell'obbiettivo rispetto dei principi di diritto. La “versione” americana di *amicus* si manifesta come contrassegnata dall'esplicazione di una “interessata” funzione difensiva; si tratta di una veste processuale assunta per conto proprio o in rappresentanza di altra persona o di un gruppo di persone, in virtù di un “interesse” tuttavia collimante con quello superiore di giustizia della corte. Infatti, la collaborazione fornita alla stessa corte per l'emissione di una sentenza obbiettivamente corretta è finalizzata dalla circostanza, del tutto strumentale, che solo attraverso il conseguimento di tale corretta pronuncia si ottiene non solo, ed in via diretta, giustizia nel caso in questione, ma anche, seppure in modo indiretto, la soddisfazione del particolare interesse portato avanti dell'“*amicus*”. Cfr., sul punto, G. Criscioli, *Amicus curiae*, in *Enc. giur.*, II, Treccani, Roma 1988, p. 15 ss.; Id., *Amicus Curiae*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, I, 1973, p. 187 ss.



all'ascolto di soggetti istituzionali, associazioni di categoria, organizzazioni non governative.

La Corte ha previsto, inoltre, nel nuovo art.14-bis, la previsione della facoltà di convocare “esperti di chiara fama”, qualora ritenga necessario acquisire informazioni su specifiche discipline, estendendo la partecipazione degli stessi esperti alle singole camere di consiglio, al cospetto delle parti processuali. A tal proposito, la Corte può convocare, con ordinanza, un'apposita camera di consiglio al fine di ascoltare, sul punto, gli esperti: le parti, con l'autorizzazione del Presidente, potranno poi formulare domande agli stessi esperti. È stato anche osservato che questi esperti costituiscono una sorta di contrappeso “tecnico”, in tal senso rivolto verso l'“anima giurisdizionale” della Corte, ponendosi in una veste per certi versi di carattere “peritale”, avvalorata dalla facoltà di porre domande agli esperti che sembra allinearsi al cd. “esame dei periti”.

In ottemperanza, poi, al nuovo articolo 4-bis che disciplina, con portata innovativa, le modalità di accesso agli atti del giudizio, da parte dei terzi intervenienti, nei giudizi in via incidentale proposti da un giudice comune nel corso di un giudizio civile, penale o amministrativo, potranno intervenire – oltre alle parti di quel giudizio e al Presidente del Consiglio dei ministri (al Presidente della Giunta regionale, nell'ipotesi di legge regionale) – anche altri soggetti, sempre che siano titolari di un “interesse qualificato”, inerente in modo diretto e immediato a quel giudizio, i quali potranno eventualmente essere autorizzati ad accedere agli atti del processo costituzionale anche prima dell'espletamento dell'udienza.

Lo strumento dell'ascolto della società civile, peraltro, è stato già da tempo accolto nelle questioni afferenti all'ammissibilità del referendum abrogativo – prendendo le mosse, in sede giurisprudenziale, dalla sentenza n. 226/2000, per consolidarsi ulteriormente con le pronunce emanate nel 2005 in sede di valutazione circa l'ammissibilità referendaria della legge 40/2004 – in termini di maggiore valorizzazione dell'aspetto oggettivo del giudizio sulle leggi e del valore costituzionale di questo tipo di processo, esponendo, specie nelle decisioni che trascendono i confini dell'incidentalità, al rischio di essere pienamente coinvolta nell'agone politico, offrendo il destro a «critiche strumentali che potrebbero indirizzarsi verso i suoi verdetti»<sup>23</sup>.

La Corte sarà dunque chiamata necessariamente a recepire il nuovo rapporto fra giustizia costituzionale e pluralismo sociale con il giusto equilibrio, preservando l'indipendenza di giudizio e la natura del processo costituzionale, la cui peculiarità è di avere una scansione temporale breve e contenuta, ben lungi dal processo comune<sup>24</sup>. Si

---

<sup>23</sup> In tal senso, A. Ruggeri, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *giustiziainsieme.it*, 24 gennaio 2020.

<sup>24</sup> Si rinvia alle considerazioni di cui alla *nota 3*) e ai frequenti richiami operati alle precitate sentenze nn.16/2008, 31/2000 e alle pronunce da n. 45 a n. 49 del 2005, ove era stata ribadita la necessità di preservare le peculiarità di un procedimento che comunque deve «tenersi e concludersi secondo una

colto, inoltre, nella citata delibera, l'intento di rafforzare un carattere insieme autorevole e popolare nella società italiana, qui con gli strumenti dell'«apertura, trasparenza e legittimazione»; non sarebbe casuale, in tal senso, che si sia verificato in un periodo di maggiore fragilità della politica e di reiterata “supplenza” del giudice delle leggi, in materie di grande complessità politica e rilevanza sociale (per tutte il “fine-vita” e l'ordinamento penitenziario)<sup>25</sup>.

Tra i primi provvedimenti decisori attuativi della delibera 2020 si colloca l'ordinanza n. 37 del 2020 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'ammissibilità della richiesta di intervento formulata dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti, organismo rappresentativo della categoria giornalisti e come tale preposto alla tutela di «tutti gli interessi pubblici, oggettivamente immanenti, della categoria professionale» e portatore di «un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio»<sup>26</sup>. Alla base dell'accennata declaratoria, la circostanza che il giudizio principale aveva ad oggetto un procedimento penale a carico di due giornalisti la cui successiva eventuale condanna penale avrebbe comportato «specifiche conseguenze in ordine all'avvio dell'azione disciplinare» che spetta, per competenza, allo stesso Consiglio. Con l'occasione, i giudici della Consulta hanno ribadito come non fosse sufficiente, ai fini dell'ammissibilità dell'intervento, una «posizione di rappresentanza professionale o istituzionale» occorrendovi la sussistenza di un nesso accertato tra lo specifico rapporto sostanziale dedotto nel giudizio *a quo* e la posizione dell'interveniente, alla luce del nuovo art. 4-ter «che consente alle formazioni sociali senza scopo di lucro e ai soggetti istituzionali “portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità” di presentare alla Corte un'opinione scritta in qualità di amici curiae».

Presi in esame i due istituti, l'intervento di terzo è ammesso laddove il giudizio tra le parti coinvolga direttamente un diritto del terzo di cui si ammette l'intervento, mentre per il tramite dell'*amicus curiae* vengono tutelati interessi che sono meritevoli di esser presi in considerazione, ma non tali da giustificare l'intervento del loro latore quale parte in causa. Il confine può apparire sottile, sotto altro profilo, tanto da far emergere una correlazione tra i due profili di innovazione del recente deliberato dalla Corte (intervento del terzo e *amicus curiae*) se si pensa che nelle ipotesi in cui la funzione di rappresentanza collettiva svolta da una formazione sociale non integra un «interesse

---

scansione temporale definita»; sia nuovamente consentito rinviare a F. Perchinunno, *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 1078.

<sup>25</sup> Si veda, sul punto, S. Finocchiaro, *Verso una giustizia costituzionale più “aperta”: la Consulta ammette le opinioni scritte degli “amici curiae” e l'audizione di esperti di chiara fama*, in *sistemapenale.it*, 23 gennaio 2020; anche P. Ridola, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *federalismi.it*, 22 gennaio 2020.

<sup>26</sup> Corte cost., ord. n. 37 del 10 febbraio 2020, in *G.U.* 4/03/2020 n.10. Per una disamina puntuale della pronuncia e del ruolo del sindacato, quale *amicus curiae*, in seno al processo costituzionale, si v. O. Razzolini, *La partecipazione del sindacato al processo costituzionale, (per i cinquant'anni dello Statuto dei lavoratori)*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2, 2020, p. 7 ss.

qualificato» tale da legittimarne l'intervento nel processo in qualità di parte, può consentirne la partecipazione in qualità di *amicus curiae*, con espressa facoltà di presentare un'opinione scritta alla Corte stessa.

Sembra potersi cogliere nel caso dell'*amicus curiae*, quale soggetto o ente privo dei poteri che spettano alla "parte" che entra a Corte semplicemente previa titolarità di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità in esame, una sorta di soluzione "alternativa" (subordinata) rispetto alla richiesta di intervento di terzo, per la quale occorre la sussistenza di un collegamento qualificato tra la posizione soggettiva dell'interveniente e quella dedotta nel giudizio *a quo*, in una forma più somigliante al processo amministrativo dove è consentito che associazioni private senza personalità giuridica possano agire a tutela di «interessi di categoria» o «interessi collettivi» sulla base di una verifica della loro rappresentatività rispetto all'interesse azionato<sup>27</sup>.

In altra interessante decisione, la n.164 del 2020, avente ad oggetto la valutazione della domanda di intervento della parte pubblica e l'audizione di "esperti di chiara fama" ai sensi dell'art. 14-bis delle citate norme integrative la Corte, con ordinanza 27 febbraio 2020, ha applicato lo strumento istruttorio appena introdotto, "offrendo inevitabilmente alcuni prime, significative, indicazioni, sulle caratteristiche dell'istituto di nuovo conio", tra cui alcune zone d'ombra come il rapporto tra lo strumento dell'audizione degli esperti e l'istruttoria tradizionale. La Corte ha per la prima volta fatto ricorso all'art.14-bis e alla facoltà di procedere alla convocazione di "esperti di chiara fama", procedendo alla loro convocazione e audizione in camera di consiglio senza però illustrare le ragioni in base a cui ha deciso di fare ricorso all'audizione piuttosto che una istruttoria ai sensi dell'art. 12 delle norme integrative emanate il 7 ottobre 2008 (in G.U. 7 novembre 2008, n. 261), tramite assunzione di mezzi di prova<sup>28</sup>. La scelta operata dalla Corte ha generato perplessità in ordine ai

---

<sup>27</sup> Per tutte, cfr. C. Stato, 18 novembre 2013, n. 5451.

<sup>28</sup> Si tratta della sentenza Corte cost., 11 giugno 2020, n.164, con analitica disamina di G.P. Dolso, *La Corte costituzionale tra "posizioni organizzative di elevata specializzazione" e dirigenza pubblica: la prima volta degli "esperti di chiara fama" in una decisione che non convince*, in *ambienteditto.it*, 4, 2020, p. 1259 ss.; Id., *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 21 marzo 2021. Ulteriori dubbi attengono al procedimento di selezione degli "esperti". Quella che emerge è una assoluta assenza di giustificazione della scelta, mentre potrebbero essere indicati elementi in grado di giustificare la scelta, anche con riferimento alla preparazione dell'esperto sul punto in discussione (si potrebbe immaginare la allegazione del curriculum vitae dell'esperto). Nella pur articolata motivazione della sentenza non emerge alcun elemento relativo al contenuto dell'audizione. L'impressione è che l'audizione non abbia influito in modo particolare sulla decisione, a meno di non ritenere che in realtà ciò sia accaduto ma la Corte non ne abbia dato atto nella motivazione. In ogni caso l'esperimento di questo mezzo istruttorio non ha lasciato alcun segno nella motivazione della sentenza e questo non pare un dato né positivo né promettente. Per una disamina dei poteri istruttori della Corte costituzionale, cfr.: A. Cerri, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. Cost.*, n.2, 1998, p. 1335 ss.; M. Chiavario, *Intervento*, in A. Pizzorusso, R. Romboli (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Giappichelli, Torino 2002, p. 343 ss.; J. Luther, *Intervento*, in

profili correlati al principio del contraddittorio, in considerazione della maggiore estensione delle garanzie dell'istruttoria tradizionale (art. 12) – mediante la quale il coinvolgimento delle parti è maggiore e comporta anche il deposito del materiale istruttorio, con facoltà delle parti di prenderne visione – rispetto all'art. 14-bis che prevede l'audizione degli esperti in camera di consiglio, con la partecipazione delle parti costituite, con l'unica facoltà di rivolgere domande. La questione sollevata dal T.A.R. Lazio in qualità di giudice *a quo* si è presentata come un'occasione che la Corte avrebbe potuto cogliere per delineare meglio i profili processuali dello strumento dell'audizione degli esperti, anche alla luce dell'assenza di una traccia probatoria dell'esito dell'audizione, atteso che la videoregistrazione rimane ad uso esclusivo della Corte, senza neanche una menzione nella parte motiva, tale da consentire di cogliere la sua effettiva necessità e funzionalità rispetto alla parte decisoria del provvedimento.<sup>29</sup>

Ne scaturisce, dunque, un'ulteriore conferma del fatto che «l'osservanza della disciplina processuale, unitamente al rigore nell'applicazione di essa, rappresentano irrinunciabili fonti di legittimazione della stessa funzione della Corte costituzionale»<sup>30</sup>.

4. La richiamata delibera dell'8 gennaio 2020 che ha disposto alcune modifiche alle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale per favorire una più ampia partecipazione al processo costituzionale, si colloca in una stagione di «apertura» della Corte.

L'introduzione dell'istituto degli *amici curiae* e la possibilità di ascoltare esperti di altre discipline si pone in scia alla codificazione operata dalla giurisprudenza costituzionale in materia di interventi di terzi. Come evidenziato, la Corte ha previsto che qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e qualunque soggetto istituzionale potranno presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio, derivanti dalla loro esperienza “sul campo”, soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell'applicazione delle norme; nel contempo, la stessa Corte potrà convocare esperti di chiara fama di altre discipline per ricevere apporti su problemi specifici che vengano in rilievo nella trattazione delle questioni portate al suo esame.

---

A. Pizzorusso, R. Romboli (a cura di), *ivi*; M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 1991, p. 357 ss.; Id., *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, p. 366 ss.; M. Nisticò, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, *ibidem*; T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 1997, p. 19 ss.; M. Luciani, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giur. cost.*, n.4, 1987, p. 556 ss.

<sup>29</sup> G.P. Dolso, *Note sulla sentenza*, cit. Ulteriori dubbi attengono al procedimento di selezione degli “esperti”. Quella che emerge è una assoluta assenza di giustificazione della scelta, mentre potrebbero essere indicati elementi in grado di giustificare la scelta, anche con riferimento alla preparazione dell'esperto sul punto in discussione (si potrebbe immaginare la allegazione del curriculum vitae dell'esperto).

<sup>30</sup> G.P. Dolso, *Note sulla sentenza*, cit.

Numerose ed immediate sono state le richieste di partecipazione di vari esponenti della società civile, prima ancora che i termini dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni lo consentissero, sicché la pronta e immediata recezione di tutte le novità processuali introdotte nel gennaio 2020 da parte dei soggetti interessati, sembra porsi a conferma di un cambiamento già avvenuto nel segno dell'apertura della Consulta, anche sul piano processuale.

Il quadro di sintesi in merito all'apertura partecipativa dell'attività processuale e all'integrazione del contraddittorio induce a numerose riflessioni:

il processo, sia esso costituzionale o di altra natura, non è un'azione esclusivamente bilaterale, che si svolge e si esaurisce nel rapporto parti necessarie/giudice, ma contiene una vocazione pluralistica che travalica le parti del processo, toccando e coinvolgendo interessi che spesso hanno destinatari plurali...consentire la partecipazione al procedimento di soggetti formalmente estranei, ma sostanzialmente coinvolti, contribuisce alla ricerca della decisione giusta, non in sé ma quanto più ampiamente accettabile sotto il profilo sociale e credibile sotto il profilo giuridico<sup>31</sup>.

Di contro, non va sottaciuto che un'apertura del contraddittorio a maglie fin troppo larghe, rischierebbe di vulnerarne la posizione di organo di garanzia, trasformando il processo costituzionale in una sorta di "giurisdizione parallela" al sindacato giurisdizionale del giudice naturale o al più che il giudizio costituzionale possa trasformarsi, in alcune ipotesi, in una sorta di seconda istruttoria legislativa, dopo quella compiuta in seno ai due rami del Parlamento<sup>32</sup>.

Le risposte emergeranno dalla prassi applicativa e non può escludersi che la Corte voglia preservare una certa speditezza del giudizio che potrebbe, invece, essere rallentata proprio da un'eccessiva partecipazione alla camera di consiglio in cui saranno ascoltati gli esperti. Il dato certo è quello dell'apertura della giustizia costituzionale alla società civile, ma occorrerà, parimenti, un intervento esegetico da parte della Corte per preservare il processo costituzionale da una proliferazione smodata di soggetti, con il rischio verosimile di una vera e propria alterazione della natura e della stessa funzione della Corte.

Come spesso accade, la linea di pensiero più equilibrata e ragionevole dovrebbe indurre, tuttavia, ad un necessario, sia pur delicato bilanciamento, tra le esigenze di ampliare il contraddittorio e comunque la partecipazione al processo costituzionale e quella di preservare le peculiarità di un procedimento che comunque deve «tenersi e concludersi secondo una scansione temporale definita»<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Così, M. Calamo Specchia, *L'integrazione del contraddittorio*, cit., p. 23.

<sup>32</sup> Sul punto, le considerazioni conclusive di A. Vuolo, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali*, cit., p. 433.

<sup>33</sup> Si tratta di un principio richiamato a più riprese dalla Consulta; per tutte, cfr. Corte cost., sentenza n. 3 febbraio 2000, n.31.



Lorenzo Pulito

## IL SEQUESTRO DEI NUOVI BENI IMMATERIALI: DALLA PIATTAFORMA AL TOKEN\*

### ABSTRACT

Nel dischiudere prospettive inedite alle forme del crimine, la rivoluzione digitale – prolifica di piattaforme e token – pone nuove sfide anche sul versante dei sequestri. L’impatto delle ICT su strategie e strumenti di indagine penale è stato solo in parte oggetto di attenzione legislativa. Gli strumenti ablatori partoriti dal progresso tecnologico sono rimasti, per lo più, affidati a prassi e protocolli più o meno attendibili o ad utilizzi “atipici” dell’istituto normato. I silenzi legislativi e le pratiche giudiziarie indicano una tendenza a valorizzare la libertà investigativa attraverso metodi di cui non sempre sono verificabili idoneità tecnica e margini di affidabilità e che incidono sui diritti fondamentali della persona, che devono essere il punto di partenza per l’avanzamento della conoscenza del settore e soprattutto lo stimolo per iniziative legislative di rivisitazione complessiva della materia.

In disclosing unprecedented perspectives on the forms of crime, the digital revolution – prolific of platforms and tokens – poses new challenges also in terms of seizures. The impact of ICT on criminal investigation strategies and tools has been only partially subject of legislative attention. Nevertheless, the ablator instruments derived from the technological progress are mainly consigned to more or less reliable practices and protocols or to "atypical" uses of the regulated institute. Legislative silence and judicial practices indicate the tendency to boost the freedom of investigation using methods for which it is not always possible to verify the technical suitability and the margins of reliability, and which affect the fundamental rights of the person. The fundamental rights of the person shall be the starting point for any advancement of knowledge in the field and foremost the stimulus to legislative initiatives revisiting the subject overall.

### PAROLE CHIAVE

Sequestro – piattaforme – token

Seizure – platforms – tokens

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il sequestro come mezzo di ricerca della prova digitale “tipizzato” all’interno dello strumento investigativo tradizionale. – 3. Sequestro di beni immateriali e diritti fondamentali. – 4. Il sequestro preventivo come strumento privilegiato di intervento sulle piattaforme. – 5. Criptoattività e sequestri. – 6. Metodi differenziati: *European Production Order* e *European Preservation Order*. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Accostare sequestri penali e beni immateriali tempo fa rappresentava un ossimoro.

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*

In un decreto della Corte di Appello di Genova risalente all'anno 1962, premettendosi come il sequestro penale potesse essere adottato su beni dotati di «corporalità» ovvero su «oggetti o entità corporali aventi un'esistenza nel mondo fisico», veniva dichiarata l'inesistenza di un sequestro disposto *ex art.* 337 dell'allora vigente codice di rito sulle quote di una s.r.l., in base al rilievo che queste ultime fossero beni immateriali<sup>1</sup>.

Parole che oggi ci inducono a sorridere.

Certo, anche gli istituti del “Codice Vassalli” diretti all'acquisizione probatoria sono stati pensati per un mondo in cui non esistevano “oggetti” immateriali, separabili e replicabili dal loro *corpus mechanicum*<sup>2</sup>.

Ma, come ha recentemente ricordato la Corte di cassazione, attualmente «... ogni dubbio è ormai superato perché la legge 48/2008 [...] ha reso esplicito nell'ordinamento penale che il concetto di “cosa” copre anche il dato informatico in quanto tale»<sup>3</sup>.

La l. 18 marzo 2008, n. 48<sup>4</sup>, come noto, ha ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, sottoscritta a Budapest il 23 novembre 2001, e ha introdotto per la prima volta in Italia una disciplina specifica in tema di acquisizione degli elementi di prova digitali grazie alla modifica degli articoli in materia di perquisizione, sequestro, acquisizione e conservazione dei dati presenti su supporti informatici.

In linea con la suddetta Convenzione<sup>5</sup>, gran parte delle modifiche apportate al codice di rito hanno assimilato il dato informatico alle “cose”.

---

<sup>1</sup> Il provvedimento viene richiamato da R. Nitti, *Quando il giudice penale sequestra la partecipazione societaria*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 16 dicembre 2015.

<sup>2</sup> A. Monti, *Casi e problemi sul sequestro informatico anche a distanza*, in G. Cassano, S. Previti (a cura di), *Il diritto di internet nell'era internet*, Giuffrè, Milano 2020, p. 983 s.

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. VI, 24 febbraio 2015, n. 24617, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23 luglio 2015, con nota di F. Cerqua, *Ancora dubbi e incertezze sull'acquisizione della corrispondenza elettronica*.

<sup>4</sup> Per un inquadramento generale sulla l. n. 48/2008 si rimanda ai numerosi commenti, tra i quali S. Aterno, *Sub art. 8*, in G. Corasaniti, G. Corrias Lucente (a cura di), *Cybercrime, responsabilità degli enti, prova digitale*, Cedam, Padova 2009, p. 194 ss.; S. Aterno, M. Cuniberti, G.B. Gallus, F.P. Micozzi, *Commento alla legge di ratifica della convenzione di Budapest del 23 novembre 2001*, in [www.procura.milano.giustizia.it/files/commento-budapest.pdf](http://www.procura.milano.giustizia.it/files/commento-budapest.pdf); M.L. Di Bitonto, A. Vitale, A. Macrillò, A. Barbieri, E. Forlani, *La ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sul cybercrime: profili processuali*, in *Dir. Internet*, 5, 2008, p. 503 ss.; L. Luparia, *La ratifica della convenzione sul cyber crime del Consiglio d'Europa. I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2008, p. 717 ss.; L. Picotti, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale*, ivi, p. 700 ss.; G. Resta, *La disciplina acquista maggiore organicità per rispondere alle esigenze applicative*, in *Guida dir.*, 16, 2008, p. 52; E. Selvaggi, *Cooperazione giudiziaria veloce ed efficace*, in *Guida dir.*, 16, 2018, p. 72. Per riferimenti tecnici, oltre che giuridici, si veda S. Aterno, F. Cajani, G. Costabile, M. Mattiucci, G. Mazzaraco, *Manuale di Computer Forensics*, Experta, Forlì 2011, *passim*.

<sup>5</sup> La Convenzione sui crimini informatici ha inteso disciplinare i “dati” di per sé come “cosa”, considerandoli oggetto di sequestro, come si ricava dal punto 197 della relazione esplicativa in cui è chiarito che «“sequestrare” significa prendere il mezzo fisico sul quale i dati o le informazioni sono registrati oppure fare e trattenere una copia di tali dati o informazioni. “Sequestrare” include l'uso o il sequestro di programmi necessari ad accedere ai dati che si stanno sequestrando. Allo stesso modo in



2. L'evoluzione tecnologica ha collocato i sequestri penali (probatorio e preventivo particolarmente) in una nuova dimensione, non più unicamente commisurata sulla realtà fisica. La scienza ha impresso al processo un'accelerazione eccezionale, determinando l'inversione dell'ordine tradizionale delle attività di indagine<sup>6</sup> e il mutamento delle coordinate concettuali di alcuni istituti, adattati a recepire nuovi contenuti per intervento del legislatore.

Venendo alle “integrazioni” normative riguardanti il codice di procedura penale registrate in materia di ispezioni, perquisizioni e sequestri<sup>7</sup> (anche ad opera del personale di polizia giudiziaria), come apportate dalla suindicata legge, le stesse possono sintetizzarsi come appresso<sup>8</sup>.

Con riferimento all'ispezione l'intervento normativo ha ampliato la tradizionale tipologia codicistica, da sempre fondata sull'entità materiale oggetto di ricerca (luoghi, cose o persone), inserendo all'art. 244, comma 2, c.p.p. un riferimento esplicito ai sistemi informatici o telematici, in relazione ai quali l'autorità giudiziaria può disporre rilievi ed altre operazioni tecniche; con riferimento alla perquisizione, l'art. 247, comma 1-*bis* c.p.p. prevede analoghi accorgimenti nel consentire la perquisizione di un sistema informatico o telematico, anche se protetto da misure di sicurezza, quando vi è fondato motivo di ritenere che in essi si trovino dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato (allo stesso modo può procedervi la polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 352, comma 1-*bis*, c.p.p.). L'art. 254-*bis* c.p.p., nel disciplinare il sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi, consente all'autorità giudiziaria di stabilire, per esigenze legate alla loro regolare fornitura, che l'acquisizione avvenga mediante copia dei dati su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità di quelli acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità<sup>9</sup>, ordinandosi, in tale ipotesi, allo stesso fornitore, l'adozione delle

---

cui si usa il termine tradizionale “sequestrare”, il termine “assicurare in modo simile” è incluso per indicare gli altri modi nei quali i dati intangibili possono essere portati via, resi inaccessibili o il suo controllo è in altro modo escluso per il sistema informatico».

<sup>6</sup> Nelle indagini informatiche il sequestro del dispositivo informatico o elettronico ben può anticipare la perquisizione, che, invece, nelle indagini tradizionali precede, cronologicamente e logicamente, il sequestro. Sull'impossibilità di individuare un preciso *iter* delle indagini informatiche, improntate su un criterio di utilità relativo al reato da accertare e all'elemento di prova digitale da ricercare v. M. Pittiruti, *Digital evidence e procedimento penale*, Giappichelli, Torino 2017, p. 6.

<sup>7</sup> Il tema del “sequestro informatico” è stato recentemente trattato da D. Curtotti, *Il sequestro*, in Aa.Vv., *Cyber forensic e indagini digitali. Manuale tecnico-giuridico e casi pratici*, Giappichelli, Torino 2021, p. 457 ss.

<sup>8</sup> Per un inquadramento generale su ispezioni, perquisizioni e sequestri v. A. Bernasconi, *Mezzi di ricerca della prova*, in A. Bernasconi, A. De Caro, A. Furgiele, M. Menna, C. Pansini, A. Scalfati, N. Triggiani, C. Valentini, *Manuale di diritto processuale penale*, III ed., Giappichelli, Torino 2018, p. 299 ss.

<sup>9</sup> Secondo M. Senor, *Informatica forense*, in M. Durante, U. Pagallo (a cura di), *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Utet, Torino 2012, p. 251, la positivizzazione delle prassi (non standardizzate) di *computer forensics* ha rappresentato «una felice evoluzione culturale dell'informatica forense» in grado di assicurare un maggior rispetto dei diritti di difesa.

cautele necessarie a conservarli e proteggerli in maniera adeguata; l'art. 260, comma 2, c.p.p. prescrive che, quando si tratti di dati, informazioni o programmi informatici, la copia debba essere realizzata su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della stessa all'originale e la sua immodificabilità<sup>10</sup>; infine, l'art. 354, comma 2, c.p.p., disciplinando gli accertamenti urgenti dal parte della polizia giudiziaria, richiede l'adozione di misure tecniche ovvero l'imposizione delle prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione e ad impedirne l'alterazione e l'accesso, prevedendo altresì che, ove possibile, la stessa si occupi di provvedere alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità<sup>11</sup>.

I canoni così introdotti – variamente enunciati in diverse disposizioni del codice – sono «in ultimo riassumibili nell'endiadi genuinità e immodificabilità»<sup>12</sup>.

La “scissione” del *corpus mysticum* dal *corpus mechanicum*, con la connessa replicabilità in infinite copie del contenuto rappresentativo originario e la volatilità del processo di duplicazione, hanno fatto avvertire la necessità di rispettare una corretta “catena di custodia” e di interrogarsi sulle conseguenze processuali della mancata osservanza della stessa nella gestione dei reperti informatici, dando vita a un dibattito che vede contrapposti i sostenitori dell'inutilizzabilità di dati e informazioni assicurate al processo in assenza del rispetto di *best practices* nell'esecuzione del sequestro informatico e delle successive analisi a quelli che, invece, propendono per la inattendibilità dei risultati<sup>13</sup>.

La tecnica adoperata dalla l. n. 48 del 2008 è stata quella di eseguire una sorta di *upgrade* degli istituti tradizionali, circostanza che ha comportato l'insorgenza di numerose questioni interpretative, la cui risoluzione diventa più complicata per effetto

---

<sup>10</sup> Si tratta della c.d. “copia-clone”, che consente la restituzione del materiale informatico in sequestro (o meglio di una copia di esso). In dottrina si sottolinea come la clonazione delle tracce informatiche non sia soltanto una semplice conservazione di tracce, ma un vero sequestro di materiale conoscitivo che, pertanto, va assoggettato alle regole del sequestro e del riesame, indipendentemente dalla sua capacità di essere restituito. Si v. A. Aterno, *Digital forensics e scena criminis. Norme, tecniche, scienze, logica*, in D. Curtotti, L. Saravo (a cura di), *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine*, Giappichelli, Torino 2019, p. 775 ss.

<sup>11</sup> Il sequestro di dati, informazioni, programmi, sistemi informatici o telematici, su cui la polizia giudiziaria può compiere rilievi ed accertamenti urgenti, risente all'evidenza della procedura operativa prevista per la duplicazione dei dati indicata nello stesso art. 354, comma 2, c.p.p. e anche nell'art. 254-bis c.p.p., a riguardo del sequestro di dati informatici presso un *service provider*. Sul punto, v. S. Venturini, *Sequestro probatorio e fornitori di servizi telematici*, in L. Luparia (a cura di), *Internet provider e giustizia penale*, Giuffrè, Milano 2012, p. 107 ss. Si interroga sulla utilizzabilità del sequestro che faccia seguito ad un accertamento su materiale informatico eseguito senza il rispetto delle procedure indicate nel comma 2 dell'art. 354 c.p.p. D. Curtotti, *Il sequestro*, cit., p. 464 ss.

<sup>12</sup> M. Pittiruti, *Dalla Corte di Cassazione un vademecum sulle acquisizioni probatorie informatiche e un monito contro i sequestri digitali omnibus*, in *Sist. pen.*, 14 gennaio 2021.

<sup>13</sup> A. Monti, *Casi e problemi sul sequestro informatico anche a distanza*, cit., p. 984. In argomento, C. Conti, *La prova informatica e il mancato rispetto della best practice: lineamenti sistematici sulle conseguenze processuali*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, Utet, Torino 2019, p. 1329 ss.

delle criticità operative che discendono dal dato tecnico e – più in generale – per effetto di una certa difficoltà di interazione tra sapere scientifico e sapere giuridico.

Tuttavia, definire l'intervento di mero *restyling* appare ingeneroso, considerata l'indiscutibile incidenza che ne è conseguita sul piano dei principi e delle garanzie difensive.

Se, per il sequestro probatorio, l'obiettivo del legislatore è stato quello di codificare l'esigenza di un'acquisizione conforme alle *best practices* sul confezionamento della *digital evidence*, nessun aggiornamento normativo ha riguardato il sequestro preventivo, le cui finalità cautelari vengono nondimeno raggiunte in "ambito digitale" grazie all'operazione di "riadattamento" dell'istituto forgiata per via giurisprudenziale.

3. L'evoluzione tecnico-scientifica impone all'interprete una riflessione sul bilanciamento tra le esigenze di sicurezza pubblica e di efficienza delle indagini con la tutela dei diritti individuali e delle garanzie processuali.

Diverse le tematiche in gioco e meritevoli di attenzione.

In primo luogo, quella della territorialità: la tecnologia oggi consente di compiere indagini informatiche a distanza dal proprio territorio, senza la necessità di un'attività materiale da parte di un'autorità straniera. In disparte i vantaggi in termini di velocità operativa, tali modalità investigative «mettono in crisi il principio di territorialità che da sempre contraddistingue la cooperazione giudiziaria internazionale, con l'evidente pericolo che vengano eluse le garanzie previste dalla *lex loci*»<sup>14</sup>. Laddove le indagini a distanza riguardano prove digitali reperibili nel c.d. *cloud* è ancora più evidente il pericolo che si determini la violazione delle garanzie processuali previste dalla *lex loci* e, mancando un preciso sistema nazionale a cui riferirsi, è più marcato il rischio che alla logica della territorialità si sostituisca quella della mera disponibilità<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> M. Daniele, *La collaborazione internazionale tra autorità investigative e giudiziarie in materia di indagini informatiche*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, cit., p. 1632.

<sup>15</sup> M. Daniele, *La collaborazione internazionale tra autorità investigative*, cit., p. 1635, che riporta: «In evenienze di questo tipo spesso gli organi inquirenti domandano al gestore di indicare il luogo in cui si trovano i dati, con la conseguenza di conferire a quest'ultimo l'abnorme potere di individuare il diritto nazionale da applicare al fine della raccolta delle prove. Sarebbe preferibile, piuttosto, determinare la *lex loci* da osservare sulla base del luogo in cui il gestore ha la propria sede legale, oppure di quello in cui si fruisce del servizio». Su tali profili problematici v. altresì S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, Torino 2019, p. 199; F. Siracusano, *La prova informatica transnazionale: un difficile "connubio" fra innovazione e tradizione*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2017, p. 180. Circa le attività tipiche di indagine condotte sul *cloud* cfr. S. Aterno, *Cloud forensics: aspetti giuridici e tecnici*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, cit., p. 1689 ss. Più in generale, circa i problemi dell'acquisizione di dati custoditi in ambiente *cloud* comuni e specifici rispetto all'acquisizione della prova digitale, si rinvia a M. Bontempelli, *Acquisizione di dati custoditi in ambiente cloud*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, II ed., Giappichelli, Torino 2019, p. 589 ss.

Non va trascurata in materia l'importanza del principio di proporzionalità, che, seppur previsto per le sole misure cautelari<sup>16</sup>, ha manifestato portata espansiva lungo tutto il crinale del sistema processuale e capacità di costituire «un utile termine di paragone per lo sviluppo di nuove soluzioni ermeneutiche e, ancor prima, di nuovi modelli di ragionamento giuridico»<sup>17</sup>. Il c.d. *test* di proporzionalità è necessario per ogni tipo di sequestro ma, naturalmente, i termini rispetto ai quali deve essere svolto il relativo scrutinio variano a seconda della natura e della funzione del tipo di sequestro in questione. Rispetto a quello probatorio, il principio di proporzionalità esige la ponderazione tra il contenuto del provvedimento ablatorio e le esigenze di accertamento dei fatti oggetto delle indagini. Se, in astratto, un sequestro *omnibus* disposto dal pubblico ministero potrebbe reputarsi legittimo in casi peculiari, legati alla natura del bene o alla difficoltà di individuazione della *res*, il rischio di acquisizione “casuale” di informazioni “supersensibili” deve trovare adeguata compensazione, in punto di garanzie, grazie a una rigorosa motivazione del provvedimento di sequestro sotto i profili quantitativo (in ordine al nesso di pertinenza tra bene appreso e ipotesi investigativa), qualitativo (in relazione alla tipologia di operazioni tecniche da svolgere sul dato) e temporale (con riguardo alla durata temporale del vincolo)<sup>18</sup>. Ove così non fosse, infatti, l'apposizione del vincolo rischierebbe di trasformarsi in un'operazione esplorativa di ricerca del materiale utile alle indagini del tutto avulsa dai tradizionali schemi codicistici. Nel caso del sequestro preventivo c.d. impeditivo<sup>19</sup>, invece, «il giudice deve motivare adeguatamente sulla impossibilità di conseguire il medesimo risultato ricorrendo ad altri e meno invasivi strumenti cautelari ovvero modulando quello disposto - qualora ciò sia possibile - in maniera tale da non compromettere la funzionalità del bene sottoposto a vincolo anche oltre le effettive necessità dettate dall'esigenza cautelare che si intende arginare»<sup>20</sup>. Il principio è stato recentemente riaffermato in un noto caso in cui il ricorrente si doleva dell'indiscriminata estensione del sequestro preventivo, che aveva investito porzioni dei servizi televisivi rispetto ai quali non ne era stata prospettata la natura diffamatoria<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Ed applicabili - sebbene i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità siano dettati dall'art. 275 c.p.p. per le misure cautelari personali - anche alle misure cautelari reali, dovendo il giudice motivare adeguatamente sulla impossibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso altri e meno invasivi strumenti cautelari. Sul punto v. Cass. pen., Sez. III, 7 maggio 2014, n. 21271, in *CED Cass.* n. 261509; Cass. pen., Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 8382, in *CED Cass.* n. 254712; Cass. pen., Sez. V, 21 gennaio 2010, n. 8152, in *CED Cass.* n. 246103.

<sup>17</sup> M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. contemp., Riv. Trim.*, 3-4, 2014, p. 145.

<sup>18</sup> M. Pittiruti, *Dalla Corte di Cassazione un vademecum sulle acquisizioni probatorie informatiche e un monito contro i sequestri digitali omnibus*, cit.

<sup>19</sup> Su cui vedi *infra*, § 4.

<sup>20</sup> Cass. pen., Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 8382, in *CED Cass.* n. 254712

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2021, n. 20644, in *CED Cass.* n. 281310, che ha respinto il ricorso di Mediaset con cui intendeva far annullare il sequestro preventivo del sito internet [www.iene.mediaset.it](http://www.iene.mediaset.it), disposto limitatamente alle pagine in cui erano presenti i servizi televisivi andati in onda in due occasioni e riguardanti il divulgatore scientifico Roberto Burioni, riconosciuti lesivi della sua reputazione. La

Effettivamente delicata risulta la tutela dell'art. 21 Cost.

Uno dei problemi di cui si è discusso ha riguardato la possibilità di adottare il sequestro preventivo di testate giornalistiche regolarmente registrate *online*, tenuto conto dei maggiori limiti imposti dal dettato costituzionale e dalla legge sulla stampa<sup>22</sup>.

Ampia considerazione merita il tema della “riservatezza informatica”, inteso nella sua nuova dimensione, non più legata alla proprietà e alla rilevanza dei luoghi in cui si svolge, bensì alla dignità della persona<sup>23</sup>, che trova tutela costituzionale e

---

Corte di cassazione ha ritenuto che, in base al principio di proporzionalità, siano sequestrabili non solo le frasi diffamatorie ma anche le parti del servizio, che - pur non afferendo direttamente al nucleo essenziale della comunicazione diffamatoria – finivano per rafforzarla ed amplificarla. Critico sulla sentenza F. Sarzana di S. Ippolito, *Burioni vince su Mediaset, la Cassazione apre a sequestri di siti giornalistic*, in *www.agendadigitale.eu*, 25 maggio 2021, secondo cui la decisione «sembra aprire la strada a sequestri integrali sul web di servizi giornalistici radio-televisivi molto ampi che sembrano cozzare con il principio di libertà d'espressione previsto dalla Costituzione, interpretando in maniera molto estesa il concetto di proporzionalità».

<sup>22</sup> Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2015, n. 31022, in *Cass. pen.*, 10, 2015, p. 3437 ss., con nota di L. Paoloni, *Le Sezioni Unite si pronunciano per l'applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa: ubi commoda, ibi et incommoda?*, ha chiarito, in punto di diritto, che «ove ricorrano i presupposti del *fumus commissi delicti* e del *periculum in mora*, è ammissibile, nel rispetto del principio di proporzionalità, il sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. di un sito web o di una singola pagina telematica, anche imponendo al fornitore dei relativi servizi di attivarsi per rendere inaccessibile il sito o la specifica risorsa telematica incriminata». La decisione è stata commentata inoltre da E. Avella, *Osservazioni a prima lettura a Cass., S.U. 17 luglio 2015 (c.c. 29 gennaio 2015)*, *Fazzo*, in *Arch. pen. (web)*, 3, 2015, p. 1 ss.; S. Lorusso, *Un'innovativa pronuncia in tema di sequestro preventivo di testata giornalistica on line*, in *Giur. it.*, 8-9, 2015, p. 2003 ss.; C. Melzi D'Eril, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on line registrate*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2016, p. 1 ss.; C. Melzi D'Eril, G.E. Vigevani, *Il sequestro di una pagina web può essere disposto imponendo al service provider di renderla inaccessibile*, in *Guida dir.*, 38, 2015, p. 82 ss.; B. Piattoli, *Il sequestro preventivo di una pagina web: il funzionalismo della rete e le sue intersezioni nelle dinamiche processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2016, p. 212 ss.; A. Pulvirenti, *Sequestro e Internet: dalle Sezioni Unite una soluzione equilibrata, ma “creativa”*, in *Proc. pen. giust.*, 6, 2015, p. 78 ss.; V. Vartolo, *In tema di sequestro preventivo della pagina web di testata giornalistica on line*, in *Riv. pen.*, 10, 2015, p. 843 ss. La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite da Cass. pen., Sez. I, ord. 3 ottobre 2014, n. 45053, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 gennaio 2015, p. 1 ss., con nota di M. Mariotti, *Rimessa alle sezioni Unite la questione dell'ammissibilità del sequestro preventivo, mediante oscuramento, di un sito web di una testata giornalistica*; l'ordinanza è stata commentata anche da E. Sturba, *Osservazioni a prima lettura a Cass., sez. I (ord.) 30 ottobre 2014 (ud. 3 ottobre 2014)*, *Fazzo*, in *Arch. pen. (web)*, 3, 2014, p. 1 ss. Precedentemente, sul tema, cfr. C. Campanaro, *Legittimo il sequestro preventivo del sito internet se i contenuti sono diffamatori*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 febbraio 2012; S. Di Paola, *Sequestro preventivo di sito web e inibitoria del giudice penale dell'attività del provider*, in *Foro it.*, 2010, II, c. 144 ss.; C. Melzi D'Eril, *La Cassazione esclude l'estensione ai siti internet delle garanzie costituzionali previste per il sequestro di stampati*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 marzo 2014, p. 1 ss.; Id., *Il sequestro di siti on-line: una proposta di applicazione analogica dell'art. 21 Cost. “a dispetto” della giurisprudenza*, in *Dir. inf. e inform.*, 2, 2014, p. 153 ss.; G. Sambuco, *Il sequestro dei contenuti on line: risposte giurisprudenziali e prospettive*, in *Proc. pen. giust.*, 3, 2011, p. 58 ss.

<sup>23</sup> Sottolineatura in tal senso proviene da R. Orlandi, *Osservazioni sul documento redatto dai docenti torinesi di Procedura penale sul problema dei captatori informatici*, in *Arch. pen. (web)*, 25 luglio 2016. Condivisibile l'opinione per la quale l'interesse dell'utente di sistemi informatici e telematici è quello alla tutela dei propri dati, a prescindere dal luogo in cui si trovi e dallo strumento di comunicazione

convenzionale secondo un modello di garanzie paragonabile ai diritti di libertà classici<sup>24</sup>.

Vi è poi la tematica della tutela del contraddittorio: il rischio che qualsiasi operazione compiuta sul dato informatico si potrebbe tradurre in un'irreparabile modifica dello stesso, anche qualora si utilizzino i più moderni strumenti di *digital forensics*, imporrebbe che fosse compiuta nel contraddittorio tra le parti<sup>25</sup>. In ogni caso, quest'ultimo viene indicato quale correttivo del paradosso della prova scientifica, nonché come baluardo contro l'ingresso nel processo della scienza-spazzatura<sup>26</sup>, in quanto funzionale al controllo effettivo del giudice sulla scientificità della prova e sull'attendibilità del metodo scientifico impiegato nel caso concreto<sup>27</sup>.

Infine, va ricordata la questione del controllo giurisdizionale (impugnazioni): non va infatti dimenticato che, per la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la sottoposizione delle operazioni istruttorie invasive della *privacy* ad un vaglio – almeno successivo – da parte di un organo indipendente rappresenta un requisito imprescindibile di compatibilità convenzionale<sup>28</sup>.

---

scelto, espressa da F. Iovene, *Le c.d. perquisizioni on line tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Dir. pen. contemp., Riv. Trim.*, 3-4, 2014, p. 335.

<sup>24</sup> In questi termini P. Felicioni, *Le ispezioni e perquisizioni di dati e sistemi*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, cit., p. 1404, che ricorda, da un lato, come la Corte costituzionale - con la nota sentenza n. 173/2009 - ha qualificato come fondamentale il diritto alla riservatezza riconoscendo ad esso la medesima caratura del diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni; dall'altro, come l'art. 8 CEDU è interpretato nel senso che la nozione di vita privata è riferibile alla sfera in cui l'individuo può liberamente perseguire lo sviluppo e la realizzazione della propria personalità.

<sup>25</sup> Nei casi di urgenza la tutela del contraddittorio esige quanto meno «che sia preservata la possibilità di controllare l'affidabilità della fonte e dell'elemento di prova», come ricorda P. Tonini, *L'evoluzione delle categorie tradizionali: il documento informatico*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, cit., p. 1327.

<sup>26</sup> G. Ubertis, *Il giudice, la scienza e la prova*, in *Cass. pen.*, 11, 2011, p. 4118.

<sup>27</sup> P. Felicioni, *Le ispezioni e perquisizioni di dati e sistemi*, cit., p. 1406.

<sup>28</sup> Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 15 gennaio 2019, con nota di D. Cardamone, *La sentenza della Cedu Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?* In tale procedimento, in cui è stata affrontata la questione della mancanza nel sistema processuale italiano di un controllo giurisdizionale *ex ante* e di un rimedio *ex post* con riferimento all'invio del domicilio, in caso di provvedimento di perquisizione domiciliare non seguito da sequestro (rispetto al quale, dunque, l'interessato non aveva potuto esperire il riesame ai sensi dell'art. 257 c.p.p. in modo da attivare un vaglio giurisdizionale perlomeno posticipato), i giudici hanno stabilito che «in assenza di un controllo giurisdizionale preventivo o di un controllo effettivo a posteriori della misura adottata, le garanzie della legislazione italiana non sono state sufficienti per evitare abusi da parte delle autorità incaricate dell'indagine penale» (§ 50) e che, seppur la misura ha una base legale nelle norme del codice di procedura penale, «il diritto interno non ha offerto al ricorrente sufficienti garanzie contro gli abusi o l'arbitrarietà prima o dopo la perquisizione» (§ 51), traendone nel caso di specie la conseguenza che l'interessato non ha beneficiato di un «controllo effettivo» come richiede «uno Stato di diritto in una società democratica» e concludendo che l'ingerenza nel diritto al rispetto del domicilio del ricorrente non è «prevista dalla legge» nel senso richiesto dall'articolo 8 § 2 della Convenzione (§ 51).

4. Se è vero che il sequestro probatorio è quello che è stato interessato normativamente dal fenomeno dell'immaterialità, di fatto è con il sequestro preventivo<sup>29</sup> che, assai più spesso, si interviene sulle piattaforme.

Operazioni riguardanti la diffusione illegale di materiale coperto da diritto d'autore, il fenomeno della pirateria audiovisiva attraverso la trasmissione non autorizzata su rete internet, la c.d. "IPTV" - Internet Protocol Television<sup>30</sup>, o la

---

<sup>29</sup> Tra i principali studi monografici e le opere di carattere generale cfr.: E. Aprile, F. D'Arcangelo, *Le misure cautelari nel processo penale*, III ed., Giuffrè, Milano 2017, p. 737 ss.; P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, II ed., Giuffrè, Milano 1991; L. Barone, *Le misure cautelari reali. Il sequestro preventivo*, in A. Bassi (a cura di), *La cautela nel sistema penale. Misure e mezzi di impugnazione*, Cedam, Padova 2016, p. 320 ss.; R. Bausardo, *Misure cautelari reali*, in M. Chiavario, E. Marzaduri (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale, Libertà e cautele nel processo penale*, Utet, Torino 1996, p. 287 ss.; A. Bevere, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Giuffrè, Milano 1999; M. Cassano, *Sub art. 321*, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., vol. I, Utet, Torino 2012, p. 2042 ss.; M. Castellano, M. Montagna, *Misure cautelari reali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Utet, Torino 1994, p. 100 ss.; A. Cisterna, *Sub art. 321*, in P. Corso (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, II ed., La Tribuna, Piacenza 2008, p. 1453 ss.; E. Conforti, A. Montesano Cancellara, *Il sequestro preventivo impeditivo*, in E. Conforti, A. Montesano Cancellara, G.L. Soana, *Il sequestro penale. Presupposti applicativi, gestione dei beni e strumenti di impugnazione*, Giuffrè, Milano 2016, p. 73 ss.; V. De Crescenzo, *Il sequestro penale e civile*, Utet, Torino 1997; A.M. De Santis, *Sequestro preventivo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Utet, Torino 1997, p. 264 ss.; M. D'Onofrio, *Il sequestro preventivo*, Cedam, Padova 1998; N. Galantini, *Sub art. 321*, in E. Amodio, O. Dominoni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. III, tomo II, Giuffrè, Milano 1990, p. 265; M. Garavelli, *Il sequestro nel processo penale*, Utet, Torino 2002; P. Gualtieri, *Sequestro preventivo*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. II, *Prove e misure cautelari*, tomo II, *Le misure cautelari*, a cura di A. Scalfati, Utet, Torino 2008, p. 365 ss.; Id., *Sub art. 321*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Ipsoa, Milano 2010, p. 3939 ss.; P. Gualtieri, G. Spangher, *Le misure cautelari reali*, in G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. II, *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, a cura di A. Marandola, Ipsoa, Milano 2015, p. 231 ss.; L. Milani, *Sub art. 321*, in G. Conso, G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, II ed., Cedam, Padova 2015, p. 1405 ss.; M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Cedam, Padova 2005, p. 97 ss.; S. Olivero, *Sequestro preventivo*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I Agg., Torino, Utet 1993, p. 589 ss.; C. Pansini, voce *Sequestro preventivo*, in A. Scalfati (diretto da), *Digesto del processo penale on line*, Giappichelli, Torino 2012; C. Santoriello, *Il sequestro preventivo*, in F. Fiorentin, C. Santoriello, *Le misure cautelari*, vol. II, *Le misure cautelari reali*, a cura di G. Spangher, C. Santoriello, Giappichelli, Torino 2009, p. 1 ss.; E. Selvaggi, *Sub art. 321*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. III, Utet, Torino 1990, p. 359 ss.; Id., *Sub art. 321*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, I Agg., Utet, Torino, 1993, p. 223 ss.; G. Spangher, *La pratica del processo penale*, vol. III, *I soggetti. Gli atti. Le prove. Le misure cautelari. Il procedimento penale davanti al giudice di pace*, Cedam, Padova 2014, p. 1012 ss.; N. Triggiani, *La misura volta ad evitare il reiterarsi del reato o l'inasprimento dei suoi effetti*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, Giappichelli, Torino 2017, p. 141 ss.; E. Turco, *Sub art. 321*, in G. Canzio, G. Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, tomo I, Giuffrè, Milano 2012, p. 2778; N. Ventura, voce *Sequestro preventivo*, in *Dig. disc. pen.*, II Agg., Utet, Torino 2004, p. 750 ss.

<sup>30</sup> La rete abbonda di notizie relative ad operazioni di contrasto a tali fenomeni. Tanto per citarne qualcuna v. F. Sarzana di S. Ippolito, *Pirateria tv, sotto sequestro la piattaforma online Xtream. Ecco i dettagli dell'operazione*, in [www.ilfattoquotidiano.it](http://www.ilfattoquotidiano.it), 18 settembre 2019; G. Terlizzi, *Mazzata alla pirateria online, sequestrati 58 siti web e 18 canali Telegram*, in [www.agi.it](http://www.agi.it), 23 settembre 2020.

diffusione abusiva di copie digitali dei principali quotidiani<sup>31</sup>, hanno visto l’Autorità Giudiziaria fare ricorso a tale istituto per “oscurare” siti *web* localizzati anche al di fuori della giurisdizione italiana<sup>32</sup>.

È principio ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità<sup>33</sup> che le finalità tipiche del sequestro preventivo possano essere raggiunte in materia mediante operazioni tecniche - imposte al fornitore dei relativi servizi - tese ad oscurare e rendere inaccessibile agli utenti la visione del sito o l’accesso alla piattaforma.

In tal modo la misura si risolve in una inibitoria atipica, che sposta l’ambito di incidenza del provvedimento da quello reale, proprio del sequestro preventivo, a quello obbligatorio, in quanto indirizzato a soggetti determinati (i c.d. *provider*), ai quali viene ordinato di conformare la propria condotta al fine di ottenere l’ulteriore e indiretto risultato di impedire connessioni a questa o quell’altra piattaforma.

Anche se l’interpretazione fa leva su quanto disposto dal decreto legislativo attuativo della direttiva europea sul commercio elettronico<sup>34</sup>, nondimeno è stato rilevato, da un lato, come il carattere obbligatorio che tale sequestro preventivo viene ad assumere viola il principio di legalità processuale<sup>35</sup>, dall’altro, come l’inibitoria non possa essere riguardata alla stregua di una mera “modalità esecutiva” del sequestro preventivo<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Il provvedimento con cui la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bari ha disposto in tempi recenti il sequestro preventivo d’urgenza, mediante inibizione immediata dell’accesso, di numerosi canali Telegram mediante i quali, secondo le indagini, venivano diffuse abusivamente copie digitali dei principali quotidiani è diffuso e riassunto da G. Stampanoni Bassi, *Il provvedimento di sequestro della Procura di Bari nell’indagine sulle copie di riviste e quotidiani diffuse abusivamente su Telegram*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 3 maggio 2020.

<sup>32</sup> Per una panoramica sui casi più noti di sequestro preventivo di siti *web* allocati all’estero e sulle relative problematiche tecniche e giuridiche si v. F. Cajani, *Giurisdizione e competenza nelle indagini informatiche*, in Aa.Vv., *Cyber forensic e indagini digitali. Manuale tecnico-giuridico e casi pratici*, cit., p. 182 ss.

<sup>33</sup> Rilevante sul tema è la pronuncia Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2015, n. 31022, cit. Già in precedenza, relativamente al noto caso PirateBay, Cass. pen., Sez. III, 23 dicembre 2009, n. 49437, in *Dir. inf. e inform.*, 3, 2010, p. 437 ss, con nota di F. Merla, *Diffusione abusiva di opere internet e sequestro preventivo del sito web. Il caso The pirate bay*, aveva attribuito ad un sito *web* la natura di *res*, pur non necessariamente materiale in senso stretto; inoltre, pur non negando l’esistenza di «un risvolto della misura cautelare che può essere riguardato come un’inibitoria», la stessa decisione aveva ritenuto che «si rimane nell’ambito del sequestro preventivo che investe direttamente la disponibilità del sito *web* e che, solo come conseguenza, ridonda anche in inibizione di attività. Sicché sussiste, sotto questo profilo, il carattere reale del sequestro preventivo che quindi non viola il principio di tipicità delle misure cautelari penali».

<sup>34</sup> Il d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70 che, in attuazione della direttiva 2000/31/CE, ha regolamentato taluni aspetti giuridici dei servizi delle società dell’informazione nel mercato interno con particolare riguardo al commercio elettronico. Sui rapporti tra tale inibitoria e il sequestro preventivo si v. F. Cajani, *Giurisdizione e competenza nelle indagini informatiche*, cit., p. 194 s.

<sup>35</sup> A. Testaguzza, *Il sequestro di dati e sistemi*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, cit., p. 1452.

<sup>36</sup> A. Monti, *Casi e problemi sul sequestro informatico anche a distanza*, cit., p. 979.



Dal punto di vista più strettamente operativo, invece, il mutamento di “pelle” della misura cautelare reale ha fatto affiorare difficoltà nel garantire efficacia a questi provvedimenti. Il rischio che il dominio sia modificato, eludendo il decreto di sequestro di un sito specifico, è stato arginato adoperando formulazioni aperte, che estendono il sequestro «a tutti gli alias e i nomi di dominio, presenti e futuri». La sorveglianza sui nuovi siti suscettibili di oscuramento, generati a seguito della chiusura dei precedenti, in un recente caso è stata affidata alla stessa persona offesa (in tal caso si trattava del titolare del diritto d’autore), impegnandola ad indicarli volta per volta agli *internet service provider*<sup>37</sup>.

5. Oggi il quadro sembra complicarsi ulteriormente con il proliferare delle criptoattività; ci si riferisce ai *token* di moneta elettronica<sup>38</sup> e, in particolare, a quelli di “classe 1”, come la criptovaluta *Bitcoin*<sup>39</sup>.

In realtà, le difficoltà risultano più pratiche che teoriche, in quanto la possibilità di operare sequestri di questi beni viene generalmente ammessa. Fuori dal nostro continente è celebre il caso statunitense *Silk Road*<sup>40</sup>, ma anche in Italia si è proceduto al sequestro di una ingente quantità di *bitcoin* nei confronti dell’*exchange* di criptovalute denominato “*BitGrail*”<sup>41</sup> e, seppure ciò sia avvenuto nell’ambito di una procedura civilistica, nondimeno la vicenda consente di trarre utili spunti anche per l’ambito penale.

Quello che è complesso, in ragione della crittografia – che caratterizza i sistemi *Distributed Ledger Technology* (DLT), categoria cui appartiene la *blockchain* – è proprio l’apposizione di un vincolo di indisponibilità.

Occorre innanzi tutto risalire alle chiavi private (che dovrebbero essere il vero oggetto di sequestro, in quanto i *bitcoin* sono solo, sintetizzando all’estremo, delle trascrizioni sulla *blockchain*)<sup>42</sup>.

Il ritrovamento di un *wallet*, tuttavia, non esclude che lo stesso sia nella disponibilità di altri soggetti (*exchange* o dei *wallet providers*).

Inoltre, è difficile poter affermare con certezza che un determinato soggetto è ‘titolare’ di un *address bitcoin* alla stregua di quanto avviene con un conto corrente bancario.

---

<sup>37</sup> Trib. Milano, G.i.p., 12 giugno 2017, inedita. La decisione è riportata da P.E. Liedholm, *Gli illeciti in materia di diffusione non autorizzata di opere dell’ingegno*, in <https://www.4clegal.com/hot-topic/sequestro-preventivo-forma-contrasto-pirateria-online>, 9 settembre 2019.

<sup>38</sup> Sulle tipologie di *tokens* C. Pernice, *I modelli di valuta virtuale: sistematica e definizione*, in *mediaLaws*, 3, 2020, p. 47.

<sup>39</sup> G. Scotti, *Blockchain, Criptovalute e Ico: analisi tecnica e giuridica della più recente innovazione fintech*, in *Riv. Cammino Diritto*, 8 febbraio 2020, p. 12.

<sup>40</sup> Si v. G. Costabile, *Le indagini digitali*, in Aa.Vv., *Cyber forensic e indagini digitali. Manuale tecnico-giuridico e casi pratici*, cit., p. 111 ss.

<sup>41</sup> La vicenda è tratteggiata da S. Capaccioli, P. Soldavini, *Fallisce Bitgrail, la piattaforma italiana per le criptovalute*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 26 gennaio 2019.

<sup>42</sup> A. Rosato, *Profili penali della criptovalute*, Pacini editore, Pisa 2021, p. 140.

Occorre evitare che chi è a conoscenza della chiave privata possa servirsi di strumenti di *mixing* che facciano “perdere le tracce” sulla *blockchain* dei *bitcoin* posseduti<sup>43</sup>.

Nel caso di *wallet software* o *online*, il sequestro dell'*hard disk* o la modifica della *password* del *wallet* non appaiono misure sufficienti, in quanto l'utente può aver effettuato un *backup* dei dati o avere comunque la disponibilità della chiave privata. Bisognerebbe, pertanto, creare un nuovo indirizzo *bitcoin*, trasferire i *bitcoin* sequestrati presso il nuovo indirizzo e, per proteggerli da tentativi di sottrazione, cifrare anche la chiave privata o adottare sistemi di *multisignature*.

Altra soluzione ipotizzabile è quella di convertire i *bitcoin* in valuta avente corso legale, seppure si tratti di operazione delicata alla luce degli instabili apprezzamenti/deprezzamenti del sistema e si tratti di attività che vada ben oltre la semplice ‘apprensione’ del bene<sup>44</sup>.

Una semplificazione delle operazioni potrebbe venire da una futura implementazione delle funzioni della *blockchain*, prevedendo delle modalità di *freezing* (blocco) dei *wallet* a fini forensi, sebbene al momento ciò non sembrerebbe possibile<sup>45</sup>.

6. Le “linee evolutive” della materia sembrano indirizzarsi verso il superamento del sequestro stesso quale strumento per assicurare al processo i beni immateriali<sup>46</sup>, attraverso metodi acquisitivi differenziati che forniscono esiti sostanzialmente identici, ma divergono profondamente sul piano delle garanzie.

Ne sono esempio gli strumenti delineati dalla proposta – pubblicata nel 2018 dalla Commissione europea - di regolamento in materia di *European Production Order* e *European Preservation Order*<sup>47</sup>, che mirano a creare un canale di cooperazione diretta

---

<sup>43</sup> G. Costabile, *Le indagini digitali*, cit., p. 127.

<sup>44</sup> R. Lupo, *Quale sequestro per le criptovalute?*, in *il Centauro*, 232, 2020, p. 53.

<sup>45</sup> G. Costabile, *Come funzionano le investigazioni e i sequestri su bitcoin*, in <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/come-funzionano-le-investigazioni-e-i-sequestri-su-bitcoin/>, 5 aprile 2018.

<sup>46</sup> Mette in evidenza come rispetto al sequestro probatorio si privilegino altre vie attraverso cui far entrare l'evidenza elettronica a far parte del compendio probatorio potenzialmente spendibile ai fini di una decisione giudiziale, sia a livello nazionale che internazionale, A. Paoletti, *Il sequestro probatorio di dati digitali, le perquisizioni informatiche e la valenza che assume la copia-clone del supporto di memoria oggetto d'investigazione*, in [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it), 15 febbraio 2021.

<sup>47</sup> Proposta della Commissione europea di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale, del 17 aprile 2018, COM(2018)225, consultabile all'indirizzo internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0225>. Tra i primi commenti L. Buono, *The Genesis of the European Union's New Proposed Legal Instrument(s) on e-Evidence*, in *ERA Forum*, 19, 2019, p. 307 ss.; E. Colombo, *Ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale: il difficile approccio del diritto alla tecnologia nella proposta di regolamento*, in *Cass. pen.*, 7, 2019, p. 2722 ss.; V. Frassen, *The European Commission's e-Evidence Proposal: toward an EU-wide obligation for service providers to cooperate with law enforcement?*, in [www.europeanlawblog.eu](http://www.europeanlawblog.eu), 12 ottobre 2018; R.M. Geraci, *La circolazione transfrontaliera delle prove digitali in UE: la proposta di*

(fuori dai confini nazionali) fra i *provider* e le autorità giudiziarie interessate all'acquisizione delle prove elettroniche in materia penale<sup>48</sup>.

La proposta fonda sulla assenza di un controllo preventivo da parte dell'autorità dello Stato di esecuzione - che può essere chiamata in causa dallo stesso *provider* solo *ex post* e in determinati casi in cui pare esservi una palese violazione dei diritti fondamentali - e risponde alla forte esigenza di fornire alle autorità giudiziarie strumenti all'avanguardia per ottenere l'accesso transfrontaliero ai dati<sup>49</sup>.

---

*regolamento e-evidence*, in *Cass. pen.*, 3, 2019, p. 1340 ss.; M. Gialuz, J. Della Torre, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, in *Dir. pen. contemp.*, 5, 2018, p. 277 ss.; L. Gómez Amigo, *Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas: una regulación que se aproxima*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, 71, 2019, p. 1 ss.; J.H. Jeppesen-G. Nojeim, *Initial Observations on the European Commission's e-Evidence Proposals*, in [www.cdt.org](http://www.cdt.org), 18 aprile 2018; Id., *Assessing the European Commission's E-Evidence Proposals on Ten Human Rights Criteria*, in [www.cdt.org](http://www.cdt.org), 18 aprile 2018; F. La Chioma, *L'ordine di produzione e di conservazione europeo delle prove elettroniche*, in [www.magistraturaindipendente.it](http://www.magistraturaindipendente.it), 6 giugno 2019; V. Mitsilegas, *The privatisation of mutual trust in Europe's area of criminal justice: The case of e-evidence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Criminal Law*, 25, 2018, p. 263 ss.; L. Moxley, *EU Releases e-Evidence Proposal for Cross-Border Data Access*, in [www.insideprivacy.com](http://www.insideprivacy.com), 8 maggio 2018; O. Pollicino, M. Bassini, *La proposta di regolamento e-Evidence: osservazioni a caldo e possibili sviluppi*, in [www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu), 26 ottobre 2018; G. Robinson, *The European Commission's e-Evidence Proposal*, in *European Data Protection Law Review*, 3, 2018, p. 347 ss.; F. Ruggeri, *Novità. Il protocollo 16 alla Cedu in vigore dal 1° agosto 2018. La proposta per l'ordine europeo di conservazione o di produzione della prova digitale*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2018, p. 2660 ss.; V. Tondi, *L'accesso transfrontaliero all'elettronica evidence, tra esigenze di effettività e tutela dei diritti*, in *Dir. pen. contemp.*, *Riv. Trim.*, 2, 2019, p. 442 ss.; S. Tosza, *All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: the relationship between the European Investigation Order and the European Production Order*, in *New Journal of European Criminal Law*, 11, 2020, p. 161 ss.

<sup>48</sup> Nel Progetto di Relazione Sippel sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale del 24 ottobre 2019, COM(2018)0225 – C8-0155/2018 – 2018/0108(COD), consultabile al link [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/PR/2021/03-22/1191404IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/PR/2021/03-22/1191404IT.pdf), p. 147, si legge che si è di fronte a «un'interpretazione atipica del concetto di riconoscimento reciproco, che consente all'autorità di emissione di rivolgersi ai prestatori di servizi in un'altra giurisdizione senza coinvolgere automaticamente le autorità dell'altro e degli Stati interessati» e che vi è l'«introduzione dell'extraterritorialità o elusione di prerogative fondamentali dello Stato». Va ricordato che il Parlamento Europeo ha assegnato la discussione della proposta della Commissione alla commissione LIBE (“Committee on civil liberties, justice and home affairs”) e alla deputata Birgit Sippel è stato affidato il compito di relatrice. Il summenzionato progetto di relazione contiene numerosi emendamenti che insistono su una più ampia tutela dei diritti fondamentali che, sebbene abbiano suscitato reazioni favorevoli in dottrina — T. Christakis, *E-evidence: the way forward (Summary of the Workshop held in Brussels on 25 September 2019)*, in [www.europeanlawblog.eu](http://www.europeanlawblog.eu), 06 novembre 2019; Id., *Lost in notification? Protective logic as compared to efficiency in the European parliament's e-evidence draft report*, in [www.crossborderdataforum.org](http://www.crossborderdataforum.org), 07 gennaio 2020; Id., *E-Evidence in the EU Parliament: Basic Features of Birgit Sippel's Draft Report*, in [www.europeanlawblog.eu](http://www.europeanlawblog.eu), 21 gennaio 2020 — hanno anche comportato la reazione politica della Commissione, che ha avviato un confronto istituzionale inedito all'interno dell'Unione.

<sup>49</sup> Che, in casi urgenti, può avvenire entro sei ore. Ciò accelera notevolmente l'ottenimento di informazioni rispetto ai centoventi giorni per l'ordine europeo di indagine (EIO) e ai dieci mesi nel settore

A tal fine, la proposta prevede che l'autorità giudiziaria inquirente ordini direttamente al prestatore di servizi del sistema informatico o telematico localizzato in un altro Stato la conservazione o la produzione degli e-data in proprio possesso. L'autorità giudiziaria può emettere un ordine di conservazione europeo (OCE) e ingiungere a un prestatore di servizi di conservare prove elettroniche in vista di una successiva richiesta di produzione. Quest'ultima rappresenta un ordine di produzione europeo (OPE), che consiste in una decisione vincolante di un'autorità di emissione di uno Stato membro che ingiunge a un prestatore di servizi di altro Stato membro di produrre prove elettroniche in suo possesso. Gli ordini emessi sono, in seguito, trasmessi per mezzo dei relativi certificati (denominati rispettivamente, per OCE e OPE, EPOC-CR ed EPOC), il cui scopo è quello di «fornire tutte le informazioni necessarie al destinatario in un formato standardizzato, escludendo dati sensibili contenuti negli ordini di produzione e di conservazione come quelli relativi alla necessità o alla proporzionalità di tali provvedimenti investigativi, per evitare di compromettere la segretezza e il buon esito delle indagini»<sup>50</sup>.

Il punto critico — sebbene la proposta della Commissione sia stata oggetto di molteplici proposte emendative rispetto al progetto iniziale, che nel prossimo futuro saranno discusse a un tavolo trilaterale avviato tra Commissione, Consiglio e Parlamento<sup>51</sup> — è che spetterebbe ai *provider* anche verificare che le richieste istruttorie rispettino la Carta di Nizza<sup>52</sup>.

---

dell'assistenza giudiziaria reciproca (convenzionale), come sottolinea A. Tinoco-Pastrana, *The Proposal on Electronic Evidence in the European Union*, in *Euclid*, 1, 2020, p. 47.

<sup>50</sup> R. Pezzuto, *Accesso transazionale alla prova elettronica nel procedimento penale: la nuova iniziativa legislativa della Commissione Europea al vaglio del Consiglio dell'Unione*, in *Dir. pen. contemp.*, 2, 2019, p. 80.

<sup>51</sup> Su cui O. Calavita, *La proposta di regolamento sugli ordini di produzione e conservazione europei: Commissione, Consiglio e Parlamento a confronto*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 30 marzo 2021.

<sup>52</sup> Secondo A. Rosanò, *Il nuovo mondo della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea: le proposte della Commissione Europea sugli ordini di produzione e conservazione di prove elettroniche (e-evidence)*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16 ottobre 2020, p. 14, nella proposta in esame, vi è un'evidente «difficoltà derivante dal fatto di attribuire al prestatore di servizi il compito di valutare se l'ordine ricevuto si ponga in contrasto con gli obblighi derivanti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea, dunque di richiedere a un privato di operare al fine della tutela dei diritti fondamentali come se fosse un'autorità giudiziaria». Critico anche M. Daniele, *L'acquisizione delle prove digitali dai service provider: un preoccupante cambio di paradigma nella cooperazione internazionale*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 3, 2019, p. 1290, secondo cui «ci sono, tuttavia, forti dubbi che un tale complesso meccanismo possa sortire i suoi effetti, e ciò per una ragione connessa alla stessa essenza dei provider: i quali, a causa della loro natura privatistica e della conseguente – e legittima – esigenza di proteggere i loro interessi, non potrebbero mai agire come organi pubblici in posizione di imparzialità, di per sé del tutto indifferenti all'esito del vaglio. Per quanto possano avere a cuore la privacy dei loro utenti, la loro condotta sarebbe condizionata dalla comprensibile necessità di mantenere buoni rapporti con gli Stati in cui esercitano la loro attività economica. Il rischio, poi, che, rifiutandosi di eseguire gli ordini di conservazione o produzione dei dati, siano esposti a sanzioni, inevitabilmente falserebbe le loro valutazioni». In dottrina, di contro, O. Pollicino, M. Bassini, *La proposta di regolamento e-Evidence*, cit., p. 7, hanno considerato positivamente la clausola che rimette la tutela dei diritti e interessi

Ne deriverebbe, però, la privatizzazione di un'attività tradizionalmente riservata ad organi pubblici (le autorità giudiziarie): un preoccupante cambio di paradigma che rischia di porre in serio pericolo i diritti fondamentali<sup>53</sup>, da garantire anche – e soprattutto – quando la sfera in cui vivono sia quella della immaterialità.

7. Le piattaforme sono sempre più nuove e sofisticate: di esse fruisce sia la criminalità per commettere reati, sia lo Stato per reprimere i reati.

L'immaterialità digitale produce nuove minacce criminali e modifica la fisionomia delle forme di manifestazione della delinquenza determinando una crescita esponenziale della frequenza con cui gli illeciti comuni sono compiuti attraverso tali strumenti informatici. In parallelo, si sviluppano indagini informatiche sempre più sofisticate e di formidabile efficacia investigativa.

Si profilano all'orizzonte diversi fattori in grado di destabilizzare l'accertamento giudiziario: abusi nelle indagini di mezzi tecnologici invasivi oltre i limiti della stretta necessità; impiego per le decisioni giudiziarie di elementi ottenuti attraverso metodi di cui non siano completamente verificabili idoneità tecnica, margini di affidabilità e rischio di errori; uso di strumenti che permettano di eludere presupposti e limiti che presidiano le forme acquisitive tipiche, di aggirare prerogative difensive o, addirittura, di manipolare la libera autodeterminazione (maggiormente esposta in un ambiente fluido quale il *cyberspace*).

Occorre tuttavia affrontare il tema evitando scorciatoie connesse alla mancanza di riferimenti normativi e alla necessità di efficaci mezzi idonei a contrastare l'accentuata pericolosità dei fenomeni criminali che sfruttano tali tecnologie.

I mezzi a disposizione degli organi investigativi non possono prescindere dalle garanzie proprie di un giusto processo, ma devono basarsi su un metodo rispettoso dei diritti fondamentali.

Solo in questo modo è possibile accrescere la conoscenza su metodi (in uso o in via di sviluppo) non sempre in linea con gli *standard* di un sistema di libertà, al fine di enucleare il complesso di garanzie da porre a fondamento di uno statuto processuale delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico. Occorre muovere dalla considerazione di base per cui le investigazioni possono svolgersi senza vincoli solo se non intacchino prerogative che attengono al nucleo duro dei diritti della persona; tra le barriere poste dalle norme costituzionali e sovranazionali (in particolare, riserva di legge e di giurisdizione), non va trascurato il principio di proporzionalità, che consente sacrifici a diritti primari nei limiti di un equilibrio tra mezzi e fini.

---

fondamentali a soggetti privati, in quanto «rispondente alla migliore tutela degli interessi in gioco», laddove un intervento preventivo dell'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione vanificherebbe i «benefici connessi alla disintermediazione» e sacrificerebbe la funzionalità della procedura in esame.

<sup>53</sup> M. Daniele, *L'acquisizione delle prove digitali dai service provider: un preoccupante cambio di paradigma nella cooperazione internazionale*, cit., p. 1277.

Dalla capacità di coniugare il sapere tecnico con quello giuridico dipenderà la costruzione di metodi per “governare” i fenomeni criminali riguardanti le piattaforme digitali, efficaci e al contempo rispettosi dei diritti fondamentali.

Luisa Saponaro

L'ACCELERAZIONE TELEMATICA DEL PROCESSO PENALE:  
UNO SGUARDO D'INSIEME\*

ABSTRACT

La pandemia ha portato un'accelerazione del processo penale telematico che, trovando instabili appigli legislativi, si è dovuto basare soprattutto sulla legislazione dell'emergenza. In questo contesto si inserisce la "riforma Cartabia" che, nella revisione globale del processo penale, apre la strada al processo penale telematico, mirando, da un lato, a snellire procedure burocratiche attraverso il ricorso alla digitalizzazione e prevedendo, dall'altro, l'ampliamento della possibilità di collegamenti da remoto.

The recent pandemic and emergency legislation have accelerated the development of telematic process. In this context the reform Cartabia has further contributed to favor the development of this type of process. Two objectives: streamline bureaucratization practices through digitalization and expand the possibility of remote connection.

PAROLE CHIAVE

Processo – penale – telematico

Process – criminal – telematic

SOMMARIO: 1. La legislazione dell'emergenza: una costante del processo penale. – 2. Il processo penale telematico prima del Covid 19. – 3. Le novità introdotte dalla l. n. 176/2020. – 4. Partecipazione a distanza e processo penale: un ossimoro?

1. Nel processo civile, la tendenza all'informatizzazione<sup>1</sup> è stata introdotta già da tempo, con il d.P.R. n. 123/2001<sup>2</sup>, che rappresenta la prima stigmatizzazione normativa della digitalizzazione processuale; di seguito, una serie di provvedimenti legislativi in materia<sup>3</sup> ha portato, progressivamente, alla nascita del processo civile telematico.

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

<sup>1</sup> G. Ruffini, *Il processo civile di fronte alla svolta telematica*, *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 973; Id., *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano 2019.

<sup>2</sup> "Regolamento recante disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti".

<sup>3</sup> Il d.m. n. 44/2001 e le specifiche tecniche emanate dalla Direzione Generale dei Sistemi informativi automatizzati (D.G.S.I.A.) del Ministero della Giustizia in forza del decreto ministeriale suddetto, la l. n. 228/2012, il d.l. n. 179/2012 conv. in l. n. 221/2012, il d.l. n. 90/2014 che ha sancito l'obbligatorietà del deposito telematico degli atti e dei documenti a partire dal 30 giugno 2014.

Il processo penale, al contrario, rimasto per lo più ancorato ai sistemi “classici”, ha ricevuto un’accelerazione “telematica” a causa dell’attuale emergenza sanitaria e, per la prima volta, ha ricevuto una “consacrazione” legislativa nella “Delega al Governo per l’efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”, approvata con l. n. 134/2021 (c.d. “riforma Cartabia”), che, nell’ambito della revisione del processo penale, disciplina alcuni aspetti relativi all’ambito telematico, prevedendo, all’art. 1 comma 5, dei principi e criteri direttivi da seguire nei decreti attuativi della delega stessa.

La situazione pandemica ha reso necessaria la predisposizione e l’attuazione di disposizioni, al fine, per un verso, di evitare la totale paralisi del sistema processuale penale, per altro verso, di tutelare la salute dei “protagonisti” del processo stesso.

Dall’inizio della pandemia, quindi, si sono susseguiti diversi provvedimenti legislativi<sup>4</sup>: in un primo momento tali interventi erano mirati a sospendere o a rinviare le attività processuali nella speranza di una rapida risoluzione della situazione sanitaria, basti pensare alle scelte politiche operate con il d.l. n. 18/2020 (il c.d. “Decreto Cura Italia”) che, all’art. 83, ha previsto il rinvio di quasi tutte le udienze e la sospensione dei termini di prescrizione e di quelli processuali anche in relazione alle misure cautelari<sup>5</sup>; successivamente, invece, dal momento che la pandemia non si arrestava, ci si è resi conto che la giustizia non poteva paralizzarsi e si è scelto di potenziare l’utilizzo degli strumenti telematici, consentendo varie attività giudiziarie in collegamento da remoto<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> L’ultimo decreto, in ordine di tempo è il d.l. n. 137/2020, modificato dal d.l. n. 149/2020, conv. in l. n. 176/2020, arrivato dopo altri provvedimenti in ambito processuale quali il d.l. n. 9/2020, il d.l. n. 11/2020, l’art. 83 d.l. n. 18/2020 conv. in l. n. 27/2020, modificato dal d.l. n. 28/2020, conv. in l. n. 70/2020 che ha consentito la trasmissione telematica di notizie di reato e di successivi atti e documenti da parte della polizia giudiziaria - nella fase investigativa - al pubblico ministero secondo modalità stabilite con provvedimento della D.G.S.I.A. del Ministero della Giustizia. A cui è seguito il d.l. n. 34/2020 conv. in l. n. 77/2020.

<sup>5</sup> L’art. 83 del d.l. n. 18/2020 prevedeva alcune eccezioni per i soggetti in stato di detenzione. In tema: M. Pelissero, *Sospensione della prescrizione ed emergenza sanitaria: flessibilità della prescrizione o della legalità penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 905.

<sup>6</sup> Sulla confusione derivata v. E. Amodio, E.M. Catalano, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, in *Sist. pen.*, 5, 2020, p. 277; M. Bontempelli, *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo penale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 13 gennaio 2021; L. Fidelio, A. Natale, *Emergenza COVID-19 e giudizio penale di merito: un catalogo (incompleto) dei problemi*, in *Quest. giust.*, 16 aprile 2020; G. Flora, “Covid regit actum”. *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe (“ragionevoli”?) ai principi costituzionali*, in [www.penedp.it](http://www.penedp.it), 12 maggio 2020; M. Gialuz, J. Della Torre, *D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla “giustizia virtuale” servono maggiore cura e consapevolezza*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 9 novembre 2020; L. Giordano, *La legge di conversione del d.l. Ristori e l’impatto sul processo penale*, in [Ilprocessotelematico.it](http://Ilprocessotelematico.it), 4 gennaio 2021; Id., *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 920; S. Lorusso, in *Processo penale e bit oltre l’emergenza*, *Proc. pen. giust.*, 5, 2020, p. 1002; O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2020, p. 2; G. Pestelli, *D.L. 149/2020 (c.d. decreto Ristori bis): i nuovi provvedimenti in materia di giustizia*, in *Quot. giur.*, 10 novembre 2020; G. Picaro, *Il*



L'ultimo decreto legge, in ordine di tempo, attualmente in vigore, è il c.d. "Decreto Ristori", d.l. n. 137/2020, modificato dal d.l. n. 149/2020 (c.d. "Ristori-bis"), entrambi confluiti e convertiti nella l. n. 176/2020, la cui validità temporale è legata alla fine dello stato d'emergenza, datata all'epoca della redazione del decreto 30 aprile 2021, termine prorogato al 31 marzo 2022 dall'ultimo d.l. n. 221/2021.

Le disposizioni legislative relative al "Decreto Ristori" attengono ad una situazione emergenziale eccezionale, hanno una valenza limitata nel tempo e rappresentano una soluzione legislativa temporanea; pertanto, non costituendo una forma di regolamentazione del processo penale, non vanno applicate come una nuova normativa processuale. Mentre la realistica possibilità dell'ultrattività di alcune norme oltre il perdurare della situazione pandemica sembra una certezza grazie alla "riforma Cartabia"; il riferimento è a quelle disposizioni introdotte con la funzione di snellire il procedimento dal punto di vista formale al fine di ridurre i tempi processuali attraverso il ricorso a procedure telematiche, senza minare la sostanza del processo penale.

La l. n. 134/2021, oltre a disciplinare la necessaria introduzione del domicilio telematico (art. 1, comma 6, lett. a), prevede all'art. 1, comma 5, criteri e direttive da seguire nella disciplina del processo penale telematico quali: a) la conservazione e la formazione di atti e documenti processuali in formato digitale, il deposito degli atti e dei documenti, nonché le comunicazioni e le notificazioni effettuati in ogni stato e grado del processo in forma telematica; b) la definizione di regole tecniche relative ai depositi, alle comunicazioni e alle notificazioni telematiche ispirandosi al principio dell'idoneità del mezzo e alla certezza del compimento dell'atto; c) la previsione di una disciplina transitoria idonea ed adeguata a gestire la transizione dal cartaceo al digitale.

L'obiettivo della celerità e del miglioramento dell'efficienza del processo penale, proprio della l. n. 134/2021, mira ad essere raggiunto attraverso lo snellimento di alcune procedure "burocratiche" sostituite da *iter* informatizzati, in relazione al deposito degli atti, per le comunicazioni e le notificazioni, ma anche attraverso modalità di documentazione digitale come la registrazione audiovisiva dell'interrogatorio, prevista dall'art. 1, comma 8, lett. a) e/o la partecipazione a distanza per udienze o atti con il consenso delle parti *ex art.* 1, comma 8, lett. c).

2. Se l'avvento della pandemia ha comportato la conseguente legislazione dell'emergenza, è bene ricordare che, ancor prima, ci sono stati interventi normativi mirati alla digitalizzazione di alcuni aspetti del processo penale che, di fatto, hanno posto le basi per l'approdo telematico del processo penale così come previsto dalla

---

*virus nel processo penale. Tutela della salute, garanzie processuali ed efficienza dell'attività giudiziaria nei d.l. n. 18 e n. 23 del 2020*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 17 aprile 2020; F. Ruggieri, *Il processo penale al tempo del covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, in [www.lalegislazionepenale.it](http://www.lalegislazionepenale.it), 18 maggio 2020; A. Scalfati, *La custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria: leggi confuse e illiberali*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 6 maggio 2020; A. Scarcella, *Decreto Cura Italia: le misure che incidono sul processo penale*, in *Quot. giur.*, 18 marzo 2020; G. Spangher, *Giustizia: con la conversione dei Dl Ristori si consolida la modalità in remoto delle udienze penali*, in *NT+ Diritto*, 29 dicembre 2020.

“riforma Cartabia”. Anche se a livello legislativo non si è pensato subito ad un progetto organico, né ad una disciplina globale del processo telematico, come accaduto nel processo civile, sono state introdotte norme frammentate, con la funzione di regolare ambiti limitati che, oggettivamente, necessitavano di essere snelliti attraverso procedure informatizzate<sup>7</sup>.

Seguendo un ordine cronologico: il d.l. n. 179/2012, convertito in l. n. 221/2012 all’art. 16, quarto comma, ha introdotto la possibilità di effettuare in via telematica le notificazioni a persona diversa dall’imputato, tramite posta elettronica certificata, seguito dalla pronuncia con la quale la Corte costituzionale ha legittimato la possibilità di notifica via PEC, da parte del difensore, *ex art.* 152 c.p.p.; il Ministero della Giustizia, per consentire l’invio di tali notificazioni, ha avviato, con circolare 11 dicembre 2014, il sistema di notificazioni e comunicazioni telematiche penali (S.N.T.), disponibile per tutti gli uffici giudiziari.

Un altro profilo di digitalizzazione ha riguardato i registri cartacei, progressivamente sostituiti da un sistema informatico di registrazione degli atti: il Sistema informativo della Cognizione Penale (S.I.C.P.), entrato in vigore, dopo un periodo di sperimentazione, nel 2013. Questo sistema operativo nasce in attuazione del d.m. n. 264/2000<sup>8</sup> e del d.m. 27 aprile 2009 che disciplinano le nuove regole procedurali relative alla tenuta dei registri informatizzati dell’amministrazione della giustizia. Tale nuovo sistema di documentazione (S.I.C.P.), così come espresso nella circolare 11/6/2013 del Ministero della Giustizia, rappresenta il supporto informatico che «contiene e aggrega i dati dei modelli previsti dal d.m. n. 334/1989, nonché ogni altro elemento utile per lo svolgimento dell’attività degli uffici giudiziari». Vengono fatti salvi nella sostanza i modelli di redazione dei registri previsti dal decreto n. 334/1989, ma superati nella forma attraverso l’adozione di un supporto digitale.

Allo stesso modo si è tentato di sostituire progressivamente il fascicolo cartaceo con quello digitale, attraverso l’utilizzo del T.I.A.P.<sup>9</sup> (Trattamento Informatico Atti Processuali); va precisato, comunque, che tale sistema non è operativo in tutti gli uffici in maniera generalizzata, a differenza del S.N.T e del S.I.C.P. Alcuni uffici, infatti, utilizzano altri sistemi operativi come, ad esempio, l’AUROR@. L’obiettivo del Ministero della Giustizia è, pertanto, l’informatizzazione del fascicolo penale,

---

<sup>7</sup> Sul processo penale telematico prima della emergenza sanitaria: M. Bozzaotre, *Alcune considerazioni sul processo penale telematico dal punto di vista dell’avvocato*, in *Discrimen*, 14 novembre 2018; A. Ciriello, *Il processo telematico*, Key editore, Milano 2019; G.B. Gallus, *Il processo penale telematico*, in G. Ziccardi, P. Ferri (a cura di), *Tecnologia e diritto. Fondamenti d’informatica per il giurista*, Giuffrè, Milano 2017, p. 313 ss.; B. Galgani, *Il processo penale paperless: una realtà affascinante, ancora in divenire*, in L. Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Giappichelli, Torino 2019, p. 248; F.P. Micozzi, G.B. Gallus-G. Vaciago, *Processo penale telematico*, in G. Cassano, F. Pappalardo (a cura di), *Prontuario del processo telematico*, Giuffrè, Milano 2016; G. Taddei Elmi, *Dal processo telematico alla giurisdizione informatica*, in *Inform. Dir.*, XVI, 1-2, 2007, p. 11.

<sup>8</sup> “Regolamento recante norme per la tenuta dei registri presso gli uffici giudiziari”.

<sup>9</sup> Individuato come unico sistema dalla circolare del D.G.S.I.A. del 26 gennaio 2016.

attraverso un unico sistema operativo, riconosciuto ed utilizzato in tutti gli uffici giudiziari. Il fine è quello di far acquisire maggiore celerità al sistema processuale, con il ricorso a strumenti tecnologici che ne snelliscano le procedure. In quest'ottica si è inserito il d.lgs. n. 179/2016 applicando la disciplina del codice dell'amministrazione digitale (C.A.D.)<sup>10</sup>, nella consapevolezza che, nel processo penale, deve essere garantita sicurezza e precisione per quanto attiene alla trasmissione dei dati giudiziari, visti i diritti fondamentali dell'individuo in gioco. Un utilizzo sempre maggiore, anche se non in tutti gli uffici giudiziari, riguarda il Portale delle Notizie di reato (Portale N.d.R.), utilizzabile dalla polizia giudiziaria per annotare, in via preliminare, tutti i dati relativi ad una notizia di reato, per trasmetterla in tempi brevi alla Procura competente che provvederà ad iscriverla nel proprio Registro generale.

Nelle ipotesi di digitalizzazione sin qui descritte, tuttavia, non vi è, ancora, una vera e propria smaterializzazione del fascicolo o del registro, così come accade, invece, nel processo civile telematico, ma solo una parziale dematerializzazione dello stesso.

Ulteriore innovazione legislativa, che si evidenzia quanto all'utilizzo di strumenti tecnologici, riguarda l'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., inserito con la l. n. 11/1998 e modificato dalla l. n. 103/2017, che disciplina la partecipazione al dibattimento a distanza<sup>11</sup>. La norma, nata per rispondere ad esigenze di sicurezza, prevede, infatti, la

---

<sup>10</sup> Il Codice dell'Amministrazione Digitale (C.A.D.), istituito con d.lgs. n. 82/2005, modificato dal d.lgs. n. 179/2016 e dal d.lgs. n. 217/2017, è un testo unico che riunisce e organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese.

<sup>11</sup> In tema v. M. Bargis, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. pen.*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 1998, p. 159; P. Bronzo, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in M. Montagna (coord. da), *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, Giapicchelli, Torino 2011, p. 996; D. Curtotti, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè, Milano 2006; Ead., *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, in G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Cedam, Padova 2017, p. 516; Ead., *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 526; G. Di Chiara, *Come s'uno schermo. Partecipazione e distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, in Aa.Vv., *Imputazione e prova nel dibattimento tra regole e prassi*, Atti del XXXI Convegno Nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del processo penale, Giuffrè, Milano 2018, p. 129; M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Giapicchelli, Torino 2012; Id., *La sagomatura dell'esame a distanza nel perimetro del contraddittorio*, in D. Negri, R. Orlandi (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giapicchelli, Torino 2017, p. 13; A. Diddi, *Videoconferenze e partecipazione dell'imputato a dibattimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 458; Id., *Genesi e metamorfosi della partecipazione a distanza dell'imputato*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2279; A. Gaito, *Videoconferenza per ius superveniens e compressione della difesa: gli effetti perversi di certe prassi applicative*, in *Arch. pen.*, 1, 2018, p. 587; E. Iuliano, *L'aberrante espansione delle videoconferenze: tra vecchie questioni e attuali problematiche*, *ivi*, 1, 2020, p. 1; L. Kalb, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in Dalia, M. Ferraioli (a cura di), *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, Giuffrè, Milano 1998, p. 43; S. Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 maggio 2017; D. Negri, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 567; R. Piziali, *Le disposizioni sulla*

partecipazione alle udienze dibattimentali attraverso videoconferenza, nei processi per i reati di cui agli artt. 51, comma 3 *bis*, e 407, comma 1, lett. a), n. 4, c.p.p., sia dell'imputato, detenuto o in stato di libertà, sia del testimone. Con la "riforma Orlando", successivamente, il legislatore ha mostrato il *favor* verso la partecipazione a distanza, ampliando la possibilità dell'audizione, mediante videoconferenza, prevista dall'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., anche alle udienze civili dove l'imputato dei delitti di cui agli artt. 51, comma 3 *bis*, e 407, comma 1, lett. a), n. 4, c.p.p. debba essere ascoltato come testimone. I punti innovati dalla l. n. 103/2017 hanno riguardato, estendendone l'applicazione, la forma di audizione ai soggetti ammessi a programmi o a misure di protezione, anche di tipo provvisorio, nonché la partecipazione da remoto per ragioni di sicurezza e quando sia utile per evitare ritardi nello svolgimento del dibattimento o si debba ascoltare, come testimone, un soggetto a qualunque titolo detenuto; provvedimenti che il giudice potrà disporre con decreto motivato.

Di seguito, l'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p.<sup>12</sup>, con una esposizione articolata, dispone la partecipazione a distanza per i soggetti ammessi a programmi o misure di protezione, ma anche per l'esame in dibattimento di agenti e ufficiali di polizia che abbiano agito sotto copertura *ex art.* 9 l. n. 146/2006 o in quanto appartenenti ad organismi di polizia esteri, nonché per i soggetti ammessi al programma di protezione dei testimoni di giustizia, per quelli che abbiano ottenuto il decreto di cambiamento delle generalità ai sensi dell'art. 3 d.lgs. n. 119/1993 ed, infine, per l'esame delle persone imputate di reato connesso *ex art.* 210 c.p.p. nei cui confronti si proceda per uno dei delitti di cui agli artt. 51, comma 3 *bis*, o 407, comma 2, lett. a), n. 4, c.p.p.

Tale disciplina introdotta, principalmente, per garantire forme di sicurezza e di tutela del testimone, risponde, tuttavia, anche ad esigenze di economia processuale, da un punto di vista sia temporale, sia materiale. La scelta appare comprensibile allorquando ci siano prevalenti esigenze di protezione dei testimoni e, in generale, di sicurezza e incolumità dei soggetti da ascoltare, diversamente, diventa più difficile accettare e comprendere l'esclusione dell'ascolto *de visu*; ai fini del convincimento del giudice, infatti, non sono importanti soltanto le parole del testimone, ma anche i gesti, le esitazioni: esiste un "non detto" che ha un notevole valore nella valutazione giudiziale della testimonianza e, soprattutto, nell'esame della parte.

L'apertura del legislatore a tali nuove forme di audizione è rinvenibile anche negli artt. 726 *quinquies-sexies*, 729 *quater* c.p.p. e 205 *ter* disp. att. c.p.p. che disciplinano la possibilità di audizione da remoto mediante videoconferenza, teleconferenza o altra forma di audizione televisiva per le rogatorie internazionali attive o passive. Scelta

---

*partecipazione al procedimento a distanza*, in G. Di Chiara (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Giapicchelli, Torino 2003, p. 77; P.P. Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza del procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8, 2017, p. 139; N. Triggiani, *La partecipazione a distanza*, in E. Mezzetti, L. Luparia (a cura di), *La legislazione antimafia*, Zanichelli, Bologna 2020, p. 529.

<sup>12</sup> Introdotto dal d.l. n. 306/1992, conv. con modif. nella l. n. 356/1992, sostituito dalla l. n. 11/1998, modificato dalla l. n. 136/2010, nonché dalle l. n. 438/2001 e n. 6/2018.

comprensibilmente in linea con le esigenze di economia processuale e cooperazione giudiziaria europea, orientata sempre più verso il processo da remoto, a fronte della notevole distanza fisica tra i soggetti.

3. La normativa disposta a causa dell'emergenza sanitaria ha, di fatto, dato un impulso acceleratorio al processo penale telematico, prevedendo una serie di disposizioni che utilizzano strumenti digitali e collegamenti da remoto. Tali innovazioni, per quanto nate come temporalmente limitate al momento emergenziale, potrebbero risultare utili ed utilizzabili anche in futuro, soprattutto allorquando rendano l'effetto di snellire procedure che attengono a profili formali in linea con gli obiettivi prefissati dalla "riforma Cartabia". Diversamente, potrebbero risultare proceduralmente rischiose se modificano aspetti sostanziali del processo penale, da dover essere strettamente limitate temporalmente alla situazione emergenziale: si pensi all'istruzione dibattimentale o alla discussione finale da remoto.

La l. n. 176/2020, pur prevedendo alcune novità rispetto ai decreti precedenti, ricalca, comunque, le ideologie di base degli stessi. Resta, così, pressoché immutata la disciplina di cui all'art. 83 del d.l. n. 18/2020, laddove al comma 12 *quater* è disposto il deposito telematico di memorie, documenti e istanze *ex art. 415 bis c.p.p.*, presso gli uffici del pubblico ministero che abbiano fatto domanda e siano stati autorizzati dalla D.G.S.I.A. ed è, inoltre, previsto che le comunicazioni e notificazioni relative agli avvisi siano effettuate esclusivamente via PEC<sup>13</sup>. Salva, quasi integralmente, anche la disposizione di cui all'art. 221 d.l. n. 34/2020 che ha statuito la trasmissione telematica di notizie di reato e successivi atti e documenti da parte della polizia giudiziaria all'ufficio del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, secondo modalità previste dal D.G.S.I.A. In quest'ottica nel maggio 2020 è stato istituito il Portale di Deposito degli atti penali (P.D.P.), accessibile tramite *web* seguendo le indicazioni previste nel manuale utente redatto dal Ministero della Giustizia, mentre, con provvedimento del D.G.S.I.A. del 28 luglio 2020, è stato disciplinato minuziosamente l'utilizzo del Portale delle notizie di reato, in cui viene annotata la notizia di reato e le informative successive alla stessa e, in aggiunta, la relativa documentazione.

L'art. 24 d.l. n. 137/2020<sup>14</sup> ha confermato la scelta dell'andamento telematico, statuendo come unica opzione quella del deposito di memorie, documenti, richieste e

---

<sup>13</sup> Attraverso l'utilizzo del «sistema di notificazioni e comunicazioni telematiche penali ai sensi dell'art. 16 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 17 convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, o attraverso sistemi telematici individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia»; «le comunicazioni e le notificazioni degli avvisi e dei provvedimenti indicati al comma 13 agli imputati e alle altre parti sono eseguite mediante invio all'indirizzo di posta elettronica certificata di sistema del difensore di fiducia» (art. 83, commi 13-15, d.l. n. 18/2020).

<sup>14</sup> Anche la delega al Governo ha confermato la linea del deposito telematico degli atti (art. 1, comma 5, l. n. 134/2021).

istanze *ex art. 415 bis c.p.p.*, mediante portale del processo penale individuato con provvedimento del D.G.S.I.A. nonché la trasmissione della notizia di reato e i successivi atti e documenti da parte della polizia giudiziaria al pubblico ministero<sup>15</sup>. La norma specifica, altresì, che il deposito degli atti si intende eseguito al momento del rilascio della ricevuta di accettazione da parte dei sistemi ministeriali, secondo le modalità stabilite nel provvedimento del D.G.S.I.A.<sup>16</sup>; scelta confermata dal d.m. 13 gennaio 2021, che ha disposto l'obbligo del deposito telematico da parte dei difensori, mediante il relativo portale, per le istanze di opposizione all'archiviazione, per le denunce, le querele con le relative procure speciali, le nomine dei difensori, le rinunce ovvero le revoche dei mandati difensivi.

Ampliando lo spettro di applicazione, la conversione del “decreto Ristori” nella l. n. 176/2020 introduce una disciplina specifica per le impugnazioni<sup>17</sup>, inserendo all'art. 24 alcune prescrizioni: depositare l'atto da parte del difensore, a mezzo di posta elettronica certificata, all'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato attraverso un documento informatico, non applicando, così, l'art. 582, comma 2, c.p.p. (commi 6 *bis* e *ter*), produrre, attraverso PEC, motivi nuovi e memorie secondo gli ordinari termini previsti dal codice di rito (comma 6 *quater*). In merito alle cause di inammissibilità dell'impugnazione per via telematica vengono puntualmente precisate: la mancata sottoscrizione digitale dell'atto, l'invio da un indirizzo di posta elettronica non presente nel Registro generale degli indirizzi certificati o non intestati al difensore ovvero l'invio ad un indirizzo di posta elettronica certificata diverso da quello indicato

---

<sup>15</sup> V. A. Marandola, *Confermata la trasmissione telematica delle notizie di reato, degli atti difensivi ex art. 415 bis c.p.p. e regolato l'invio dell'impugnazione tramite PEC*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 149; M. Marraffino, *Nomine dei difensori a indagini concluse depositate sul portale*, in *NT+ Diritto*, 23 novembre 2020; G. Pestelli, *Le attività di indagine e di udienza “da remoto” nel c.d. decreto Ristori* in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 160.

<sup>16</sup> In tema: M. Bozzaotro, *Decreto-legge Ristori, il deposito telematico degli atti penali: significative novità e sconsolanti conferme*, in *www.giustiziainsieme.it*, 30 ottobre 2020; L. Kalb, *Emergenza sanitaria e giustizia penale. Un'analisi delle misure incidenti sul sistema processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 910; A. Mangiaracina, *Impugnazioni e pandemia: l'esilio dell'oralità e la “smaterializzazione” della camera di consiglio*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 177; A. Marandola, *Confermata la trasmissione telematica delle notizie di reato, degli atti difensivi ex art. 415 bis c.p.p. e regolato l'invio dell'impugnazione tramite PEC*, cit.; G. Spangher, *Covid-19: nel disastro si vede chiaro, in Penale. Diritto e procedura*, 1, 2021, p. 9; S. Tognazzi, *Il deposito telematico degli atti nel procedimento penale: disciplina d'emergenza e prove tecniche di riforma*, in *Giur. it.*, 2021, p. 709.

<sup>17</sup> P. Corso, *Le auspicabili ricadute della normativa emergenziale sulla comunicazione telematica prevista nel d.d.l. 2020 per la riforma della procedura penale*, in *Arch. pen. (web)*, 2, 2020, p. 16; M. Gialuz-J. Della Torre, *D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale sulla “giustizia virtuale” servono maggiore cura e consapevolezza*, in *www.sistemapenale.it*, 9 novembre 2020; A. Mangiaracina, *Prove tecniche per la “soppressione” del giudizio di appello?*, in *Arch. pen. (web)*, 3, 2020, p. 1; A. Marandola, *Il “pacchetto giustizia” del D.L. ristori: nuove misure per limitare gli effetti pandemici nelle aule di giustizia*, in *Il penalista (web)*, 30 ottobre 2020; Ead., *Decreto ristori bis: l'appello cartolare (temporaneo?) e l'allungamento della prescrizione e dei termini di custodia cautelare nel periodo di emergenza*, in *Il penalista (web)*, 11 novembre 2020.

per l'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato dal provvedimento del D.G.S.I.A. (comma 6 *sexies*). Va, comunque, chiarito che la disciplina di cui al comma 6 *sexies* non esclude, bensì integra le cause di inammissibilità delle impugnazioni già incluse nell'art. 591 c.p.p.

Quanto alle impugnazioni cautelari, in specifico, l'art. 24 prevede che l'atto di impugnazione avverso le ordinanze cautelari, sia esso riesame o appello, vada inviato, tramite posta elettronica certificata, dal difensore al tribunale del riesame, così come individuato dall'art. 309, comma 7, c.p.p. (comma 6 *quinqüies*).

Appare nebulosa, invece, la questione relativa alle impugnazioni avverso le misure cautelari reali, in quanto, applicando la legislazione ordinaria, sarebbe competente il tribunale individuato *ex art.* 324, comma 5, c.p.p., laddove, invece, la legislazione speciale di cui all'art. 24, comma 6 *quinqüies*, stabilisce che il giudice competente sia, anche per le misure cautelari reali, il tribunale individuato dall'art. 309 c.p.p.<sup>18</sup>; non si comprende se si tratti di una scelta consapevole del legislatore dell'emergenza o semplicemente di una svista<sup>19</sup>.

In particolare, la norma precisa che sarà sanzionata da inammissibilità l'impugnazione di una misura cautelare personale o reale inviata ad un tribunale diverso da quello indicato dal comma 7 dell'art. 309 c.p.p.: attraverso tale specificazione viene identificato, di fatto, come unico organo competente per le impugnazioni cautelari, globalmente intese, il tribunale del riesame previsto per le misure cautelari personali e non quello di cui all'art. 324 c.p.p.

4. Tra le novità introdotte dai decreti dell'emergenza, merita un'attenzione particolare quella relativa alla partecipazione a distanza, prevista anche all'art. 1, comma 8, lett. c, l. n. 134/2021. Il decreto n. 18/2020 all'art. 83, comma 12, ha previsto la partecipazione in modalità telematica per i soggetti detenuti, internati o in stato di custodia cautelare, applicando, in quanto compatibile, la disciplina prevista ai dall'art. 146 *bis*, commi 3, 4 e 5, disp. att. c.p.p. Lo stesso decreto, all'art. 83, comma 5, dispone che i capi degli uffici giudiziari debbano adottare misure organizzative per disciplinare le udienze a distanza anche nei casi di convalida dell'arresto e del fermo. Seguendo l'indicazione legislativa, il C.S.M. ha stabilito delle "Linee guida agli uffici giudiziari in ordine all'emergenza Covid 19", dove si promuove la prosecuzione delle udienze mediante collegamenti telematici e la stipula di protocolli atti a regolamentare le

---

<sup>18</sup> In quanto unico tribunale individuato dall'art. 24 l. n. 176/2020, visto che non è espressamente menzionato quale sia il tribunale competente avverso le misure cautelari reali.

<sup>19</sup> È stata sottolineata l'imprecisione del legislatore nella previsione *de qua* in A. Marandola, *Confermata la trasmissione telematica delle notizie di reato, degli atti difensivi ex art. 415 bis c.p.p. e regolato l'invio dell'impugnazione tramite PEC*, cit. Il tribunale individuato *ex art.* 309, comma 7, c.p.p., è esclusivamente competente per le misure cautelari personali, mentre il tribunale individuato dall'art. 324, comma 5, c.p.p. è competente sulle impugnazioni relative alle misure cautelari reali; pertanto il legislatore crea confusione soprattutto in relazione al tribunale destinatario dell'impugnazione di una misura cautelare reale.

modalità di partecipazione a tali udienze<sup>20</sup>. La l. n. 27/2020 di conversione del d.l. n. 18/2020, accogliendo l'ampliamento di origine pattizia delle udienze effettuabili da remoto, ha disposto che possano svolgersi a distanza anche le udienze che non richiedano la partecipazione di soggetti diversi dalle parti essenziali del processo, con modalità individuate con provvedimento del D.G.S.I.A.<sup>21</sup>. Il d.l. n. 28/2020, a seguire, ha inserito un comma 12 *bis* all'art. 83 d.l. n. 18/2020 che dispone la non applicabilità del processo da remoto per le udienze di discussione finale, siano esse in camera di consiglio o in udienza pubblica, o per quelle dove debbano essere ascoltati testimoni, parti, consulenti o periti, salvo che le parti vi acconsentano. Va sottolineata la rilevanza dell'ultimo inciso che attribuisce, di fatto, alle parti scegliere se consentire o meno il processo a distanza, nonché il contraddittorio da remoto, data l'importanza dei diritti in gioco; sarà la parte, infatti, a valutare se preferire la conclusione del processo o il rispetto delle garanzie dell'oralità, in funzione del caso concreto.

Il d.l. n. 137/2020, ricalcando la scelta effettuata in precedenza, all'art. 23, comma 2, dispone la partecipazione a distanza<sup>22</sup>, regolata secondo provvedimenti del D.G.S.I.A. del Ministero della Giustizia, nel corso delle indagini preliminari, per la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa, il difensore, il consulente tecnico, l'esperto o altri soggetti che devono partecipare agli atti e/o essere ascoltati. Il difensore risulta attivamente presente dal suo studio, salvo che non decida di essere nella stessa sede del suo assistito, mentre gli altri soggetti partecipano recandosi presso l'ufficio di polizia giudiziaria vicino al loro luogo di residenza; con le medesime modalità il giudice può eseguire l'interrogatorio di garanzia *ex art. 294 c.p.p.*

---

<sup>20</sup> In tema L. Giordano, *Il processo penale a distanza ai tempi del Coronavirus*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 920; *contra* la validità legale di tali protocolli pattizi O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2020, p. 2.

<sup>21</sup> Il D.G.S.I.A. ha emanato diversi provvedimenti circa le modalità di collegamento a distanza che, temporalmente, sono legati ai vari decreti in materia, il primo è del 20 marzo 2020, poi c'è il secondo datato maggio 2020 e, infine, il provvedimento di novembre 2020: quest'ultimo prevede all'art. 2 le tipologie di piattaforme per la partecipazione a distanza (MVC0, MVC1, MVC2, MVC3), superando l'utilizzo di Microsoft Teams e Skype for business, prevista nei provvedimenti precedenti: l'art. 8 dispone che le comunicazioni private tra imputato e difensore siano effettuate attraverso un circuito dedicato e criptato VoIP (Voice over Internet Protocol), mentre per le rogatorie internazionali si utilizza la telefonia su linee PSTN (Public Switched Telephone Network) al numero indicato dall'autorità straniera. Inoltre, l'art. 9 precisa - quanto ai requisiti di sicurezza e protezione dati - che i sistemi per le udienze a distanza utilizzano canali criptati i cui algoritmi di cifratura asimmetrica e chiavi di sessione sono conformi a quanto previsto dall'art. 14, comma 2, delle Specifiche Tecniche del d.m. n. 44/2011.

<sup>22</sup> L. Giordano, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, cit.; S. Lorusso, *La mutata fisionomia della partecipazione a distanza al dibattimento e il vulnus delle garanzie difensive*, in Id. (a cura di), *Il fragile mosaico delle garanzie difensive. Dalla legge Orlando alle scelte della XVIII Legislatura*, Giappichelli, Torino 2020, p. 147; V. Maiello, *La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2020, p. 2; O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, cit., p. 7; G. Pestelli, *Le attività di indagine e di udienza "da remoto" nel c.d. decreto Ristori*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 160 ss.; A. Tallarida, *Processo telematico e processo da remoto: come cambia il processo*, in *Rass. Avv. Stato*, 2020, p. 12.



Quanto alla celebrazione delle udienze, l'art. 23, commi 3, 4 e 5, d.l. n. 137/2020 disciplina, oltre l'eventualità di udienze in presenza a porte chiuse, anche la possibilità di partecipazione a qualsiasi udienza di persone: detenute, internate, in stato di custodia cautelare, fermate o arrestate, nonché libere, mediante videoconferenza o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del D.G.S.I.A del Ministero della giustizia, nonché applicando, in quanto compatibile, la disciplina di cui all'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., sulla partecipazione al dibattimento a distanza.

Quanto alle modalità operative, il giudice, prima dell'udienza, dà comunicazione ai difensori delle parti, al pubblico ministero e agli altri soggetti di cui è prevista la partecipazione di giorno, ora e modalità del collegamento. Il difensore, che assume il ruolo di garante della correttezza delle operazioni, attesta, inizialmente, l'identità dei soggetti, i quali prendono parte, se liberi o sottoposti a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, dalla medesima postazione da cui si collega il difensore. Qualora, invece, il soggetto sia in stato di custodia cautelare o di fermo partecipa dal più vicino ufficio di polizia giudiziaria attrezzato per la videoconferenza e, nello stesso luogo, si reca il difensore: in questo caso l'identità del soggetto viene attestata dall'ufficiale di polizia giudiziaria. In merito a tali dinamiche si rileva, tuttavia, come nell'applicazione reale si stia riscontrando una certa difficoltà, in particolar modo a causa di Uffici giudiziari non ancora attrezzati, non soltanto con riferimento agli strumenti informatici, ma anche con riguardo agli spazi da dedicare al difensore e all'indagato per tutta la durata dell'attività processuale, per poter consentire loro, ad esempio, la riservatezza dei colloqui. Un ulteriore aspetto riguarda la posizione del giudice laddove non è vincolato a partecipare alle udienze, dall'ufficio giudiziario, a differenza di quanto disposto nel provvedimento precedente, ma può prendervi parte da un luogo diverso.

La disciplina sin qui esposta non si applica qualora debbano essere esaminati testimoni, parti, periti, consulenti tecnici, nonché nei casi di discussioni a seguito di giudizio abbreviato *ex art.* 441 c.p.p. e di discussione finale *ex art.* 523 c.p.p. e, salvo che le parti vi consentano, alle udienze preliminari e dibattimentali. Nell'ipotesi di assunzione della testimonianza e di discussione, infatti, il legislatore sembra aver preferito garantire il contraddittorio, l'immediatezza e l'oralità in presenza, piuttosto che a distanza, dal momento che durante la testimonianza o durante la discussione finale, ai fini del convincimento giudiziale, oltre le parole hanno anche un grande valore le emozioni trasmesse dai movimenti corporei, difficilmente visibili e interpretabili durante le videoconferenze. Il *favor* per la presenza si evince dall'analisi della formulazione dell'art. 23, comma 5, d.l. n. 137/2020 che, a differenza del precedente comma 12 *bis* dell'art. 83 d.l. n. 18/2020 sembra circoscrivere la possibilità per le parti di scegliere il collegamento da remoto solo in due ipotesi. L'inciso del comma 5, infatti, così come formulato e posizionato all'interno del periodo «e, salvo che le parti vi consentano, alle udienze preliminari e dibattimentali» sembra riferirsi esclusivamente alle udienze preliminari e dibattimentali, e non all'audizione dei testimoni, parti, periti, consulenti tecnici o alle discussioni finali indicate prima della clausola di salvezza, a

differenza del comma 12 *bis* del d.l. n. 18/2020 che inseriva l'inciso «salvo che le parti vi acconsentano» all'inizio del periodo, riferendosi, di conseguenza, a tutte le fattispecie giuridiche indicate successivamente.

Quanto alle impugnazioni, oltre alle suddette novità introdotte in ordine alle modalità telematiche di presentazione della domanda, il “decreto Ristori” statuisce che le decisioni in appello, *ex art. 23 bis* l. n.176/2020, vengano adottate in camera di consiglio senza l'intervento del pubblico ministero e dei difensori delle parti private, fuori dai casi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e salvo che una delle parti private o il pubblico ministero faccia richiesta di discussione orale o l'imputato manifesti la volontà di comparire. Le conclusioni, formulate dal p.m. entro il decimo giorno precedente l'udienza, sono trasmesse via PEC alla cancelleria della Corte d'Appello, la quale invia immediatamente, per via telematica, l'atto ai difensori delle parti private che, entro il quinto giorno antecedente l'udienza, possono esibire le loro conclusioni, sempre con atto scritto in via telematica. Le parti sono autorizzate, altresì, a presentare, in via telematica, richiesta di discussione orale entro quindici giorni liberi precedenti l'udienza, lo stesso termine e le stesse modalità di comunicazione valgono anche per la richiesta dell'imputato di partecipare all'udienza.

Più articolata la disciplina introdotta per i ricorsi in Cassazione, perché, in linea con l'art. 83, comma 12 *ter*, d.l. n. 18/2020, è stabilito che per la trattazione *ex artt.* 127 e 614 c.p.p. la Corte procede in camera di consiglio senza l'intervento del procuratore generale e dei difensori delle altre parti, salvo che una delle parti private o il procuratore generale faccia richiesta di discussione orale. Il procuratore generale formula le sue richieste con atto spedito alla cancelleria della Corte a mezzo di posta elettronica certificata, entro i quindici giorni precedenti l'udienza. La cancelleria provvede immediatamente a inviare, sempre tramite PEC, l'atto contenente le richieste ai difensori delle altre parti che, cinque giorni prima dell'udienza, hanno la possibilità di presentare alla cancelleria della Corte con atto scritto, via PEC, le conclusioni.

Anche le deliberazioni collegiali in camera di consiglio possono essere assunte mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del D.G.S.I.A., in quanto il luogo da cui si collegano i magistrati è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge. Dopo la deliberazione, il presidente del collegio o il componente del collegio da lui delegato sottoscrive, il prima possibile, il dispositivo della sentenza o l'ordinanza e il provvedimento è depositato in cancelleria ai fini dell'inserimento nel fascicolo. Tali disposizioni non si applicano alle deliberazioni conseguenti alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio, svolte senza il ricorso a collegamento da remoto.

Il procuratore generale o il difensore abilitato *ex art* 613 c.p.p. di una delle parti private può presentare, a mezzo di posta elettronica certificata, richiesta di discussione

orale venticinque giorni liberi prima dell'udienza, termine fissato a pena di decadenza della richiesta stessa<sup>23</sup>.

Quanto alle udienze non partecipate, in linea con quanto previsto dall'art. 83, comma 12 *quinquies*, d.l. n. 18/2020, così come modificato dall'art. 3, comma 1, lett. g, è stato sottoscritto un protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione, la Procura Generale presso la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense, che stabilisce le modalità operative di invio degli atti processuali.

La scelta operata con il d.l. n. 137/2020, ma già proposta con il precedente d.l. n. 18/2020 riduce il contraddittorio, soprattutto nel giudizio di Cassazione, ad un contraddittorio meramente cartolare<sup>24</sup> che può essere "riabilitato" a contraddittorio orale laddove una delle parti private lo richieda espressamente. Si ribalta così la logica processuale: il contraddittorio orale diventa l'eccezione, quello cartolare la regola. Il ruolo delle parti diventa, dunque, essenziale<sup>25</sup> per rimettere in ordine la regolarità del rito e, di contro, la scelta di non chiedere il contraddittorio orale legittima la lesione del diritto allo stesso. Le parti hanno la facoltà di richiedere il contraddittorio orale senza alcuna motivazione quale diritto costituzionalmente garantito<sup>26</sup>.

In conclusione, la *ratio* sottesa alla scelta di prevedere udienze da remoto è chiaramente rivolta a garantire i soggetti coinvolti nella dinamica del procedimento penale, cercando di evitare il rischio di contagio, così il collegamento a distanza ha la funzione di contemperare la tutela della salute con l'esigenza investigativa e processuale. Nella sistematicità del bilanciamento dei diritti e degli interessi coinvolti, diritto alla salute e diritto al contraddittorio orale, la normativa emergenziale ritiene prevalente l'esigenza di tutela della salute, rispetto al diritto al contraddittorio orale. Ferma restando la logica predilezione per le attività in presenza, ragion per cui il difensore che ritenga essenziale l'attività *de qua* può opporsi al collegamento da remoto, a differenza di quanto previsto dall'art. 83, comma 12 *quater*, del d.l. precedente n. 18/2020, i collegamenti a distanza hanno evitato la paralisi giudiziaria.

L'operazione legislativa risulta in linea con le scelte effettuate mediante l'introduzione e la modifica dell'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., laddove si è ritenuta prevalente la tutela della sicurezza e dell'incolumità del testimone rispetto

---

<sup>23</sup> Il comma 8 dell'art. 23 d.l. n. 137/2020 dispone che le previsioni suddette non si applichino «ai procedimenti per i quali l'udienza di trattazione ricada entro il termine di quindici giorni dall'entrata in vigore del presente decreto. Per i procedimenti nei quali l'udienza ricade tra il sedicesimo e il trentesimo giorno dall'entrata in vigore del presente decreto la richiesta di discussione orale deve essere formulata entro dieci giorni dall'entrata in vigore del presente decreto».

<sup>24</sup> Dove «la *quaestio iuris* si inaridisce nella cartolarità delle argomentazioni»: G. Spangher, *Giustizia penale e ideologie emergenziali*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 27 aprile 2020.

<sup>25</sup> F. Ruggieri, *Il processo penale al tempo del Covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, in [www.legislazionepenale.it](http://www.legislazionepenale.it), 18 maggio 2020, p. 7.

<sup>26</sup> R. Bricchetti, *Conversione del d.l. Ristori: la disciplina emergenziale del ricorso per cassazione*, in *Il penalista*, 5 gennaio 2021, p. 4; A. Mangiaracina, *Impugnazione e pandemia: l'esilio dell'oralità e la "smaterializzazione" della camera di consiglio*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 177.

all'audizione in presenza dello stesso. Inoltre, la possibilità di tale soluzione a distanza è confermata dalla "riforma Cartabia", quindi in una fase successiva a quella emergenziale, qualora ci sia il consenso delle parti, al fine di accelerare l'*iter* processuale laddove non si ritenga essenziale la presenza del soggetto.

Va, infine, evidenziato con uno sguardo proiettato nel futuro, che se il ricorso a strumenti tecnologicamente avanzati e alle relative procedure, costituisce un passo avanti per il processo penale, al fine di snellire una serie di procedure che restando "cartacee" contribuiscono a dilatare i tempi del processo, tuttavia è necessario l'adeguamento delle sue dinamiche alla scelta di utilizzare registri informatizzati, fascicoli digitali, nonché modalità di comunicazione tra le parti attraverso PEC, che ci si auspica sia effettuato attraverso la disciplina transitoria così come prevista dalla "riforma Cartabia". Se ci sono alcuni aspetti del processo penale che non possono assolutamente essere modificati, perché necessitano della presenza delle parti processuali, quali l'assunzione della prova, e, in generale, tutta la parte relativa all'istruzione dibattimentale e alla discussione finale, ce ne sono altri che, indubbiamente, risultano notevolmente snelliti attraverso il ricorso a procedure informatizzate, garantendo una maggiore celerità negli adempimenti formali utile non solo in fase emergenziale, ma anche in situazione di normalità.

Senza dimenticare, ovviamente, che comunque le procedure informatizzate, anche quando possibili e giustificate, finiscono per modificare la dimensione spaziale e simbolica della logica processuale; il processo non è solo l'insieme degli atti e delle disposizioni legislative, ma è costituito da una dimensione rituale profondamente legata all'architettura dell'aula giudiziaria, alla disposizione, e finanche alla postura, dei corpi delle parti processuali, alla presenza o meno del pubblico. Lo spazio fisico e lo svolgimento in presenza dicono quasi di un *corpus* di regole implicite che inevitabilmente risultano inapplicabili nella versione telematica del processo; a meno di riconoscere che, anche dietro l'inedito spazio virtuale di uno schermo, si nasconde una dimensione tacita e gestuale ancora tutta da scoprire ed interpretare<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Sul punto vedi A. Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Mimesis, Milano 2007, p. 92 ss. Un'analisi dei grandi processi per crimini internazionali dove lo schermo gioca il ruolo di protagonista è contenuta in G. Delage, *La vérité par l'image. De Nuremberg au procès Milosevic*, Denoel, Parigi 2006.

Filomena Zaccaria

LA SINDROME DI ALIENAZIONE PARENTALE NON ESISTE:  
LA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE SQUARCIA IL SILENZIO,  
DEFINENDOLA UNA INCONCEPIBILE VALUTAZIONE DI “TATERTYP”\*

ABSTRACT

La Corte di Cassazione Civile, Sez. I, ud. 22 gennaio 2021, dep. 17 maggio 2021, n. 13217 esplicita, in modo assolutamente chiaro e coraggioso, la assoluta pericolosità della teoria dell’alienazione parentale, esplicitando i gravi pregiudizi sul minore nell’ipotesi in cui tale concetto venga considerato valido dal giudice che, istituzionalmente, ha il dovere di tutelare il benessere superiore dello stesso.

The Civil Court of Cassation, Section I, ud. 22 January 2021, dep. 17 May 2021, n. 13217 expresses, in an absolutely clear and courageous way, the absolute dangerousness of the parental alienation theory, explaining the serious prejudices against the minor in the event that this concept is considered valid by the judge who, institutionally, has the duty to protect the superior welfare of the same.

PAROLE CHIAVE

Alienazione – pericolosità – minore

Alienation – danger – minor

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’ideologia della sindrome di alienazione parentale (P.A.S.). – 3. L’approccio di genere, la matrice culturale delle ideologie «pasiste». – 4. L’introduzione surrettizia di un «quarto» criterio nell’art. 337 – *ter c.c.* – 5. Riferimenti di diritto convenzionale. – 6. Quale indagine per il giudice adito?

1. La sentenza della Cassazione Civile del 17 maggio 2021 n. 13217 ha enucleato, riportandolo nell’alveo dei principi di diritto sostanziale civile, il dato scientifico, negato spessissimo in sede di indagine processuale, secondo il quale la cosiddetta sindrome da

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

alienazione parentale, o della madre malevola, non è una teoria scientifica e non può essere sussunta quale categoria giuridica di valutazione della genitorialità.<sup>1</sup>

La sentenza in esame riforma la decisione della Corte di Appello di Venezia emessa a seguito del provvedimento del Tribunale di Treviso che, valutate le consulenze tecniche d'ufficio aderenti alla teoria «pasista»<sup>2</sup>, negava l'affido cd. super-esclusivo della figlia minore della coppia alla madre, disponendone invece l'affido esclusivo al padre, regolamentando le visite della prima; la Corte d'Appello veneziana, adita in reclamo, assegnava, in riforma, il super affido al padre della piccola, disponendone ivi il collocamento, aderendo alle risultanze peritali che avevano riscontrato una grave carenza di capacità genitoriale della madre, in quanto in grado di influenzare la relazione padre/figlia.

La madre ricorreva in Cassazione lamentando la violazione degli artt. 155, 315 – *bis*, 333, 337 – *ter* 337 – *quater*, 337 – *quinquies*, 337 – *octies* c.c., artt. 62, 194, 709 – *ter* c.p.c., nonché degli artt. 3, 6, 12, 16, 19 della Convenzione Internazionale di New York, e gli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo, nonché degli artt. 337 – *octies* c.c. e 8 C.E.D.U.

La Suprema Corte accoglie i motivi di impugnazione sulla scorta dei seguenti principi:

- il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità del fatto dei suddetti comportamenti “ostruzionistici” della madre, utilizzando i comuni mezzi di prova, tipici e specifici della materia, incluse le presunzioni, ed a motivare adeguatamente, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della detta patologia, tenuto conto

---

<sup>1</sup> In senso conforme, cfr. ordinanza Cass. civ. Sez. I, 16 dicembre 2020, n. 28723 in *rv* 660093-01 per cui, in tema di affidamento di figli minori, qualora un genitore denunci comportamenti dell'altro genitore, affidatario o collocatario, di allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una sindrome di alienazione parentale (nota anche con l'acronimo di *parental alienation syndrome* «P.A.S.»), ai fini della modifica delle modalità di affidamento, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità del fatto dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova, tipici e specifici della materia, incluse le presunzioni, ed a motivare adeguatamente, tenuto conto che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena.); Cass. civ., Sez. I, 16 maggio 2019, n. 13274, in *Corriere Giur.*, 2020, 2, p. 159, per cui il Tribunale non può affidare in esclusiva il figlio al padre mandandolo per un periodo (sei mesi) in una struttura, vista la sua avversione per la soluzione adottata, basandosi essenzialmente su una perizia con la quale era stata accertata la P.A.S.; Cass. civ., Sez. I, 8 aprile 2016, n. 6919, in *Foro It.*, 2016, 5, 1, p. 1655.

In senso difforme, cfr. Trib. Castrovillari, 30 giugno 2020: in tema di affidamento dei figli minori, l'acclarato riavvicinamento dei figli al padre a seguito della loro temporanea e breve avulsione dall'influenza psicologica materna esclude che il rifiuto del padre da parte dei minori abbia solida base in una diretta esperienza di comportamenti paterni negativi e dimostra, a posteriori, la validità della formulata ipotesi di *alienazione parentale*, giustificando il provvedimento di affidamento esclusivo al padre.

<sup>2</sup> P.A.S. è l'acronimo di *Parental Alienation Syndrome*, ossia sindrome di alienazione parentale. In gergo “pasista” è colui il quale crede in questa teoria dannosa e non riconosciuta dalla comunità scientifica.

che tra i criteri di idoneità genitoriale vi sono anche quelli di preservare la continuità delle relazioni;

- il giudice di merito nell'aderire alle risultanze peritali non può, ove all'elaborato siano mosse specifiche e precise censure limitarsi al mero richiamo alle conclusioni del consulente, ma è tenuto a verificare, sulla base delle proprie cognizioni scientifiche, ovvero avvalendosi anche di esperti, ricorrendo alla comparazione statistica per casi clinici- a verificare il fondamento di una consulenza che presenta devianze dalla scienza medica ufficiale...dovendosi escludere in ambito giudiziario, la possibilità di adottare soluzioni prive del necessario conforto scientifico e potenzialmente produttive di danni ancor più gravi di quelli che vogliono scongiurare;

- in materia di affidamento dei figli minori, il giudice deve attenersi al criterio fondamentale rappresentato dall'esclusivo interesse morale e materiale della prole privilegiando il genitore che appaia più idoneo a ridurre al massimo il pregiudizio derivante dalla disgregazione familiare ed assicurare il miglior sviluppo della personalità del minore. L'individuazione di tale genitore deve essere fatta secondo un giudizio prognostico circa la capacità del padre o della madre di crescere ed educare il figlio, che potrà fondarsi sulle modalità con cui il medesimo ha svolto in passato il proprio ruolo, con particolare riguardo alla sua capacità di relazione affettiva, di attenzione, di comprensione, di educazione, di disponibilità ad un assiduo rapporto, nonché sull'apprezzamento della personalità del genitore.

2. La pseudoteoria dell'«alienazione parentale» è nata negli USA negli anni '80 del secolo scorso. Si tratta di un retropensiero secondo il quale, se un minore rifiuta il contatto con il padre, allora la responsabilità di tale condotta infantile è da individuarsi nella madre malevola che, con raffinate tecniche di manipolazione psicologica, sarebbe in grado di “ipnotizzare” il figlio, allontanandolo dall'altro genitore (*mother blaming*): tale teoria rifiuta l'idea logica per cui se un minore rifiuta il contatto con il padre, è perché quest'ultimo è, ovvero è stato, violento con lui. La reazione più ovvia per un minore vittima di violenza, anche assistita, è quella di essere recalcitrante alla vicinanza con l'autore della violenza stessa. Si tratta di un sillogismo talmente logico e naturale, che non ha bisogno di spiegazioni.

Tuttavia, non potendo fornire alcuna prova della presunta “manipolazione psicologica” e rifiutando il riconoscimento della gravissima incidenza sulla psiche dei minori di rapporti paterni non tutelanti, (*rectius*: rifiutando l'esistenza del concetto di violenza diretta ed assistita), i fautori di questa pseudoteoria coniarono una sorta di malattia psichiatrica, che non aveva bisogno di prove o evidenze scientifiche, in quanto era sufficiente che venisse descritta nei testi di medicina, ricompresa nelle classificazioni ufficiali delle malattie. Infatti tale “costrutto pseudo scientifico” venne estrinsecato per la

prima volta da un medico di New York, il Dr Richard Alan Gardner il quale la definì “*parental alienation syndrome*”, con l’acronimo P.A.S.<sup>3</sup>

Nel 1985 Gardner scrisse un articolo su questa malattia da lui «scoperta», che fu pubblicato sulla rivista “Academy Forum dell’Associazione Americana di Psicanalisi e Psichiatria Dinamica”, che non era però una rivista scientifica, ma creata *ad hoc* dallo stesso Gardner, con sede legale presso la sua abitazione. Poiché aveva necessità del riconoscimento scientifico della PAS, il Gardner si rivolse al Dr. Paul Fink, Presidente del Consiglio direttivo per gli abusi sui minori e la violenza interpersonale, ed ex presidente dell’*American Psychiatric Association*<sup>4</sup> per chiederne l’inserimento nel DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of mental disorders*)

La risposta del Dott. Fink fu la seguente:

La pas è la scienza spazzatura nel peggiore dei casi... La scienza ci dice che la ragione più probabile per cui un bambino si allontana da un genitore è il comportamento di quel genitore. Le etichette, come pas, servono a distogliere l'attenzione da tali comportamenti [...]. I bambini soffrono quando la legge abbraccia una "sindrome" solo perché un cosiddetto "esperto" ha coniato una frase scattante.

Così il Dr Gardner venne espulso dalla Columbia University in quanto «ignorante nella disciplina di psichiatria e incapace di ragionare secondo il metodo scientifico».

Il concetto di «sindrome» è stato già ampiamente stralciato dalla discussione scientifica che vi fu su questo argomento negli anni 2010/2013 in occasione della revisione del Manuale dei disordini mentali dell’uomo (DSM-5) ad opera dell’*American Psychiatric Association* (APA). Pertanto i sostenitori di Gardner, non potendo più utilizzare termini quali PAS, essendo *reietta dal novero delle malattie psichiatriche, hanno modificato il loro linguaggio, sostituendo il termine «sindrome da alienazione parentale – alienazione parentale», con parafrasi dal medesimo contenuto, come ad esempio «disturbo da alienazione, disturbo parentale, legame simbiotico, legame fusionale, disturbo relazionale, patto di lealtà, disturbo misto, madre invischiante e pericolosa», fino ad ipotizzare presunti stati psicopatologici quali il «disturbo misto di personalità»<sup>5</sup>.*

Ma, nonostante l’accertamento scientifico incontrovertibile che attesta l’assoluta infondatezza scientifica dell’alienazione parentale, sono sorte scuole e filoni di «pensiero» psicologico che continuano a considerare rilevante e fondata scientificamente la PAS, tanto

---

<sup>3</sup> R. GARDNER, *Sex Abuse Hysteria. The Salem Witch Trials Revisited*, Creative Therapeutics, Cresskill, 1991.

<sup>4</sup> [www.leadershipcouncil.org](http://www.leadershipcouncil.org).

<sup>5</sup> Cfr. c.t.u. del proc. VG 508/15 Trib. Min. Lecce, per cui la madre effettivamente non è affetta da nessuna patologia da DSM V, ma «presenta rilevanti tratti relativi ad un funzionamento misto- con i vari tratti di tipo proiettivo e con una emotività dissimulata».



da essere punto di volta di molte CTU disposte dai giudici, a cui sono seguite numerose pedissequae sentenze<sup>6</sup>.

Infatti, alcuni consulenti nominati, quali ausiliari dei giudici, in fase di valutazione delle capacità genitoriali, elaborano relazioni che ripercorrono le pseudo teorie della alienazione parentale (senza mai nominarla per ovvi motivi, ma utilizzando suggestive perifrasi), fino a determinare conclusioni peritali che dispongono l'allontanamento del minore della madre *malevola*, obbligando il/la minore a vivere con il genitore che rifiutano (di solito il padre) al fine di permettere il cosiddetto percorso di «*riconnesione emotiva*» che altro non è se non un vero e proprio T.S.O. strisciante a carico di minori.<sup>7</sup>

Al netto di queste brevi e non esaustive premesse di ordine generale, sotto un profilo squisitamente giuridico, la domanda che a questo punto ogni giurista deve porsi è l'introduzione del sistema processuale della ideologia «pasista», leda o no delle norme di legge e diritti fondamentali prima dei minori e poi degli adulti di riferimento (*caregivers*) e per quale motivo vi è adesione a questa pseudo teoria da parte di molti giudici di merito.

In primo luogo, quant'anche, erroneamente, le consulenze d'ufficio riportino a fondamento dei comportamenti dei minori la PAS, il giudice può e deve discostarsi dalle indicazioni fornite dal suo ausiliare; in quanto *peritus peritorum* non può acriticamente aderire alle risultanze che si pongono in contrasto con la scienza medica e giuridica e siano prive di valenza probatoria.

3. Attraverso l'analisi storica e poi statistica del fenomeno «pasista», è possibile comprendere, quale sia il sostrato pseudo culturale nel quale di sviluppa e si rafforza; la stragrande maggioranza dei presunti casi di «alienazione parentale» si pone a carico delle madri, che nella maggior parte dei casi hanno denunciato maltrattamenti in famiglia, anche di natura psicologica e, se non è intervenuta la denuncia, hanno comunque subito una relazione affettiva controllante e maltrattante da parte del compagno, padre dei minori, oggetto della «contesa». L'errore di fondo che viene commesso da tutti i soggetti giuridici del processo civile è l'assoluta assenza di una analisi della storia familiare, attraverso il dovuto «approccio di genere» (l'art. 3 della Convenzione di Istanbul così recita)

con l'espressione “violenza nei confronti delle donne” si intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di

---

<sup>6</sup> G.B. Camerini, M. Pingitore, G. Lopez, *Alienazione parentale, innovazioni cliniche e giuridiche*, Francoangeli, Milano, 2016.

<sup>7</sup> Trib. Min. Castrovillari, 30 giugno 2020, in *Quotidiano Giur.*, 2020; Corte Appello Brescia, sez. per i Minorenni, 17 maggio 2013, in *Foro It.*, 2013, 6, 1, p. 1840; Trib. Min. Lecce, 4 marzo 2021.

compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata

che riguarda la capacità, di leggere il fenomeno delle relazioni nella quali il minore rifiuta il padre, quale espressione, non della «manipolazione materna», ma della esposizione dello stesso a una relazione genitoriale non tutelante, che provoca traumi da stress, stati di ansia e paura, considerato che tale ultimo sentimento non è neurologicamente controllabile e quindi nessun genitore e/o chicchessia può compiere un «intervento manipolatorio». Evidentemente l'approccio pasista è frutto di una cultura atavica che assegna alla madre/donna funzioni di cura, procreazione e adesione ad un sistema sociale che la colloca in quella ed esclusiva dimensione; pertanto, ogni intervento della stessa idoneo ad «alterare» quell'approccio, è letto come manipolatorio. Tale subcultura purtroppo, se non si compie un duro lavoro di «ricominciamento» e di formazione, su chi è parte processuale del processo, determina gravissime forme di vittimizzazione secondaria, come la PAS<sup>8</sup>.

Nella letteratura scientifica, si è osservato altresì, che la lingua non è neutra, non soltanto perché ogni parlante lascia nel discorso tracce della propria enunciazione, rivelando così la propria esperienza soggettiva, ma anche perché la lingua iscrive e simbolizza all'interno della sua struttura la differenza sessuale, in forma già gerarchizzata e orientate ed il linguaggio utilizzato dai «pasisti» negli atti processuali non è neutro, ma contiene giudizi nei confronti della madre che derivano da quella subcultura stereotipata di genere, intrisa di stereotipi, che il nostro legislatore ha reietto dal sistema giuridico attraverso la sottoscrizione della Convenzione di Istanbul nel maggio 2011, nella successiva legge di ratifica del 2013, nelle leggi 119/2013, dl 112/2015 e nella legge n. 69/2019, unitamente agli interventi legislativi precipui delle funzioni regionali.

Da tale errato approccio derivano, nel linguaggio «pasista», anche concrete reminiscenze della Inquisizione medievale ove le donne o erano sante, o erano streghe in grado di manipolare ed alterare lo scibile maschile (*Malleus Maleficarum*)<sup>9</sup>, a causa della loro «natura» femminile, tanto che la madre «alienante» è colei che intende «togliere i figli al padre – manipola le menti dei bambini fino a renderli rifiutanti – impedisce una sana genitorialità» («madre malevola, madre padrona, madre invischiante, madre ostativa, ostruzionismo materno») e, soprattutto, è in grado (come le streghe) di distruggere il padre/l'uomo, vittima di tale stregoneria, tanto da privarlo della relazione con i figli.

---

<sup>8</sup> Sul punto si rimanda all'illuminante P. Di Nicola, *La mia parola contro la sua*, HarperCollins, Milano, 2018.

<sup>9</sup> *Malleus Maleficarum*, pubblicato nel 1487 dai due frati domenicani tedeschi J. Sprenger e H. Institor Kramer, che a loro volta davano attuazione alla bolla di Papa Innocenzo VIII *Summis Desiderantes Affectibus* nella quale il Pontefice affermava la necessità di sopprimere l'eresia e la stregoneria nella regione della Valle del Reno..

Può apparire tale ragionamento forse esagerato, ma di fatto, al netto del percorso che la storia ci ha consegnato, i «pasisti» assegnano alle madri la *potenza* innata e negativa in grado di manipolare le menti dei propri figli, fino a porli in aperto rifiuto verso il padre, a maggior ragione se quelle madri osano essere autodeterminate ed eventualmente hanno avuto il coraggio di denunciare maltrattamenti in famiglia.

A tale approccio culturale può non essere esente il giudice adito nei procedimenti separativi, di filiazione, sia ordinario che minorile, fino a decidere attraverso gli stereotipi che appartengono al suo essere ma anche in modo strutturale alla società.

È evidente che tale esercizio del potere decisionale è errato in quanto attesta la mancata formazione della magistratura e della avvocatura in materia di genere, quant'anche auspicata da tutti gli organi di riferimento (CSM delibera maggio 2018 – CNF corsi di formazione specifici)<sup>10</sup>, sconta la mancata soppressione dei Tribunali dei Minori e la mancata costituzione del Tribunale della famiglia che avrebbero potuto armonizzare la disciplina in materia, soprattutto in tema di competenze funzionali, fino a apportare la reiterata violazione di norme cogenti nel nostro ordinamento, che determinano gravissime forme di vittimizzazione secondaria per i minori e lo loro madri.

Le sentenze emesse secondo i pseudo criteri di valutazione della capacità genitoriali indicati dai «pasisti», fondano la loro motivazione nella necessità di rispettare il principio della bigenitorialità del minore; tale assunto, legittimo da un punto di vista formale, necessita della dovuta interpretazione di coordinamento con le altre norme, anche di rango superiore, in vigore nel nostro ordinamento, soprattutto in ordine alla tutela del benessere superiore del minore.

In altre parole, nel bilanciamento degli interessi tra il *munus* genitoriale ed il diritto del minore «a stare bene» deve prevalere il secondo, in un coordinamento diseguale dei due diritti. Il diritto alla bigenitorialità appartiene al minore in quanto si interseca in modo prioritario ed esclusivo con l'altro diritto costituzionalmente garantito, ovvero il diritto alla salute; è evidente che, nel novero della piramide normativa, il diritto alla bigenitorialità va compresso allorché lede il diritto costituzionale alla salute del minore.

Pertanto se il minore esprime paura e timore nella relazione paterna, tanto da determinare la lesione del diritto al benessere ed alla salute, le istituzioni non possono non considerare la necessità di una compressione del diritto genitoriale che è un *munus*, a tutela dell'altro, di rango superiore, del minore; si tratterà di valutare il dovuto diseguale bilanciamento delle tutele a favore del minore e del suo benessere superiore (*best interests of the child*).

---

<sup>10</sup> Cfr. la Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura del 9 maggio 2018 paragrafo 7.3. Buone prassi concernenti l'attività informativa a favore delle persone vittima di violenza e i rapporti con i media.

Pertanto e prima di tutto è necessario che il giudice adito svolga una indagine concreta della storia di cura del minore durante la relazione genitoriale ordinaria, così come dovrà necessariamente prendere in considerazione la volontà del minore, ed all'uopo, non è esonerato dallo svolgere una indagine di natura scientifica sui motivi del rifiuto del minore. È evidente che tale percorso, obbligato in diritto, esclude a priori ed in modo incondizionato qualsivoglia riferimento alla pseudo teoria «pasista» per tutti i motivi esposti. In mancanza di tale approccio «tucidideo», gli atti giudiziari conseguenti (affido super esclusivo al genitore rifiutato, decadenza/sospensione della responsabilità genitoriale della madre che avrebbe alienato, inserimento in casa famiglia del minore, interventi psicoterapici sul minore per effettuare la riconnessione emotiva) si pongono in palese contrasto con le norme costituzionali di riferimento<sup>11</sup>.

Le scelte giudiziarie in aderenza alle teorie pasiste, giustificate per garantire il diritto alla bigenitorialità del minore violano, in modo macroscopico, proprio l'art. 337 ter c.c. che codifica quel diritto; si legge al primo comma la detta enunciazione di principio: «Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale», ma nell'enunciare il sacrosanto diritto alla genitorialità del minore, aggiunge al secondo comma «per realizzare la finalità indicata dal primo comma nei procedimenti di cui all'art. 337 bis, il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa», imponendo, all'uopo, al giudice l'obbligo di valutare, *in primis* se l'adempimento di quel diritto si interseca con la tutela del benessere superiore del minore ed *in secundis*, qualora così non sia, la necessità di comprimere il *munus* genitoriale a tutela del benessere superiore del minore, proprio nel rispetto degli enunziati costituzionali su indicati.

4. È altresì evidente che l'indagine deve riguardare i criteri discretivi della capacità genitoriale indicati nell'art. 337 *ter* c.c. (cura, educazione, istruzione) nel cui alveo si possono inserire le varie gradazioni di eventuali omissioni concomitanti ed esclusive, ma

---

<sup>11</sup> Basti ricordare alcuni fondamentali articoli della Costituzione: Art. 2: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»; Art. 32: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»; Art. 31: «[...] protegge la maternità e l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo»; Art. 30: «È dovere e diritto dei genitori mantenere istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti».

certamente nella indagine prima peritale e poi giudiziaria, non può essere acquisito il quarto criterio di valutazione della capacità genitoriale introdotto dai pasisti, ovvero la garanzia di “accesso all’altra genitorialità”; si leggono in molte CTU locuzioni quali “*la madre non veicola il bambino al padre...è invischiante...è invadente...è possessiva...è diffidente...*” di fatto sussunte quale unico criterio discretivo e probante atto a determinare la decadenza delle responsabilità genitoriale materna. Tale criterio di valutazione della genitorialità è antigiusdizionario e viola reiteratamente le norme di diritto ed i principi giurisprudenziali già codificati da granitica giurisprudenza di legittimità; è illegittimo il provvedimento del giudice allorché dispone l’affidamento esclusivo del minore al padre che “denuncia il comportamento alienante della madre”, se l’indagine prognostica si esaurisce e si fonda sul giudizio di inidoneità della madre, determinato da alcuni “*suoi comportamenti tendenti ad escludere l’altro genitore e ad ingenerare un conflitto di lealtà nella prole, riconducibile alla sindrome di alienazione parentale*”.

E quel giudizio prognostico va formulato tenendo conto, in base a elementi concreti, del modo in cui i genitori hanno precedentemente svolto i propri compiti, delle rispettive capacità di relazione affettiva, attenzione, comprensione, educazione e disponibilità a un assiduo rapporto, nonché alla personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell’ambiente sociale e familiare che è in grado di offrire al minore.

L’indagine del giudice deve essere svolta sulla scorta di elementi concreti, che acclarino le modalità attraverso le quali i genitori hanno precedentemente svolto i propri compiti, delle rispettive capacità di relazione affettiva, attenzione, comprensione, educazione e disponibilità ad un assiduo rapporto, nonché della personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell’ambiente sociale e familiare che è in grado di offrire al minore, fermo restando, in ogni caso, il rispetto del principio della bigenitorialità, da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, i quali hanno il dovere di cooperare nella sua assistenza, educazione ed istruzione<sup>12</sup>.

Evidentemente la valutazione prognostica del giudice non può essere eseguita esclusivamente attraverso la Consulenza tecnica d’ufficio, né, tantomeno, questi può aderire acriticamente a risultanze peritali che si discostino dalla scienza medica e siano prive di valenza probatoria<sup>13</sup>, quali quelle che fondano l’indagine sulla “alienazione parentale”; infatti quale *peritus peritorum*, pur avvalendosi di idonei esperti, è sempre comunque tenuto a verificare il fondamento delle risultanze dei propri ausiliari<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> In questo senso cfr., *ex multis*, Cass. civ. Sez. I, 16 maggio 2019, n. 13274, in *Quot. Giur.* 2019, p. 22 e ss.; Cass. civ., Sez. I, ordinanza 28 settembre 2017, n. 22744; Cass. civ., Sez. I, 23 settembre 2015, n. 18817 in *CED Cass.* 2015;

<sup>13</sup> Cass. civ., sez I, 20 marzo 2013 n. 7041 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it);

<sup>14</sup> Cass. civ., sez I, 16 maggio 2019 n. 13274, in *Quot. Giur.* 2019, p. 48.

Pertanto, quando viene disposta una CTU medico-psichiatrica, allo scopo di verificare le condizioni psico-fisiche del minore, e questa si sia conclusa con un *“accertamento diagnostico di sindrome dell’alienazione parentale, il giudice di merito, nell’aderire alle conclusioni dell’accertamento peritale, non può, ove all’elaborato siano state mosse specifiche e precise censure, limitarsi al mero richiamo alle conclusioni del consulente, ma è tenuto – sulla base delle proprie cognizioni scientifiche, ovvero avvalendosi di idonei esperti e ricorrendo anche alla composizione statistica per casi clinici – a verificare il fondamento, sul piano scientifico, di una consulenza che presenti devianze dalla scienza medica ufficiale e che risulti, sullo stesso piano della validità scientifica, oggetto di plurime critiche e perplessità da parte del mondo accademico internazionale, dovendosi escludere la possibilità in ambito giudiziario, di adottare soluzioni prive del necessario confronto scientifico e potenzialmente produttive di danni ancor più gravi di quelli che intendono scongiurare”*<sup>15</sup>.

5. Le fonti normative nazionali di rango costituzionale ed ordinario trovano fondamento anche in tutta la legislazione sovranazionale in materia di tutela dei minori; infatti già con il Regolamento c.d. Bruxelles II bis, concernente le decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, si delinea una concezione europea del *munus* genitoriale che si identifica con l’assunzione delle responsabilità che i genitori hanno nei confronti della prole e nel loro esclusivo superiore interesse. L’utilizzo della locuzione «responsabilità genitoriale», (che ha sostituito la vecchia “potestà” genitoriale) infatti, pone l’accento sui doveri contenuti nel *munus* piuttosto che sui diritti dei genitori; tali diritti, infatti, sono conferiti ai genitori solamente ai fini della realizzazione di un interesse non proprio, ma di un terzo, ovvero il minore. Introdotto dal comma 8 dell’art. 1 della Legge 219/2012, intitolato «Diritti e doveri dei figli», costituisce un vero e proprio statuto dei diritti del minore nel quale sono consacrati i diritti dei figli, ove confluiscono senza alcuna abrogazione, ma in una visione unitaria, diritti già esistenti che trovano qui una loro dimensione generale e non più strettamente settoriale, che trovano fonte normativa nelle Convenzioni sovranazionali. Infatti, la Convenzione di New York, in linea con le Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice statuisce:

Gli Stati parti garantiscono al bambino capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo riguarda, le opinioni del bambino essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità [...]. A tal fine, si darà in particolare, al bambino la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente,

---

<sup>15</sup> Cass. civ.. sez I, 20 marzo 2013 n. 7041, in *rv* 5810972

sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale [...] il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento ha diritto alla partecipazione e manifestazione del proprio pensiero nei procedimenti che lo riguardano [...] in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.

Ai sensi della legislazione della Unione Europea, l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce che i minori possono esprimere liberamente le loro opinioni e che questa viene presa in considerazione sulle questioni che lo riguardano in funzione alla loro età ed alla loro maturità.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non fornisce una definizione di minore, ma il suo art. 1 obbliga gli Stati a riconoscere i diritti della Convenzione a "ogni persona" sottoposta alla loro giurisdizione. L'art. 14 della C.E.D.U. assicura il godimento dei diritti riconosciuti nella Convenzione «senza nessuna discriminazione», comprese quelle fondate sull'età<sup>16</sup>. Nella giurisprudenza convenzionale, quindi, è stata accettata la definizione di minore fornita dalla C.R.C.<sup>17</sup>, avallando il concetto di «ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni».

L'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sancisce il diritto del minore all'ascolto, e cioè il diritto a che l'opinione da lui liberamente espressa sulle diverse questioni che lo riguardano sia presa in considerazione tenuto conto della sua età e maturità. Il riferimento all'interesse "superiore" dei minori ricorre poi anche in talune norme della Convenzione di Strasburgo, e segnatamente nell'enunciazione della finalità complessiva del testo all'art. 1, comma 2 («promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti...»), nella conferma della finalità dell'intervento dell'autorità giudiziaria nei diversi procedimenti che coinvolgono un minore all'art. 6, lett. a) («[...] al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore»).

Ai sensi del combinato disposto dell'art. 3, comma 1 Convenzione ONU del 20 novembre 1989 sui Diritti Del Fanciullo, degli artt. 32 e 117 Cost., la discrezionalità del giudice che si occupa di tutelare l'interesse superiore e preminente del minore, non può, comunque, ritenersi priva di qualsiasi limite, in quanto, in nessun modo la concretizzazione giudiziale dell'interesse del minore, potrebbe condurre ad esiti contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento, e dunque anzitutto con le esigenze poste dal rispetto del valore della persona e soprattutto della persona minore d'età; è necessario garantire la reale e concreta messa in azione del diritto, onde evitare che lo stesso precipiti nella visione adultocentrica, evitando pregiudizi culturali anche sui ruoli che gli adulti di riferimento

---

<sup>16</sup> Corte Eur. Dir. Uomo, 10 giugno 2020, *Schwizgebel c. Svizzera*, n. 25762.

<sup>17</sup> Corte Eur. Dir. Uomo, 20 gennaio 2009, *Guvec c. Turchia*, n. 19912

hanno con il minore in ambito familiare, ad opera di operatori deputati alla verifica del benessere del minore.

Infatti per ogni categoria giuridica, così anche per il superiore interesse del minore, non basta fissarne il contenuto, è necessario altresì determinarne funzioni e modalità di impiego, al fine di assolvere la precisa funzione ermeneutica di ogni normazione positiva sui minori; ciò è istitutivo di un vero e proprio *favor minoris*, in quanto necessaria *ratio decidendi* nella risoluzione di ogni questione riguardante minori, sino a porsi come fondamentale parametro di valutazione della stessa legittimità costituzionale, di sicuro anche sotto il particolare profilo del rispetto, ex art. 117, comma 1, Cost., dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

In questa direzione sembra orientata la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale in diverse pronunce<sup>18</sup> ha sottolineato che occorre in ogni caso garantire il “giusto equilibrio” e la “giusta proporzione” tra i diversi interessi concomitanti e/o concorrenti, nell'ottica di un bilanciamento che tenga conto della primaria e preminente considerazione da riservare in ogni caso all'interesse del minore<sup>19</sup>. Nessuna tutela di un altrui concomitante o concorrente interesse (art. 317 – *ter c.c.*), per quanto dotato di altrettanta primaria rilevanza sistematica e ordinamentale, può porsi in contrasto con il superiore interesse del minore - clausola normativa di non contrarietà (art. 24, comma 3, CDFUE; art. 9, comma 3, Convenzione O.N.U. sui diritti del fanciullo), sino al punto da mettere a rischio il benessere psico-fisico del minore o lo sviluppo e la promozione della sua personalità<sup>20</sup>.

Al di fuori però di siffatti insuperabili limiti, il superiore interesse del minore non oppone resistenza alla necessaria salvaguardia di altri concomitanti e/o concorrenti interessi della rete delle relazioni familiari (genitori) o di altra natura, sicché, in definitiva, è più proprio parlare di bilanciamento ineguale, per significare che nella comparazione, l'interesse del minore non sta con gli altri coesistenti o concomitanti interessi (familiari e non) su di un piano di perfetta parità, ma in rapporto quanto più possibile di preferenzialità (Comitato sui diritti del fanciullo della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo); così, nei casi dubbi o di difficile soluzione, il superiore interesse del minore beneficia pur sempre, in linea di principio, di una considerazione determinante e prevalente, ai fini della più appropriata decisione da adottare. Chiaro deve restare, in ogni caso, che la valutazione dovrà avvenire non già in via aprioristica o in ragione di stereotipi astratti e generali (uguali per tutti), né tantomeno può avvenire su basi che non rivestono il carattere di scientificità.

---

<sup>18</sup> Corte Eur. Dir. Uomo, 13 ottobre 2015, *S. H. c. Italia*, ric. n. 52557/14, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 5, p. 683;.

<sup>19</sup> Corte Eur. Dir. Uomo, 12 luglio 2011, *Sneerson e Kampanella c. Italia*.

<sup>20</sup> Corte Eur. Dir. Uomo, 20 gennaio 2015, *Manuello e Nervi c. Italia*, in *Foro It.*, 2015, 3, 4, c. 126.



6. A questo punto è evidente che il giudice, pur autonomo e libero nella determinazione del libero convincimento, non può non rispettare e dare adempimento ai principi di diritto ed alle norme cogenti nell'ordinamento giuridico, tanto che eventuali provvedimenti emessi in violazione di tali cardini giuridici fondamentali, cadrebbero nel libero arbitrio, esautorando lo stato di diritto e la tutela giudiziaria dei suoi cittadini

La sentenza della Corte di Cassazione del 17 maggio 2021 n. 13217 segna, finalmente, in modo determinato, coraggioso e cristallino, il tracciato di diritto entro il cui il giudice adito in materia di tutela dei minori deve muoversi; è evidente che qui si impone al giudice una specifica indagine, secondo gli ordinari criteri di prova, anche per presunzioni, atta ad accertare se sia stato violato il principio della bigenitorialità della minore a causa dei comportamenti ostruzionistici della madre; ma tale indagine deve essere svolta scevra attraverso la corretta lettura dei fatti, nel rispetto del primo comma dell'art. 337 ter c.c.

È quindi evidente che la decisione del giudice, pur costituendo un apprezzamento non suscettibile di censura, ha dei parametri entro i quali dovrà valutare la determinazione dell'affido del minore, quali la storia di cura e la relazione affettiva.

La ideologia «pasista» esclude a priori tale indagine e fonda le proprie scelte sul mero giudizio di responsabilità dell'altro genitore senza alcuna indagine fattuale sulla relazione genitore/bambino, ove il giudizio prognostico di cura si identifica con il pregiudizio verso il genitore collocatario. Ma la Corte, nel motivare la decisione, censura l'errato approccio del giudice di merito allorché esprime valutazioni aprioristiche sulla personalità della madre, quali elementi atti ad escluderne l'affido ed il collocamento, in quanto proprio "quei limiti caratteriali dovevano essere affrontati e valutati in una prospettiva di un'offerta di opportunità diretta a migliorare i rapporti con la figlia"; emerge dagli atti del processo che la madre è accudente, ovvero risponde a tutti i criteri valutativi di cui all'art. 337 - ter c.c., ma il giudice ha travisato sulla scorta di un «implausibile sillogismo [...]» la cui premessa principale è costituita da un ingiustificato severo stigma di comportamenti della madre fondato su un mero postulato [...]; pertanto se sillogismo posto in essere dalla Corte veneziana (comportamento animoso della ricorrente/madre con ridotta capacità genitoriale) è errato in quanto determina una decisione che lede il diritto della minore al benessere, elemento che si misura attraverso la sua storia di cura ed i suoi legami affettivi (giudizio prognostico), è evidente che ha fatto ingresso nel processo civile la ideologia «pasista», circostanza espressamente denunciata dalla Corte Suprema, attraverso un linguaggio che plasticamente esprime la gravità delle risultanze della Corte Veneziana, e costituisce essere una precisa assunzione di responsabilità giuridica, tanto da determinare la sua enunciazione di principio una vera e propria forma di decodificazione della ideologia pasista e dell'uso/abuso posto in essere in molti Tribunali, non solo italiani.

E il linguaggio giuridico utilizzato in sentenza commentata riporta la fattispecie nell'alveo degli istituti posti a tutela della democrazia e civiltà: l'utilizzo del termine

«colpa di autore – *tatertyp*», coniato dalla dottrina nazista del “diritto penale della volontà”, è una sferzata chiara, evidente, determinata, ad un sistema pseudopsicoforense che, nel ledere i principi cardine del diritto, va ad incidere sul benessere dei più deboli, a cui la Costituzione italiana ha conferito specifiche e peculiari tutele; è come se la Corte di Cassazione abbia espresso un giudizio di disvalore giuridico delle risultanze veneziane; ivi lo schema “punitivo” a carico della madre non è ancorato all’accertamento empirico del caso, il giudizio è altamente soggettivizzato ed affidato a criteri di interpretazione che non hanno alcuna valenza scientifica e giuridica; *ergo* saremmo nell’alveo del soggettivismo e sostanzialismo giuridico del ‘900, ovvero della dottrina nazista e degli ordinamenti totalitari, che identifica la devianza punibile anziché attraverso figure normative specifiche quali i reati, o attraverso criteri normati idonei a garantire valutazioni conformi al diritto in sede civile, attraverso le figure normative dei soggetti agenti, e le azioni da questi commesse hanno rilevanza sulla base “del sano sentimento del popolo”, come recita l’art. 2 del codice penale nazista; di fatto l’azione diventa il soggetto che la compie, ovvero la madre in quanto tale ed in quanto “ostativa”, di per se è espressione di pregiudizio verso la figlia; nessuna indagine fattuale è compiuta dai «pasisti» semplicemente «per il modo di essere dell’autrice», esiste la colpa, esiste il pregiudizio (*Taterschuld*). E sulla scorta di tale plastica evidenza dei dati, la Cassazione Civile rinvia ad altra Corte territoriale, al fine di evitare che nuove ed ipotetiche colpe di autore, di altro tenore, ma di medesimo contenuto, fossero scritte nelle pagine del diritto

La Corte di Cassazione ha finalmente scritto nero su bianco quello che ogni giorno avviene nei nostri Tribunali, ha colto il dolore e le grida dei bambini strappati alle madri e trasferiti nelle case famiglia, a volte anche con i padri che rifiutano, per essere riconnessi; l’auspicio è che il tracciato indicato dalla Corte di Cassazione sia determinato in modo incontrovertibile, evidente ed applicato da tutte le istituzioni preposte alla tutela dei minori; l’auspicio è che nelle aule dei Tribunali minorili ed ordinari, avamposti di tutela per i minori, si evitino vittimizzazioni secondarie derivanti dalla sussunzione nei provvedimenti giurisdizionali della «colpa d’autore», quale criterio discretivo di valutazione della capacità genitoriale, l’auspicio che la scienza e la certezza del diritto non siano mai messe in discussione, soprattutto sulla pelle dei bambini e delle loro emozioni che vanno rispettate, accolte e tutelate; la Suprema Corte con questa sentenza ci insegna che solo con la scienza ed il diritto si possono «maneggiare» i bisogni ed il benessere dei cittadini, principio cardine del nostro costituzionale ed a tutela dell’ordinamento democratico.

## VITA ACCADEMICA



Alessio Caracciolo

## PROTOCOLLI ANTI-CONTAGIO E TUTELA INAIL\*

SOMMARIO: 1. Istruzioni operative e “occasione di lavoro”. – 2. Danno differenziale e rivalsa INAIL. – 3. Andamento infortunistico dell’impresa.

1. L’istruzione operativa INAIL 1° marzo 2021, in risposta ad un quesito di un Ospedale ligure in merito ai provvedimenti da adottare nei confronti dei dipendenti “no vax” anti-Covid19, l’emanazione del D.L. 1° aprile 2021, n. 44 (il cui art. 4 ha introdotto un vero e proprio obbligo vaccinale per il personale sanitario), e l’aggiornamento dei protocolli per il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro offrono uno spunto interessante per mettere a fuoco l’orientamento adottato dalle istituzioni nell’ultimo anno con riferimento al rapporto tra rischio professionale e contagio. Difatti, il coronavirus SARS-CoV-2 è stato qualificato come malattia-infortunio, per cui, «fermo restando l’inquadramento tra gli infortuni sul lavoro, si applicano i medesimi criteri probatori in vigore per l’accertamento dell’esposizione a rischio e del nesso di causalità vigenti per le malattie professionali»<sup>1</sup>. Come punto di partenza bisogna dare atto che il fenomeno è fortemente condizionato dalla eccezionalità della situazione ingenerata dalla pandemia. La risposta all’interpello del 18 febbraio 2021, per certi versi, ha percorso i tempi: «la tutela assicurativa INAIL non può essere sottoposta ad ulteriori condizioni oltre a quelle previste dalla legge», per cui anche il lavoratore “renitente” soggetto ad obbligo vaccinale che contragga il virus in occasione di lavoro può avere accesso alla tutela previdenziale beneficiando ancora del sistema delle presunzioni che aveva già dato adito a dubbi quando fu emanato l’art. 42 d.l. 18/2020.

A tale conclusione si perviene anche alla luce del consolidato orientamento sia giurisprudenziale che amministrativo (dello stesso INAIL), in base al quale il comportamento colposo del lavoratore non esclude l’operatività della tutela

---

\* Intervento tenuto nel corso del Webinar ADAPT “Il nuovo protocollo sulle misure di contrasto e contenimento del COVID19 negli ambienti di lavoro: oneri e responsabilità datoriali” – Modena 9 aprile 2021.

<sup>1</sup> L. La Peccerella, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *Diritto della sicurezza sul Lavoro*, 1/2020, p. 2.

antifortunistica, ma solo la responsabilità datoriale. Non si può infatti ritenere che il rifiuto di vaccinarsi, per quanto illogico in situazioni nelle quali il lavoratore è esposto ad un rischio di contagio o di trasmissione del virus particolarmente elevato, costituisca “rischio elettivo” o comportamento doloso, in quanto il lavoratore non cerca deliberatamente il contagio. Tuttavia, se nell’istruzione del 1° marzo l’Istituto è partito dall’assunto che «non si rileva, allo stato dell’attuale legislazione in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, un obbligo specifico di aderire alla vaccinazione da parte del lavoratore»<sup>2</sup>, rimarcando la riserva di legge in materia di trattamenti sanitari ed evidenziando come, al tempo, il vaccino fosse solo fortemente raccomandato, oggi l’obbligo vaccinale – per alcune categorie di lavoratori – c’è, e la conseguenza dell’inadempimento è «la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti diretti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2». Bisognerà valutare in concreto le ripercussioni che avrà questo cambiamento sul piano applicativo, considerando comunque che l’INAIL aveva già precisato nella circolare n. 22 del 20 maggio 2020 che l’inosservanza dei protocolli da parte del datore di lavoro non influenza in alcun modo la percezione delle prestazioni da parte del lavoratore, incidendo al più sul profilo della responsabilità datoriale, da contemperare con l’impossibilità di pretendere dal datore di lavoro un ambiente “a rischio zero”, mentre per quanto riguarda il lavoratore, invece, tale modifica potrà incidere sulla tripartizione del grado di rischio professionale che, in base all’attività svolta, era stato classificato in “generico”, “aggravato” o “specifico”, tenendo conto in ogni caso dell’estensione della tutela anti-infortunistica anche al rischio “improprio”. In relazione al rischio improprio, infatti, occorre considerare che l’eventualità che il lavoratore possa contrarre il Covid-19 anche nell’espletamento di attività correlate, strumentali, eventuali o, comunque, non richiamate nelle mansioni svolte ma ad esse funzionali, amplia evidentemente il novero delle attività che implicano rischi di diffusione del contagio: se la Cassazione (Cass. civ. n. 180/2005) ha considerato “attività accessoria e strumentale” anche l’utilizzo dei servizi igienici, è evidente come evitare la sospensione dall’attività lavorativa adibendo il lavoratore non vaccinato a mansioni diverse rappresenterà una soluzione residuale, almeno in un’ottica di esonero dalla responsabilità datoriale.

In conclusione, occorre comprendere come cambierà la valutazione dell’“occasione di lavoro” in tutti i casi in cui il lavoratore non vaccinato, escluso di diritto dalle attività ad alto rischio di esposizione (e, quindi, caratterizzate da un rischio aggravato o specifico), contragga il coronavirus sul luogo di lavoro – naturalmente, nello svolgimento delle nuove mansioni – e non possa beneficiare della presunzione semplice della quale godeva in passato (proprio grazie alla ricomprensione delle sue

---

<sup>2</sup> In merito al quale si vedano le considerazioni di G. Benincasa, G. Pigliararmi, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, in *WP Salus ADAPT*, 1/2021.

vecchie mansioni tra quelle soggette a rischio aggravato o specifico) a causa della disposizione di legge che gli preclude espressamente ogni prestazione che comporti contatti interpersonali o qualsiasi rischio di diffusione del contagio.

2. Sino ad oggi non si sono posti particolari problemi in merito alla risarcibilità di un danno differenziale – inteso come differenza tra la prestazione INAIL ed il danno accertato – a favore dei lavoratori, né alla possibilità di rivalsa per l'INAIL nell'esercizio del diritto di regresso a seguito dell'accertamento della responsabilità datoriale, entrambi da circoscrivere unicamente ai casi di «dolosa o colposa esposizione al contagio dei dipendenti per la mancata osservanza della normativa anti Covid-19»<sup>3</sup>. Il rispetto dei protocolli da parte del datore di lavoro dovrebbe dunque esonerarlo dall'eventualità sia che l'INAIL richieda la ripetizione delle somme erogate sia che il lavoratore gli imputi il danno derivante dal contagio. La posizione dell'INAIL espressa nella circolare n. 22 del 20 maggio 2020 rimane tutt'oggi attuale, anche a seguito dell'introduzione di un obbligo vaccinale per alcune categorie di lavoratori, pur potendo variare i criteri per l'accertamento della responsabilità datoriale. Difatti, se «la responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo in caso di violazione della legge o di obblighi derivanti dalle conoscenze sperimentali o tecniche, che nel caso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 si possono rinvenire nei protocolli e nelle linee guida» (così espressamente nella circ. INAIL n. 22/2020), è evidente come l'aggiornamento dei protocolli – e, segnatamente, l'introduzione della possibilità per i datori di lavoro di organizzare piani vaccinali aziendali con l'ausilio dell'INAIL e del Servizio Sanitario Nazionale – pone in capo al datore di lavoro una serie di nuovi oneri per la sicurezza del personale, anche in assenza di uno specifico obbligo vaccinale in capo ai lavoratori. In altri termini, a partire dall'adozione del nuovo «Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro», si può ipotizzare una responsabilità datoriale per contagio avvenuto in occasione di lavoro in tutte le circostanze nelle quali non siano almeno state avviate le procedure necessarie per consentire ai lavoratori di vaccinarsi, in quanto ciò costituirebbe una condotta colposa in relazione ad obblighi di comportamento «suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche in relazione al lavoro svolto» (Cass. civ. n. 3282/2010).

3. Il contagio da Covid-19 è stato equiparato dall'INAIL all'infortunio in itinere e, sino ad ora, non si riscontravano particolari problemi interpretativi in merito all'esonero dal computo per l'andamento infortunistico dell'impresa – con conseguente invarianza del premio assicurativo – in tutti i casi in cui non vi fosse responsabilità del datore di lavoro.

---

<sup>3</sup> D. Garofalo, *Lavorare in sicurezza versus ripresa delle attività produttive*, in *Mass. giur. lav.*, 2/2020, p. 11 del dattiloscritto.

La posizione espressa dal legislatore si pone in controtendenza rispetto all'apparato di natura strettamente assicurativa che regge le prestazioni INAIL, poiché è chiaro che il contagio in occasione di lavoro – e, in particolare, quello occorso sul luogo di lavoro – è correlato in qualche modo all'organizzazione aziendale, sia pur laddove il datore di lavoro abbia rispettato i protocolli. In una situazione del tutto eccezionale come quella derivante dalla pandemia da Covid-19, è del tutto comprensibile una deroga al principio assicurativo, ma il rischio concreto è che il prolungarsi dell'emergenza abbia delle conseguenze eccessivamente onerose per le imprese, specialmente in un'ottica di redistribuzione dei costi delle prestazioni – che «vengono ripartiti secondo principi di mutualità, mediante forme di “caricamento” indiretto in sede di determinazione dei tassi medi di lavorazione»<sup>4</sup> – anche per quelle che hanno sospeso le attività per tutta la durata dell'emergenza pandemica, per cui il vantaggio dell'esonero dal computo nel bilancio infortunistico dell'impresa sarebbe solo apparente. Questa configurazione sposta ancora di più l'ago della bilancia nell'equilibrio tra componente assicurativa e solidaristica nelle prestazioni di sicurezza sociale, in quanto se l'accertamento del contagio sul posto di lavoro segue nella maggior parte dei casi criteri presuntivi e la malattia-infortunio è esclusa dal computo aziendale ai fini del *malus*, il “gravame sulla gestione assicurativa” richiamato dal secondo comma dell'art. 42, d.l. 18/2020 dev'essere inteso come un chiaro rimando alla mutualità che sta alla base dell'assicurazione pubblica contro gli infortuni sul lavoro.

Tuttavia, l'art. 4, d.l. 44/2021, non dispone soltanto un obbligo in capo al lavoratore (che, anzi, potrebbe considerarsi indiretto, in quanto non è prevista né una vaccinazione “coatta” né una sanzione ulteriore rispetto alla sospensione dalle attività a rischio di contagio), ma anzi, in tutte le attività che riguardano l'erogazione di servizi di cura ed assistenza (il legislatore fa espresso riferimento agli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali pubbliche e private) è il datore di lavoro ad essere soggetto ad obblighi ulteriori. Ciò comporta la possibilità di un aumento dei casi nei quali si potrebbe accertare una responsabilità datoriale e, di conseguenza, l'infortunio dovrebbe essere computato nel bilancio infortunistico dell'impresa.

---

<sup>4</sup> L. Mannarelli, *L'infezione da SARS-CoV-2 in occasione di lavoro*, in V. Fili, *Covid-19 e rapporto di lavoro*, in D. Garofalo, M. Tiraboschi, V. Fili, F. Seghezzi, *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica*, ADAPT e-book n. 89/2020, p. 121.



Daniela Caterino

FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE E RICERCA PER LO SVILUPPO  
SOSTENIBILE: L'ESEMPIO (IN DIVENIRE)  
DEL TECNOPOLO MEDITERRANEO\*

SOMMARIO. 1. Lo Statuto del Tecnopolo Mediterraneo: considerazioni introduttive. – 2. Lo scopo: uno hub non profit per lo sviluppo sostenibile. – 3. La dotazione patrimoniale. - 4. Il “fattore umano”: fondatori e partecipanti. - 5. La *governance*: una struttura complessa con al centro il CdA. - 6. Il territorio e l'Università.

1. Il Tecnopolo Mediterraneo è ormai realtà, quantomeno giuridica, consacrata nella legge istitutiva<sup>1</sup> e nel successivo decreto del Presidente della Repubblica<sup>2</sup> che in aprile ne ha approvato lo Statuto.

Come ogni Statuto, anche quello del Tecnopolo è un insieme di regole programmatiche, sancite in funzione di un'attività e di uno scopo che attendono concreta realizzazione e riflette pienamente il carattere di work in progress che è proprio e caratteristico del modello soggettivo prescelto: quello della c.d. “fondazione di partecipazione”, definita per lo più nell'ambito della dottrina civilistica come un ibrido tra associazione e fondazione<sup>3</sup>, a motivo della presenza significativa e persistente dei costituenti originari del patrimonio di destinazione, che invece nelle fondazioni tradizionali si eclissano immediatamente dopo l'atto di istituzione.

L'istituto trova la sua prima consacrazione normativa nella disciplina delle fondazioni bancarie, in un contesto dottrinale fino a quel momento diviso e per lo più perplesso; in quell'ambito il legislatore ritenne «opportuno utilizzare lo schema legale

---

\* Il contributo riprende, con alcune minime integrazioni e l'aggiunta di riferimenti bibliografici, il testo della relazione *Focus tecnico sullo statuto* tenuta nell'Assemblea straordinaria del CNEL, svoltasi a Taranto il 9 giugno 2021 con il titolo *Il tecnopolo del Mediterraneo per lo sviluppo sostenibile. Sua governance e lancio di un programma Paese*.

<sup>1</sup> L. 30 dicembre 2018, n. 145, in G.U., Serie Generale, n. 302 del 31 dicembre 2018- Suppl. ord. n. 62.

<sup>2</sup> D.P.R. 11 settembre 2020, n. 195, *Regolamento di approvazione dello Statuto della fondazione «Istituto di Ricerche Tecnopolo Mediterraneo per lo Sviluppo Sostenibile, ai sensi dell'articolo 1, commi 732, 733 e 734, della legge 30 dicembre 2018, n. 145»*, in G.U., Serie Generale, n. 80 del 2 aprile 2021.

<sup>3</sup> Con la conseguenza che si ritiene applicabile anche parte della disciplina delle associazioni; così ad es., a favore dell'ammissibilità del recesso di un partecipante *ex art. 24 c.c.*, v. Trib. Belluno, 15 febbraio 2018, in *Nuova giur. civ.*, 2018, p. 1039.

della fondazione, innestando però forme partecipative e di controllo mutuate appunto dalla disciplina delle associazioni, al fine di garantire una partecipazione attiva dei soggetti pubblici e privati, diretta al perseguimento di finalità statutarie non necessariamente limitate ad erogazioni di somme di denaro»<sup>4</sup>.

La fondazione di partecipazione si palesa a prima vista come struttura lontana dal modello classico di fondazione<sup>5</sup>, statico e predefinito, lasciato rigido ai posteri, che siamo abituati a conoscere nella tradizione giuridica contemporanea; ma a ben guardare risulta un'entità per nulla aliena rispetto alle origini medievali dell'istituto<sup>6</sup>.

In particolare, le fondazioni di partecipazione rivelano, ad un'analisi appena più attenta, una profonda affinità con l'esperienza di comunità culminata nella costruzione delle grandi cattedrali gotiche; processo lungo, lento, irto di ostacoli e di difficoltà anche economiche, ma sempre convintamente partecipato e frutto della consapevole e generosa condivisione della comunità locale e dei notabili, col beneplacito e l'impegno delle massime autorità, così come si auspica che possa essere, *mutatis mutandis*, il Tecnopolo Mediterraneo per il territorio jonico.

A proposito di territorio, va chiarito immediatamente che Taranto è il centro nevralgico di riferimento, il luogo in cui da Statuto insiste la sede legale del Tecnopolo; ma non è il luogo nel quale si esaurisce la sua attività, in quanto delegazioni e uffici potranno essere istituiti su tutto il territorio nazionale; ed anzi la vocazione dell'*hub* Tecnopolo non è certamente localistica, ma tendenzialmente internazionale.

---

<sup>4</sup> Così G. Sicchiero, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contratto e impresa*, 1/2020, p. 19 ss., ove ampi riferimenti bibliografici, cui *adde* AA.VV., *Fondazioni di partecipazione*, Milano, 2007. Un tentativo di sistematizzazione della fattispecie in M. Maltoni, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, negli Atti del convegno di Firenze del 25 novembre 2006, supplemento al n. 2/2007, Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, scaricato da <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=06/0601&mn=3>.

<sup>5</sup> La letteratura giuridica che si occupa delle fondazioni è sterminata e trasversale, trattandosi di tema di interesse tanto per gli studiosi del diritto civile e commerciale, quanto per i cultori del diritto amministrativo, quanto ancora per chi si è occupato della *species* più controversa e tormentata nota al nostro diritto, vale a dire la fondazione bancaria originata dal processo di privatizzazione che ha interessato il nostro sistema creditizio. Ritengo perciò insensato avventurarmi in una anche sommaria ricognizione di un così vasto e multiforme corredo bibliografico; richiamerò nel prosieguo solo alcuni lavori che sono stati specificamente utili nell'elaborazione del presente saggio, rinviando per il resto a pochi capisaldi dottrinali da cui si possa attingere per ricostruire una bibliografia essenziale sull'istituto. V. in proposito P. Rescigno, voce *Fondazione (dir.civ.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, 1968, p.790 ss.; F. D'alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano, 1969; C.M. Bianca, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano 1982; S. De Götzen, *Le "Fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011; A. Police, *Le fondazioni di partecipazione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, pp. 393-412.

<sup>6</sup> V. in argomento le intense pagine di E. Bellezza, *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, in *Fondazioni di partecipazione*, cit., ove considerazioni già espresse in E. Bellezza e F. Florian, *Le Fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*, Firenze, 1998.

Come ogni work in progress, anche lo Statuto deve avere, per essere ben costruito, dei “pieni” e dei “vuoti”, dei “detti” e dei “non detti”; vale a dire alcuni elementi canonici fissi, non negoziabili e non modificabili, che siano al contempo architrave tipologica e garanzia comportamentale, e insieme alcuni significativi gradi di libertà, che consentano l'evoluzione del progetto e della sua attuazione; gradi di libertà tanto più necessari quanto quando si consideri che la fondazione di partecipazione è espressione matura e complessa di quella articolata galassia che siamo soliti designare come partenariato pubblico-privato<sup>7</sup>. E per vero, l'intuizione relativa alla possibilità di guardare l'istituto della fondazione sotto la specola del connubio tra fini privati e utilità pubblica risale a decenni prima che nella prassi operativa si affermasse la figura della fondazione di partecipazione<sup>8</sup>.

Nelle brevi considerazioni che seguono tenterò di tratteggiare quei “detti” e quei “non detti” che reputo maggiormente significativi in relazione a ciascuna delle aree fondamentali del Tecnopolo tratteggiate nello Statuto.

2. Partiamo dallo scopo, che può declinarsi nello scopo-fine, fisso e immutabile e definito con chiarezza dalla legge istitutiva, nonché ribadito

---

<sup>7</sup> In questo senso ad es. v. la Deliberazione FVG/22/2019/PAR della Sezione di controllo della regione Friuli Venezia Giulia della Corte dei Conti del 18 settembre 2019, reperibile all'indirizzo <https://www.labsus.org/2020/05/le-fondazioni-di-partecipazione-al-vaglio-dei-giudici-contabili/> in cui occupandosi della possibilità di costituire una Fondazione di partecipazione per la valorizzazione della Foresta di Tarvisio, sollecitata dalla richiesta di motivato avviso su materia di contabilità pubblica formulata dal sindaco di un comune della zona, la magistratura contabile ha definito la Fondazione di partecipazione come espressione specifica del partenariato pubblico-privato, da intendersi come strumento per favorire «un nuovo rapporto tra la spesa pubblica e privata», in attuazione del principio costituzionale del buon andamento della Pubblica Amministrazione; segnatamente, la Fondazione di partecipazione «esprime convergenza di visione tra entità pubbliche e private per il perseguimento di fini di utilità sociale». Per una definizione di PPP in ambito europeo si veda la Relazione del Parlamento europeo sui *Partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni* del 16 ottobre 2006 (A6-0363/2006), reperibile all'indirizzo [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2006-0363\\_IT.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2006-0363_IT.html?redirect).

Un approfondimento con sottolineature critiche si legge in A. Paire, *Fondazioni di partecipazione e pubblica amministrazione, Rischi e opportunità di un modello organizzativo “atipico”*, in *federalismi.it*, n. 30/2020, p. 159, ove ampi riferimenti bibliografici.

<sup>8</sup> In particolare, va richiamato a questo proposito il pensiero di G. Aurisicchio, *Verso una tipologia delle fondazioni italiane*, in *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, Roma, 1967, pp. 81-92. Atti del convegno tenutosi a Roma nei giorni 12-14 maggio 1966, promosso dalla Fondazione Olivetti, dalla Fondazione Cini e dall'Istituto Accademico di Roma, secondo cui le fondazioni sono come «centri di riferimento di interessi privati ma è di interesse generale e quindi pubblico il loro esserci nell'ordinamento. Cioè, le fondazioni prevalentemente sono enti che curano interessi privati. Ma a volte è di interesse pubblico che quegli interessi siano curati. Quindi esse diventano uno degli strumenti attraverso i quali la collettività si garantisce che essi non siano lasciati senza cura».

V. anche A. Predieri, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. Trim. di Dir. e proc. civ.*, 1969, pp. 1117-1198. E sul rischio che dalla tutela dell'interesse pubblico si devii, realizzando surrettiziamente la divisione di utili, o alterando per effetto di ingerenze di un fondatore eccessivamente “presente” lo scopo concretamente perseguito, v. i *caveat* di A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 68 ss.

all'articolo 2 co.1 dello Statuto, in termini di creazione di uno «hub italiano con proiezione internazionale sullo sviluppo sostenibile quale asset strategico per l'innovazione»<sup>9</sup>; e nello scopo-mezzo, tratteggiato nei commi 2 e 3 del medesimo articolo, attraverso la definizione di ambiti di attività variegati ed aperti<sup>10</sup>, nonché mediante la previsione di una serie di attività strumentali all'attuazione dello scopo delineate nel comma 4 della stessa norma. Dunque, il fine ultimo resta scolpito e immutabile; ma possono cambiare, nel tempo e a seconda dei partner che di volta in volta si potranno avvicinare nella compagine del Tecnopolo, le attività e le modalità operative per il raggiungimento di quel fine<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> In questi termini l'art. 2, comma 1 dello Statuto, che così prosegue: «Attraverso le attività poste in essere, il Tecnopolo intende, con specifico riferimento al suo ambito di operatività: rafforzare le capacità di ricerca di base, industriale e di sviluppo sperimentale presenti sul territorio nazionale; imprimere una accelerazione allo sviluppo di tecnologie ad alto potenziale finalizzate alla mitigazione degli impatti derivanti da attività produttive o dalla presenza antropica, alla produzione e trasformazione delle energie rinnovabili e al rafforzamento dei principi dell'economia circolare; sperimentare nuovi approcci collaborativi per accorciare i tempi di dispiegamento delle innovazioni proposte».

<sup>10</sup> «Per perseguire i suoi scopi istitutivi e con riferimento ai settori innovativi di elezione, il Tecnopolo: a) promuove la ricerca, lo sviluppo, la sperimentazione di soluzioni tecnologiche, processi e prodotti, privilegiando l'attrazione, l'integrazione ed il coordinamento di competenze, conoscenze e progettualità provenienti da diverse istituzioni, da imprese e gruppi di ricerca operanti a livello nazionale ed internazionale, sviluppando partenariati in grado di aumentare la capacità di risposta ai problemi dello sviluppo sostenibile nell'ottica di ridurre la frammentazione del sistema di ricerca e di aumentare le ricadute positive sul centro e sui partner in un'ottica di reciproco vantaggio, promuovendo l'integrazione tra aree di ricerca e l'interazione tra ricerca di base e applicata, nonché lo sviluppo sperimentale; b) si propone come luogo per sviluppare progetti prototipali in grado di portare una tecnologia da TRL basso a TRL intermedio, pre-commerciali, selezionando al contempo quelle più interessanti per lo scale-up, l'industrializzazione ed eventualmente per la creazione di startup. In quest'ottica, promuove attività di scouting e testing di idee progettuali; c) sviluppa ed agisce da acceleratore delle soluzioni tecnologiche indicate dalla ricerca scientifica di eccellenza, sia in forma diretta, attraverso propri laboratori di ricerca multi-disciplinari, sia in partenariato, facendo leva su collaborazioni a rete con laboratori e gruppi di eccellenza, nazionali e internazionali, instaurando rapporti con organismi omologhi, nazionali ed internazionali, assicurando l'apporto e promuovendo l'attrazione di ricercatori, italiani e stranieri, operanti presso istituti esteri di eccellenza; d) si attiva nell'individuazione e attrazione di imprese sul territorio nazionale e in particolare su quello di Taranto, centri di eccellenza e laboratori di ricerca ad alto contenuto di conoscenza dall'Italia e dal mondo, anche attraverso un'offerta di servizi di ospitalità delle attività di ricerca ed integrazione con l'ecosistema produttivo e della ricerca cui ha accesso, supporto specialistico nelle attività di trasferimento tecnologico e di valorizzazione della proprietà intellettuale generata, internazionalizzazione, accesso al mercato dei capitali, alta formazione specialistica e divulgazione scientifica; e) favorisce l'applicazione e l'adozione in campo industriale e in sede pubblica delle innovazioni individuate, valorizzando le relazioni a livello locale, nazionale ed internazionale; f) effettua studi, ricerche e analisi che siano direttamente riconducibili alle attività e alle finalità del Tecnopolo».

<sup>11</sup> La dottrina ha più volte affermato che l'istituto della fondazione non è più connotato da un modello organizzativo univoco, ma resta univocamente riconoscibile per la presenza di un «programma funzionale» che mostra «coerenza attuativa, nella dinamica delle vicende dell'ente, del vincolo impresso all'attività per il conseguimento dello scopo» (in questi termini A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 132).

Altro punto fermo in prospettiva finalistica è il requisito della non lucratività, dapprima genericamente affermata nell'articolo 1, ma poi ribadita fortemente sotto diversi aspetti.

In primo luogo, la connotazione non lucrativa emerge nell'obbligo di devoluzione finale del patrimonio residuo allo Stato, a cui al momento dell'estinzione vanno resi i contributi ricevuti, per poi destinare l'eventuale ulteriore residuo ad altri enti senza scopo di lucro (v. art. 17 co.3 dello Statuto<sup>12</sup>).

La non lucratività resta poi ulteriormente confermata col divieto di trasformazione eterogenea stabilito dall'articolo 18 dello Statuto, che preclude ogni tentazione di "migrazione" verso forme organizzative potenzialmente profit. In questa stessa logica va altresì ricordata la disposizione che impedisce l'estinzione del Tecnapolo sulla base di una decisione meramente discrezionale da parte dell'organo amministrativo, dato il rinvio alle cause di estinzione previste dal codice civile nella disciplina generale delle fondazioni<sup>13</sup>.

Dunque Tecnapolo non nasce per generare profitti per sé, ma per agevolare e accompagnare le imprese nel delicato processo di selezione delle creazioni intellettuali (invenzioni e simili) che possano trovare sviluppo e commercializzazione, fornendo loro infrastrutture, ricerca, supporto logistico e ogni utile sostegno.

3. Il secondo ambito di norme riguarda il patrimonio, caratterizzato – come ormai è prassi nelle fondazioni di partecipazione – da una struttura duale prestabilita: un patrimonio di dotazione, che non può essere speso, ma può essere modificato nella sua composizione interna, e un patrimonio di gestione, che si rinnova nel tempo e serve alle esigenze concrete e mutevoli poste di volta in volta dalla finalità ultima del Tecnapolo.

Qui il "detto" coincide essenzialmente con la forte affermazione del vincolo di destinazione del patrimonio allo scopo, attraverso i canoni di sana e prudente gestione (comma 3 dell'art.3), riferimento classico delle imprese vigilate in funzione di tutela del pubblico risparmio, ma anche nel prisma dei valori di efficacia, efficienza, trasparenza ed economicità, tipiche declinazioni del principio costituzionale di buon andamento della Pubblica Amministrazione (art. 1 comma 2)<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> «Al termine della fase di liquidazione, nei limiti del patrimonio residuo, il Tecnapolo verserà allo Stato i contributi statali ricevuti e, in subordine, devolverà il patrimonio residuo ad altri enti senza scopo di lucro, individuati dal Consiglio di amministrazione, previa autorizzazione del Ministro dello sviluppo economico, che si esprime dopo aver sentito il Ministro dell'università e della ricerca ed il Ministro dell'economia e delle finanze, fatta salva, in ogni caso, diversa destinazione imposta dalla legge».

<sup>13</sup> E v. in arg. A. Zoppini, *Note sulla costituzione della fondazione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1997, p. 307.

<sup>14</sup> Sulla rilevanza di tale fine generale nella valutazione di opportunità della costituzione di fondazioni di partecipazione nell'ambito di iniziative di partenariato pubblico-privato si veda quanto riportato *ante*, nt.7.

I “non detti”, quanto mai opportuni, sono nella tendenziale atipicità degli apporti e contributi pubblici e privati, per i quali l’elasticità è massima, come si ricava dall’elencazione ampia e articolata e a contenuto chiaramente non chiuso di cui all’articolo 3 comma 2.

Tali apporti variegati rispondono a un duplice schema: da un lato, quello della donazione traslativa immediata, essenziale perché la Fondazione stessa venga ad esistenza, di cui si fa integralmente carico il fondatore pubblico, lo Stato, con una dotazione di partenza di nove milioni di euro per tre anni; dall’altro, quello della donazione obbligatoria, promessa di prestazioni future a carico dei partecipanti che via via si aggiungeranno.

4. E veniamo proprio al fattore umano, i cosiddetti “partecipanti”, che sono caratteristica precipua delle fondazioni di partecipazione e valgono a segnare la distanza massima dal modello codicistico tradizionale di fondazione, classicamente imperniato sul distacco definitivo del patrimonio dalla persona del fondatore, che in genere non ha modo di seguire l’attività attuativa dello scopo né di interferire nelle decisioni gestorie<sup>15</sup>.

Qui invece, proprio grazie alla innovativa caratteristica delle fondazioni di partecipazione, il patrimonio e lo scopo sono oggetto di attenzione continuativa, di intervento per la predisposizione di direttive, di controllo costante sulle attività e sui loro risultati da parte non solo del fondatore pubblico, ma di tutti i soggetti legittimati all’interlocuzione e alla partecipazione.

Nello Statuto del Tecnopolo, in linea con la generale tendenza che caratterizza le fondazioni di partecipazione, la regola è che si partecipa alle decisioni se e nella misura in cui si contribuisce. Vi è una soglia minima, stabilita dal comma 1 dell’art.5, che segna il limite inferiore dell’apporto al fondo di gestione, commisurato all’apporto pubblico annuo, superato il quale il soggetto pubblico o privato, lucrativo o non lucrativo, che condivide gli scopi del Tecnopolo, entra di diritto nel comitato dei partecipanti e ha voce nel suo seno.

I partecipanti con maggior peso contributivo nel fondo di gestione (almeno il 10% del contributo annuo dei fondatori) hanno altresì titolo per aspirare alla designazione di 4 componenti del consiglio di amministrazione, che vanno ad aggiungersi ai 5 di designazione ministeriale (2 da parte del MISE, due del MUR e uno del MEF).

In questo caso, al potere di *voce* si va ad aggiungere quello di diretta partecipazione alle decisioni gestorie; benché la maggioranza in CdA sia sempre espressione dell’autorità governativa. La permanenza del controllo pubblico nella

---

<sup>15</sup> Correttamente A. Paire, *Fondazioni di partecipazione pubblica amministrazione*, cit., p.161 sottolinea che l’«immanenza del fondatore o dei fondatori [...] disattende la regola dogmatica, ma non normativa, del distacco del fondatore dall’ente, a favore di una progressiva stabilizzazione delle sue facoltà di interferenza sui procedimenti attuativi dello scopo».

nomina degli organi gestori risulta strumentale a garantire ai soggetti pubblici partecipanti la possibilità di esercitare penetranti poteri di vigilanza sull'utilizzo dei fondi pubblici investiti nella fondazione<sup>16</sup>.

5. La struttura organica del Tecnopolo Mediterraneo risulta abbastanza singolare, nella sua articolazione non propriamente lineare; ma la complessità della *governance* e la pluralità degli organi non devono sgomentare, perché sono il riflesso di una molteplicità di categorie di soggetti e *stakeholders*, accomunati dal servizio allo scopo fondativo, immutabile e insopprimibile, definitivamente fissato nella legge istitutiva. La *governance* complessa è, insomma, riflesso del principio di partecipazione attiva e ne consente la piena attuazione. In questo le scelte cristallizzate nello Statuto del Tecnopolo non si discostano dallo schema ormai ampiamente diffuso nella prassi per le strutture di *governance* delle fondazioni di partecipazione, che vedono in genere una pluralità di organi (non tutti sempre presenti, e con denominazioni lievemente variabili) così sintetizzabili<sup>17</sup>: a) il *Consiglio generale* (o *di indirizzo*), composto da fondatori e sostenitori, cui spetta deliberare gli atti essenziali della vita dell'ente; b) il *Consiglio d'amministrazione* (o *di gestione*), chiamato a gestire la fondazione di partecipazione nel rispetto dei criteri di buon andamento (efficienza, efficacia ed economicità), attenendosi ai programmi approvati dal Consiglio generale; c) l'*Assemblea di partecipazione* (o *Collegio dei Partecipanti*), organo con funzione consultiva, privo di poteri gestionali, che svolge il ruolo di formulare proposte; d) il *Presidente* della fondazione (in genere anche Presidente del Consiglio generale, del Consiglio di amministrazione e del Collegio scientifico), cui spetta la rappresentanza dell'ente di fronte ai terzi; e) il *Collegio scientifico*, organo con funzione tecnico-consultiva a supporto delle funzioni del Consiglio generale; f) il *Collegio dei revisori dei conti*, organo di controllo contabile che in particolare vigila sulla gestione finanziaria della fondazione, accerta la regolare tenuta delle scritture contabili, esamina le proposte di bilancio preventivo e di rendiconto economico e finanziario; g) l'*Organo di sorveglianza*, che controlla che la fondazione di partecipazione agisca nel rispetto dello Statuto e in conformità al pubblico interesse, in genere è composto esclusivamente da rappresentanti di enti pubblici, ed è caratterizzato da indipendenza pur essendo organo interno alla fondazione.

---

<sup>16</sup>V. A. Paire, *Fondazioni di partecipazione pubblica amministrazione*, cit., p.161.

<sup>17</sup>Riferimenti in A. Police, *Le fondazioni di partecipazione*, cit.

Sottolinea la varietà degli assetti di *governance* delle fondazioni di partecipazioni concretamente operanti G. Sicchiero, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 23, rilevando come il profilo di maggiore interesse in proposito sia «l'intersezione tra organi amministrativi, che dovrebbero operare sulla base delle indicazioni cristallizzate nell'atto di fondazione ed assemblea, che invece svolge il compito di dettare obiettivi che, sia pure nella cornice dello statuto, non ne costituiscono mera ripetizione, giacché in tal caso non avrebbe senso alcuno dar vita a questo diverso organo».

Lo schema organizzativo della *governance* del Tecnopolo Mediterraneo consta di due livelli, il primo che potremmo definire “istituzionale/programmatorio” e il secondo “esecutivo”.

Gli organi deputati alle funzioni di primo livello sono, da un lato, il Comitato dei partecipanti, chiamato ad una verifica generale dell’attività del Tecnopolo e a rendere pareri sulla stessa nei casi previsti dallo Statuto o su richiesta del CdA; e dall’altro il Comitato scientifico, che svolge un ruolo di indirizzo dell’attività scientifica e un’attività consulenziale, con pareri e proposte sulla gestione.

Il livello esecutivo è invece rappresentato dal Segretario generale, responsabile dell’attività tecnica e finanziaria del Tecnopolo e dell’esecuzione delle delibere del CdA<sup>18</sup>.

Quest’ultimo funge quindi da essenziale “cerniera” tra il primo e il secondo livello, in quanto è compartecipe del momento decisionale, potendo svolgere funzioni di alta amministrazione strategica, pur orientate dagli organi titolari delle funzioni di primo livello; ma è anche direttamente coinvolto nella fase di coordinamento e vigilanza sull’esecuzione delle decisioni assunte.

La formula sintetica per cui «al CdA è affidata l’amministrazione ordinaria e straordinaria» è accompagnata («inoltre») dall’elencazione di una serie di diciotto compiti specifici corrispondenti alle aree di attività e ai principali doveri gestori inerenti il Tecnopolo, ivi compresa (art. 9, comma 1, lett. m) dello Statuto) l’ulteriore sub-articolazione dell’organo gestorio in Presidente, Vice Presidente vicario, Consiglieri delegati.

Degno di attenzione è il primo di quei compiti, «assicurare l’eccellenza del Tecnopolo» (art.9, co.1, lett. a); la norma-manifesto, lungi dal voler istituire un’obbligazione di risultato, appare più plausibilmente rivolta a garantire un impegno costantemente vincolato allo scopo e ai parametri scolpiti negli artt. 1 e 2 dello Statuto.

A latere dell’attività gestoria è il sistema dei controlli, articolato tra un organo interno e organi esterni.

Il controllo interno è affidato all’Organo di revisione, che in realtà non svolge solo un’attività di revisione contabile, ma ha compiti e direi anche poteri assimilabili a quelli del collegio sindacale di una s.p.a., con cui condivide il dovere di vigilanza «sull’osservanza della legge e dello Statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e in particolare sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato».

La vigilanza di natura pubblicistica è suddivisa (art. 4 comma 1 dello Statuto) tra il MUR, cui è affidato il controllo sull’osservanza dello Statuto, essenzialmente nella

---

<sup>18</sup> Sul CdA nelle fondazioni, ancor prima dell’affermarsi nella prassi operativa della figura della fondazione di partecipazione, v. D. Vittoria, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1975, pp. 298-348.



specola del monitoraggio sui processi e i risultati dell'attività più propriamente scientifica e di ricerca, e la Corte dei Conti, stante la necessità di verificare il corretto impiego del denaro pubblico investito nel Tecnopolo. L'espressa previsione della sottoposizione al controllo della magistratura contabile risulta quanto mai opportuna, alla luce del rilievo che, in assenza di specifica previsione di legge, l'affermazione della sussistenza della giurisdizione contabile sugli amministratori delle fondazioni di partecipazione non è incontrovertibile; le più recenti posizioni della giurisprudenza tendono a negare la configurabilità di un danno – anche indiretto – al patrimonio degli enti pubblici partecipanti in caso di danno al patrimonio della fondazione, proprio alla luce della caratteristica fondamentale delle fondazioni che resta assolutamente ferma anche nelle fondazioni di partecipazione, vale a dire l'assenza di diritti dei partecipanti sul patrimonio di destinazione dell'ente<sup>19</sup>.

Sembrerebbe che in un sistema già molto articolato e plurilivello non ci sia spazio per i “non detti”; e invece va rilevato come la disciplina della *governance* risulti molto scarna sotto il profilo dei rapporti e dei flussi informativi intraorganici e interorganici, che si esprime solo in un dovere del Segretario generale di riferire al CdA.

---

<sup>19</sup> V. ad es. la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, secondo cui rientrava nella giurisdizione del giudice ordinario l'accertamento della responsabilità del Direttore generale della fondazione Federico II di Napoli, organismo che fra i soggetti costitutori vedeva la presenza di Enti pubblici, sulla base del rilievo che anche nei confronti degli organismi partecipati da Enti pubblici vadano applicate le ordinarie regole di accertamento della responsabilità previste dal codice civile (Cass., SS. UU. 2 settembre 2013, n. 20075; e v. anche per conclusioni analoghe Cass., SS.UU., 2 febbraio 2018, n. 2584, su cui v. il commento di A. Santuari, *Le fondazioni di partecipazione non sono “società in house”*, scaricabile all' indirizzo <http://www.irisonline.it/web/images/19febbraio2018/la%20fondazione%20di%20partecipazione%20non%20e%5C%27%20una%20societa%5C%27%20in%20house%20cass.%20ss.uu.%202%20febb%202018%20n.%202584.pdf> ).

Per la diversa conclusione secondo cui la finalità pubblica determinerebbe l'attrazione delle controversie in materia di illeciti patrimoniali degli amministratori della fondazione di partecipazione, che abbiano arrecato a quest'ultima danni da *mala gestio*, nell'ambito dell'azione pubblica attribuita alla magistratura contabile, cfr. Corte dei Conti, App. I, 16 settembre 2015, n. 486, all'indirizzo <https://www.self-entilocali.it/wp-content/uploads/2015/10/CC-sez.-I-giurisd.-centrale-sent.-n.-486-15.pdf>.

Approfondimenti del tema, anche in relazione alla figura affine delle società *in house providing*, in A. Paire, *Fondazioni di partecipazione pubblica amministrazione*, cit., p.171 e ss., cui adde L. Torchia, *La responsabilità degli organi sociali nelle imprese a partecipazione pubblica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, 2, p. 154, D. Morgante, *Le frontiere della giurisdizione contabile: evoluzione normativa e giurisprudenziale e relativi profili di possibile incoerenza*, in *rivistacortedeiconti.it*, n. 3/2019, p. 62, spec. a p.78 e ss. e M. Golia, *La responsabilità del management delle fondazioni partecipate nelle maglie incerte del riparto tra giudice ordinario e contabile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2019, 2, p. 703.

In generale, sulla possibilità di ricondurre le fondazioni di partecipazione alla categoria di derivazione comunitaria degli organismi di diritto pubblico si veda l'interessante rassegna di G. Romano, *Fondazioni di partecipazione e gestione di beni e servizi culturali: problemi giuridici*, Tesi di Dottorato, A.A. 2014/15, Univ. di Sassari.

In realtà però, a ben guardare, lo Statuto contiene un'importante apertura, di portata tra l'altro più ampia e non limitata a questi aspetti di *governance*, laddove consente al CdA di approvare, oltre al regolamento interno sulla concessione da parte del Tecnopolo di aiuti finanziari di varia natura, ulteriori regolamenti che potranno integrare e dettagliare singoli aspetti della gestione, ivi compresi quelli del funzionamento e delle relazioni tra gli organi di governo del Tecnopolo.

Anche qui, dunque, si manifesta la propensione dello Statuto del Tecnopolo a fungere da punto di partenza, da sviluppare e articolare, di una rete complessa di relazioni e funzioni a servizio dello sviluppo sostenibile, nel quadro del fine ultimo della fondazione, concepita come strumento di cooperazione pubblico-privata di lungo termine per scopi di utilità sociale.

6. Lo schema e le modalità attuative riproducono quelle istanze di pluralismo e partecipazione che sono espressione tipica delle più solide democrazie occidentali, con un modello certamente più noto e diffuso nell'esperienza anglosassone e scandinava, maturato e sviluppatosi in seno all'etica protestante, che vede la ricchezza come grazia da condividere più che come "sterco di Satana"<sup>20</sup>; la mediazione virtuosa che consente il cambio di visione è compiuta grazie alle forze vitali del "terroir", che – come nel miracolo segreto della nascita dei grandi vini – vivifica e rinforza le energie del mosto, donandogli profumi e aromi della terra da cui nasce.

In questo processo di convergenze e sostegni all'iniziativa non può e non deve mancare l'apporto dell'Università pubblica, e in particolare di Uniba, che in terra jonica forse ancor più che altrove ha dimostrato quella sensibilità alla costruzione sul territorio e col territorio, da un lato dando vita a esperienze di terza missione feconde e apprezzate, dall'altro già costruendo significativi poli di ricerca e di formazione alla ricerca; e penso non solo al Polo Scientifico e Tecnologico Magna Grecia, ma anche all'esperienza del Dipartimento Jonico e dei dottorati di ricerca, con particolare attenzione ai Dottorati industriali, nei quali sono stati raggiunti livelli importanti di mobilitazione di risorse.

Il Tecnopolo può consentire l'incontro e la convergenza di saperi diversi, fuori dell'ottica asfittica dei settori scientifico-disciplinari, gabbie sempre più limitanti soprattutto ove si guardi al ben più flessibile approccio europeo alla ricerca, e può favorire la riflessione sui grandi temi che sfidano lo scienziato anche sotto il profilo etico e di responsabilità sociale: la sostenibilità dell'impresa, le sfide e i limiti

---

<sup>20</sup> «[...] noi della ricchezza continuiamo a pensare che sia un privilegio egoista o un peccato, ed è questo verosimilmente il motivo per cui l'istituto è rimasto a lungo estraneo alla nostra esperienza ed oggi ci viene riproposto in una prospettiva che ne arricchisce le antiche ragioni e le nobili finalità»; così P. Rescigno nelle sue *Conclusioni* a chiusura del Quaderno della Fondazione Italiana del Notariato *Le fondazioni di partecipazione*, cit.

dell'uso dell'intelligenza artificiale, l'impatto sul lavoro, sulla qualità della vita, sulla salute della quarta rivoluzione industriale. Sta alla società civile e al tessuto produttivo del territorio vincere questa sfida.



Danila Certosino

## LA TUTELA CAUTELARE DELLA VITTIMA DEL REATO\*

SOMMARIO: 1. La posizione dell'offeso nel panorama europeo. – 2. Il contesto nazionale: le prerogative riconosciute in ambito cautelare. – 3. (*Segue*): gli ultimi approdi legislativi e il rafforzamento di tutela.

1. La valorizzazione del ruolo della vittima del reato è da tempo considerata come esigenza fondamentale in ambito internazionale<sup>1</sup>, tanto da essere posta alla base di diverse Risoluzioni delle Nazioni Unite<sup>2</sup> nonché di numerose Raccomandazioni<sup>3</sup> e Convenzioni del Consiglio d'Europa<sup>4</sup>.

È, tuttavia, in seno all'Unione Europea che si può registrare una maggiore tutela

---

\* Testo della Relazione svolta al Webinar “*Vittime di reato. Diritti, bisogni e interventi di tutela*”, organizzato da Rete Dafne Puglia e Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” (5 marzo 2021).

<sup>1</sup> Sul punto, M.G. Aimonetto, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1327 ss.

<sup>2</sup> Cfr., in particolare, la Risoluzione del 29 novembre 1985 N.R. 40/34 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, intitolata “*Dichiarazione sui principi fondamentali di giustizia in favore delle vittime della criminalità e delle vittime di abusi di potere*”; la Risoluzione del 21 luglio 1997 N.R. 1997/33 del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite sugli “*Elementi di una responsabile prevenzione della criminalità: standards e norme*”; la Risoluzione del 27 luglio 2000 N.R. 2000/14 del Consiglio economico e Sociale delle Nazioni Unite sui “*Principi base sull'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia criminale*”; la “*Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia*” del 10-17 aprile 2000 (adottata nel corso del X Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei detenuti).

<sup>3</sup> Si ricordano, al riguardo, la Raccomandazione del 28 giugno 1985, n. R(85)11, del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, concernente la “*Posizione delle vittime nell'ambito del diritto penale e della procedura penale*”; la Raccomandazione del 17 novembre 1987, n. R(87)21 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sulla “*Assistenza alle vittime e la prevenzione della vittimizzazione*”; la Raccomandazione del 14 giugno 2006, n. R(2006)8, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla “*Assistenza alle vittime di reati*”.

<sup>4</sup> Particolare attenzione rivestono la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei bambini contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale, firmata a Lanzarote il 25 ottobre 2007, che mira alla protezione delle vittime minorenni dai rischi derivanti dall'impatto traumatico con il sistema giudiziario e la Convenzione di Istanbul del 11 maggio 2011, sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. Per una dettagliata analisi di entrambi i testi convenzionali, v. M. Martelli, *Le Convenzioni di Lanzarote e Istanbul: un quadro d'insieme*, in L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, Padova 2015, p. 31 ss.

della persona offesa dal reato<sup>5</sup>, la cui percezione rappresenta un fenomeno abbastanza recente nello spazio giudiziario europeo<sup>6</sup>.

A livello di atti comunitari, il primo intervento incisivo in materia è rappresentato dalla Decisione quadro n. 2001/220/GAI, relativa alla “*Posizione della vittima nel procedimento penale*”, adottata dal Consiglio dell’Unione Europea il 15 marzo 2001<sup>7</sup>. Con questa Decisione quadro, considerata vera e propria “pietra miliare” nel panorama sovranazionale<sup>8</sup>, si dà immediata attuazione alle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, svoltosi due anni prima, con cui è stata sottolineata la necessità di elaborare norme minime per la tutela delle vittime di reato e di creare programmi nazionali per finanziare iniziative sulla tutela delle vittime della criminalità, sul loro accesso alla giustizia e sui loro diritti al risarcimento del danno<sup>9</sup>.

All’interno della Decisione quadro del 2001, possono rinvenirsi una serie di indicazioni volte al rafforzamento dei poteri processuali della persona offesa dal reato, alla predisposizione di servizi sociali nonché all’incentivazione di modalità di composizione del conflitto<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Nonostante gli sforzi compiuti, infatti, non può non rilevarsi una debolezza della posizione della vittima nell’ambito del Consiglio d’Europa a causa dell’assenza di un suo formale riconoscimento in seno alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Infatti, con riferimento al diritto di ricorrere alla Corte europea dei diritti dell’uomo, la vittima si identifica con colui che, ai sensi degli artt. 5 e 6 CEDU, ha subito una detenzione o un processo ingiusto: il diritto al giusto processo «è concepito senza particolare considerazione per la vittima del reato». Certo, la CEDU prescrive agli Stati membri il dovere di reprimere i comportamenti criminosi, ma non garantisce alla vittima uno specifico ruolo all’interno del processo penale.

<sup>6</sup> In argomento, cfr. M. V. Del Tufo, *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, in G. Fiandaca, C. Visconti (a cura di), *Aa.Vv., Punire mediante conciliare*, Giappichelli, Torino 2009, p. 107 ss.; Ead., *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 889 ss.; L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione e buone pratiche nazionali*, cit.

<sup>7</sup> A commento della Decisione, v., tra i tanti, C. Amalfitano, *L’azione dell’Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2011, p. 643 ss.; M. Castellaneta, *Più tutele per la vittima nel corso del processo*, in *Guida dir.*, 10, 2010, p. 71 ss.; M.V. Del Tufo, *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, cit., p. 110 ss.; P. Gaeta, *La tutela delle vittime del reato nel diritto dell’Unione europea: spunti per una ricostruzione storico-sistematica*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2701 ss.; I. Patrone, *Il Consiglio dell’Unione europea e la vittima nel procedimento penale*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 178 ss.; F. Ruggieri, *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario Europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4329 ss.

<sup>8</sup> In questi termini, M. Gialuz, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in *Aa.Vv., Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino 2012, p. 60.

<sup>9</sup> Cfr. *Le Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Tampere*, relativamente alla parte dedicata a “Un autentico spazio di giustizia europeo” e, in particolare la sezione riguardante un “Migliore accesso alla giustizia in Europa” (punto 32), ove viene precisato che «dovrebbero essere elaborate norme minime sulla tutela delle vittime della criminalità, in particolare sull’accesso delle vittime alla giustizia e sui loro diritti al risarcimento dei danni, comprese le spese legali» e «dovrebbero inoltre essere creati programmi nazionali di finanziamento delle iniziative, sia statali che non governative, per l’assistenza alle vittime e la loro tutela».

<sup>10</sup> In questi termini, L. Parlato, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, ed. Torri del vento, Palermo 2012, p. 32.

Per prima cosa, la Decisione quadro si preoccupa di definire chi è la vittima del reato: ai sensi dell'art. 1, lett. a) vittima è «la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti od omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro»<sup>11</sup>. In particolare, sono individuate come destinatarie di maggior tutela e di trattamenti specifici le vittime «particolarmente vulnerabili». Con riferimento a queste ultime, pur non essendo elaborata una definizione, la stessa può essere ricavata mediante un ragionamento *a contrariis* che fa leva sulle ipotesi di tutela specifica inquadrate dai testi sovranazionali nei confronti di particolari categorie di persone<sup>12</sup>.

Uno degli aspetti su cui interviene la Decisione quadro è il rapporto tra vittima e processo. L'atto comunitario assicura l'assistenza alle vittime prima, durante e dopo il procedimento penale e, a tal fine, gli Stati membri devono garantire che la dignità delle vittime sia rispettata e che i loro diritti siano riconosciuti in tutto il corso del procedimento.

Antecedentemente al processo, deve essere riconosciuto alla vittima il diritto di informazione, per cui lo Stato membro deve assicurare «le informazioni e l'accesso ad esse, in una lingua generalmente compresa». Rientrano in questo ambito: il tipo di servizi o di organizzazioni a cui la vittima può rivolgersi per ottenere assistenza; i benefici assistenziali che può ricevere; il luogo e le modalità per sporgere denuncia; le procedure successive alla presentazione della denuncia e il ruolo della vittima in tale contesto; le modalità e la natura della protezione; le modalità per avere diritto all'assistenza di un legale, al patrocinio gratuito, o a qualsiasi altra forma di assistenza.

---

<sup>11</sup> Secondo l'orientamento della Corte di giustizia delle comunità europee, è pacifica l'esclusione dal concetto di vittima delle persone giuridiche, nei cui confronti, pur avendo subito un pregiudizio causato direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro, non può operare la protezione accordata dalla decisione quadro. Cfr., Corte giust., 28 giugno 2007, c. 467/05, Dell'Orto, in *www.europa.eu*; Corte giust., 21 ottobre 2010, c. 205/09, Eredics, *ivi*, ove si specifica che «ai fini della promozione della mediazione nei procedimenti penali (...) la nozione di vittima non include le persone giuridiche».

<sup>12</sup> Così L. Luparia, *I contorni del concetto di vittima nella decisione quadro 2001/220 GAI*, in T. A. Deu, L. Luparia (a cura di), *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, Giuffrè, Milano 2011, p. 2 ss.

Ad avviso di L. Parlato, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., p. 71 ss., il concetto di vittima vulnerabile compone un microsistema assai variegato che necessita di tenere in considerazione una pluralità di situazioni di natura eterogenea (l'età, il sesso, le condizioni psico-fisiche, la tipologia del delitto subito).

Evidenzia S. Allegrezza, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in Aa.Vv., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino 2012, p. 13, come nell'attuale legislazione, esistono almeno tre tipi di «supervittime»: i bambini vittime di reati sessuali, le donne vittime di reati sessualmente orientati e le cosiddette «vittime collettive» (gruppo etnico, sessuale, religioso oppure vittime di mafia o di terrorismo). Altre categorie di vittime sono invece considerate dimenticate, ovvero quelle dei reati economici, dei reati ambientali, dei reati culturali.

Inoltre, la vittima deve essere informata sui requisiti necessari per avanzare una richiesta di risarcimento del danno e, nell'ipotesi in cui risieda in altro Stato, sui meccanismi cui può ricorrere per tutelare i propri interessi.

Nel corso del procedimento, si mira a garantire il riconoscimento e il rispetto dei diritti e della dignità della vittima, il diritto all'ascolto, il diritto alla protezione e il diritto alla tutela della *privacy*; si cerca, in questo modo, di determinare concretamente un rafforzamento della sua posizione processuale.

Il diritto all'informazione, che deve essere garantito in ogni fase processuale, si estende conseguentemente anche alla fase esecutiva, dovendo la vittima essere avvisata nell'ipotesi di rimessione in libertà del condannato, qualora ciò possa rappresentare per lei un pericolo.

Successivamente alla Decisione quadro del 2001, sono state emanate ulteriori direttive aventi come obiettivo la tutela della vittima: la Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio dell'Unione europea, sulla "*Lotta alla tratta degli esseri umani*" (poi sostituita dalla direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio); la Direttiva del Consiglio dell'Unione europea 2004/80/CE, relativa all'"*Indennizzo delle vittime di reato*"; la Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione europea sulla "*Lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*"; la Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'"*Ordine di protezione europeo*", che fissa i principi di tutela delle donne dalle violenze di genere.

Nonostante questi ulteriori interventi, l'Unione europea ha ritenuto che fosse necessario irrobustire ulteriormente la tutela accordata alle vittime di reato. È stata così elaborata in seno alla Commissione europea la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce "*Norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato*", la quale ha successivamente portato all'adozione, il 25 ottobre 2012, della Direttiva 2012/29/UE<sup>13</sup>. Quest'ultima ha ampliato la portata del sistema delle protezioni già previste dalla Decisione quadro del 2001, definendo un nuovo panorama che regola il riconoscimento e il sostegno delle vittime e il loro accesso alla giustizia; i diritti e le garanzie già riconosciuti alla persona offesa dal reato dalla suddetta direttiva risultano ribaditi e rafforzati, venendo, così, intensificata «la spinta europea affinché la giustizia penale diventi sempre più un momento di

---

<sup>13</sup> Per un commento in dottrina, cfr. S. Allegrezza, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in Aa.Vv., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, cit., p. 3 ss.; S. Civello Conigliaro, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime del reato. Una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del parlamento europeo e del consiglio*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 22 novembre 2012; S. Lorusso, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 881 ss.; F. Parisi, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 novembre 2012; D. Savy, *Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 613 ss.; P. Sechi, *Justice for victims: on conflict, trauma and reconciliation*, in *Giust. pen.*, 2013, II, c. 116 ss.; S. Venturoli, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 18 settembre 2012.



inclusione»<sup>14</sup>.

È stata, innanzitutto, ampliata la nozione di vittima del reato rispetto a quella elaborata dalla Decisione quadro del 2001, comprendendo, oltre alla persona fisica che abbia subito un pregiudizio fisico, mentale, giuridico o economico a causa di un reato, anche i familiari della persona la cui morte sia stata causata direttamente da un reato e che abbiano conseguentemente subito un danno<sup>15</sup>.

La protezione delle vittime è, poi, garantita più efficacemente rispetto alla precedente Decisione quadro, dato che, secondo quanto sancito dall'art. 1, scopo della direttiva è quello di assicurare «che le vittime di reato ricevano informazione, assistenza e protezione adeguate e possano partecipare ai procedimenti penali». Viene, così, particolarmente tutelato il diritto d'informazione della persona offesa dal reato, in attuazione del quale andranno fornite numerose informazioni concernenti: i servizi di assistenza; le procedure per la presentazione della denuncia e della richiesta di misure di protezione; le condizioni per ottenere assistenza legale (anche a spese dello Stato) ed il risarcimento del danno; il diritto all'interpretazione e alla traduzione; le procedure cui ricorrere se si è residenti in un altro stato e quelle per la denuncia dei casi di mancato rispetto dei propri diritti; i servizi di giustizia riparativa disponibili e le condizioni per ottenere il rimborso delle spese affrontate<sup>16</sup>.

Si garantisce anche il diritto della vittima di essere informata, senza indebito ritardo, del procedimento avviato a seguito della propria denuncia e conoscere dell'eventuale decisione di non prosecuzione delle indagini (e, a richiesta, dei motivi della stessa) o, in caso contrario, la data ed il luogo della celebrazione del processo e la natura dei capi di imputazione. Essa dovrebbe essere, altresì, avvisata della scarcerazione o dell'evasione dell'autore del reato e delle misure eventualmente adottate per la sua protezione.

---

<sup>14</sup> L'espressione è di S. Allegrezza, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 3.

<sup>15</sup> Nell'ampliare la nozione di vittima, la direttiva del 2012 riprende definizioni che, successivamente alla Decisione quadro del 2001, avevano trovato spazio, in sede internazionale, all'interno della "Dichiarazione dei basilari principi di giustizia per le vittime del reato ed abuso di potere", adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 29 novembre 1985, e della Raccomandazione R(2006)8 adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 14 giugno 2006, sull'assistenza alle vittime dei reati. La risoluzione delle Nazioni unite ricomprende nel concetto di vittima coloro che «sia singolarmente che collettivamente, abbiano subito dei danni, ivi compreso il ferimento sia fisico che mentale, la sofferenza emotiva, la perdita economica o l'indebolimento sostanziale dei loro diritti fondamentali, attraverso atti o omissioni che violano le leggi contro il crimine, in vigore negli Stati membri (...) Il termine vittima comprende pure, ove del caso, la famiglia e parenti stretti o i dipendenti della vittima e le persone che hanno subito un danno nell'intervenire nel tentativo di soccorrere le vittime in pericolo o di evitare una eventuale vittimizazione».

La Raccomandazione del Consiglio d'Europa, sulla stessa linea, considera vittima «qualsiasi persona fisica che ha subito un danno, fisico o mentale, sofferenze psichiche o perdite economiche, causate da atti o omissioni in violazione del diritto penale di uno Stato membro. Il termine vittima comprende anche, se del caso, i familiari più stretti o di persone a carico della vittima diretta».

Orientata in questo senso anche la giurisprudenza di Strasburgo. Cfr., fra le più recenti, Corte eur. dir. uomo, 31 luglio 2012, ric. n. 40020/03, M. c. Italia e Bulgaria, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>16</sup> Cfr., al riguardo, S. Allegrezza, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 5 ss.

Di particolare interesse sono le previsioni relative alle modalità di comunicazione delle informazioni: queste ultime dovrebbero essere fornite alla vittima in forma orale o scritta all'ultimo recapito postale conosciuto, oppure per via elettronica.

In casi eccezionali, ad esempio qualora un elevato numero di vittime sia coinvolto in un caso, dovrebbe essere possibile fornire le informazioni tramite la stampa, o mediante un sito *web* ufficiale dell'autorità competente o per qualsiasi altro canale di comunicazione<sup>17</sup>.

Rispetto alle fonti precedentemente menzionate, la Direttiva 2012/29/UE ha avuto, così, il merito di delineare, per la persona offesa, «una chiara posizione sistemica nelle diverse scansioni del procedimento penale, tanto da essere definita un autentico *corpus juris*, di matrice europea, dei diritti delle vittime di reato»<sup>18</sup>.

2. Nell'ordinamento italiano per lungo tempo si è assistito ad un fenomeno di c.d. marginalizzazione processuale della vittima: l'interesse per la persona offesa dal reato era maggiormente volto agli interessi civilistici di cui era portatrice nell'ambito del processo o allo studio del ruolo causale avuto nella commissione del reato, mentre si era ancora lontani dal nutrire una sensibilità nei confronti delle sofferenze patite in conseguenza del reato stesso<sup>19</sup>.

Nell'ultimo ventennio, come si è accennato, il ruolo della persona offesa all'interno del procedimento penale ha assunto una posizione centrale nel *trend* normativo sovranazionale, generando una parziale decentralizzazione della figura dell'autore del reato e una implementazione della tutela della vittima, nell'ottica della valorizzazione delle sofferenze e delle conseguenze pregiudizievoli patite da quest'ultima per effetto del reato. Parallelamente al consolidamento della posizione della vittima nel contesto sovranazionale, anche il legislatore italiano ha avviato un percorso normativo volto al riconoscimento di maggiori cautele nei riguardi della persona offesa dal reato, con l'obiettivo di fronteggiare una disciplina troppo lacunosa e disorganica<sup>20</sup>. Si sono, pertanto, registrati, nel corso degli ultimi anni, una serie di interventi legislativi, il cui

---

<sup>17</sup> V., ancora, S. Allegrezza, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 8.

<sup>18</sup> In questi termini, M. Cagossi, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 19 gennaio 2016. Come evidenzia D. Vispo, *La riscoperta del ruolo della persona offesa nel sistema processuale penalistico italiano: prime riflessioni a margine del d.lgs. 212/2015*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 25 febbraio 2016, la direttiva 2012/29/UE, inserendosi all'interno di un percorso di progressiva ammissione della vittima sul palcoscenico processuale, «vincola gli Stati membri a riconoscere a tale soggetto svariate prerogative in tutto l'arco del procedimento e nella fase dell'esecuzione penitenziaria: dal diritto a ottenere dettagliate informazioni sul proprio caso al diritto di accesso ai servizi di assistenza, dai numerosi e significativi diritti di partecipazione al procedimento penale al diritto ad una variegata protezione e ad un sistema di garanzie nel contesto della c.d. giustizia riparativa».

<sup>19</sup> Cfr. C. Peloso, *La tutela della vittima del reato nel processo penale italiano e francese: riflessioni comparate sull'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in [www.rivista.eurojus.it](http://www.rivista.eurojus.it), 13 maggio 2016.

<sup>20</sup> Cfr., sul punto, F. Zacchè, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 655 ss.

*leit-motiv* «figura sostanzialmente imperniato sulla volontà di rafforzamento della tutela della persona offesa, attraverso il potenziamento di strumenti di contrasto dei fenomeni criminosi e l'inasprimento a fini dissuasivi del trattamento normativo riservato ai soggetti ritenuti, o riconosciuti, colpevoli»<sup>21</sup>.

A partire dagli anni duemila, un settore particolarmente "ritoccato" è stato quello della libertà personale, nel cui ambito si è man mano realizzato un sotto-sistema cautelare a tutela della vittima particolarmente debole, «connotato da più funzioni di natura special-preventiva che di cautela processuale»<sup>22</sup>.

Il primo intervento incisivo in materia si è realizzato con la l. 4 aprile 2001, n. 154<sup>23</sup>, recante «*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*», con la quale il legislatore ha introdotto una serie di strumenti, civili e penali, volti ad apprestare particolari cautele nei confronti delle vittime di maltrattamenti familiari.

Le misure penali introdotte dall'art. 1, comma 2 della citata legge sono contenute negli artt. 282 *bis* e 291, comma 2 *bis*, c.p.p.

La prima disciplina l'allontanamento dalla casa familiare, che può essere disposto dall'organo giudicante al fine di predisporre uno strumento giudiziario rapido, efficace ed a carattere intermedio, consentendo, così, un'immediata tutela della vittima, senza pregiudicare in modo definitivo i rapporti familiari. La misura cautelare in oggetto è stata modulata «secondo una scala crescente di intensità a cominciare dall'obbligo essenziale di allontanarsi o di non rientrare nella casa familiare, per finire alle prescrizioni accessorie, meramente eventuali, dirette ad impedire all'indagato di recarsi in altri luoghi frequentati dalla vittima del reato o dal nucleo familiare»<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Per queste riflessioni, cfr. G. Bellantoni, *Tutela della donna e processo penale: a proposito della legge n. 119/2013*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 643.

Appare opportuno evidenziare come l'inizio del percorso normativo volto a rafforzare le cautele apprestate nei confronti delle c.d. vittime "vulnerabili" è segnato dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66, in tema di violenza sessuale. Ad essa sono poi seguiti altri importanti provvedimenti: la l. 3 agosto 1998, n. 268 (*Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*); l. 4 aprile 2001, n. 154 (*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*); l. 11 agosto 2003, n. 228 (*Misure contro la tratta di persone*); l. 6 febbraio 2006, n. 38 (*Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet*); l. 23 aprile 2009, n. 38 (*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*); l. 1 ottobre 2012, n. 172 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale*).

<sup>22</sup> F. Zacchè, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, cit., p. 656 s.

<sup>23</sup> Per un commento alla legge *de qua*, cfr. A. Figone, *La legge sulla violenza in famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 2001, p. 355 ss.; F. Ranzatto, *Misure a tutela delle vittime delle violenze in famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1334; S. Silvani, *Commento alla L. 4 aprile 2001, n. 154, Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 687 ss.

<sup>24</sup> Così, G. Cipriano, *Maltrattamenti in famiglia e misure cautelari alternative al carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1158.

Sulla misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare, cfr., altresì, in dottrina, S. Allegrezza, *La nuova misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare*, in *Famiglia*, 2003, p. 107 ss.; P. Biondolillo, *sub art. 282-bis*, in G. Illuminati, L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di*

La seconda misura prevede che nel corso delle indagini preliminari o del dibattimento, il pubblico ministero, “in caso di necessità o di urgenza”, può chiedere al giudice incaricato l’adozione delle misure patrimoniali provvisorie di cui all’art. 282-bis c.p.p., nell’interesse della persona offesa<sup>25</sup>. L’autorità giudiziaria, pertanto, potrà prescrivere all’imputato: a) di lasciare subito la casa familiare o di non farvi rientro per un certo periodo di tempo senza l’autorizzazione del giudice che procede; b) di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa; c) di pagare un assegno periodico in favore delle persone conviventi “che per effetto del provvedimento rimangono prive di mezzi adeguati”, eventualmente con obbligo di versamento diretto al datore di lavoro.

Un secondo importante *step* legislativo a tutela dell’offeso si è realizzato con l’emanazione del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. nella l. 23 aprile 2009, n. 38, c.d. “pacchetto sicurezza”, che ha introdotto importanti novità: il legislatore ha, infatti, ampliato il novero dei comportamenti penalmente rilevanti, con l’introduzione del delitto di atti persecutori (c.d. *stalking*), ed è intervenuto, in maniera significativa, sul sistema delle cautele personali all’interno del processo<sup>26</sup>. In particolare, è stata

---

*procedura penale*, 3<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer Cedam, Milano 2020, p. 1239 ss.; P.P. Dell’anno, *sub art. 282-bis*, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 4<sup>a</sup> ed., Utet, Torino 2012, p. 1711 ss.; G. Garuti, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano 2002, p. 744; C. Minnella, *Presupposti applicativi dell’allontanamento dalla casa familiare ex art. 282 bis c.p.p.*, in *Giur. merito*, 2005, p. 354 ss.; F. Peroni, *La nuova tutela cautelare penale nei fenomeni di violenza intrafamiliare*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 867 ss.; S. Silvani, *Brevi note sull’allontanamento dalla casa familiare*, in *Foro ambr.*, 2003, p. 180 ss.; G. Spangher, *Le misure cautelari personali*, in G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. II, *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, a cura di Marandola, Utet, Torino 2015, p. 34 ss.; E. Turco, *Modifiche all’allontanamento dalla casa familiare*, in A. Diddi, R. M. Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Giappichelli, Torino 2015, p. 51 ss.; C. Valentini, *sub art. 282-bis*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer Ipsa, Milano 2017, p. 2951 ss.

In giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 2010, n. 17788, in *CED Cass.*, n. 247084; Cass. pen., sez. VI, 3 luglio 2008, n. 28958, *ivi*, n. 240664; Cass. pen., sez. VI, 23 giugno 2008, n. 25607, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, p. 743; Cass. pen., sez. VI, 29 marzo 2006, n. 18990, in *CED Cass.*, n. 234635.

<sup>25</sup> Cfr. L. Giuliani, *sub art. 291*, in G. Illuminati, L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 1276 ss.; Polidoro, *sub art. 291*, in A. Gaito (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1754 ss.; G. Spangher, *sub art. 291*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 3023 ss.

Critica il dettato normativo L. Pistorelli, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari: allontanamento dalla casa familiare; pagamento di un assegno*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano 2011, p. 92 s., ad avviso del quale la norma in oggetto appare “approssimativa e superficiale” rendendo difficile la determinazione dei presupposti, dal momento che «se al fine di determinare il presupposto della necessità l’interprete può rifarsi alla analitica descrizione dei requisiti previsti dal 3 co. dell’art. 282-bis, non è invece chiaro quale sia il parametro che il giudice è chiamato a valutare per identificare la situazione di urgenza che legittima l’adozione della misura».

<sup>26</sup> Per ulteriori approfondimenti, cfr. V. Maffeo, *Il nuovo delitto di atti persecutori (stalking): un primo commento al d.l. n. 11 del 2009 (conv. con modif. dalla l. n. 38 del 2009)*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2719 ss.; A. Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto*

introdotta una nuova misura cautelare personale di tipo coercitivo: il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa dal reato *ex art. 282-ter c.p.p.*, con cui il giudice fa divieto al destinatario di avvicinarsi a luoghi determinati, che siano abitualmente frequentati dall'offeso, oppure gli impone di mantenere una determinata distanza da tali luoghi e dalla persona offesa. Scopo della "nuova figura cautelare" è quello di «assicurare una tutela immediata e a carattere "intermedio" alla vittima di condotte di molestie reiterate e assillanti, attraverso la creazione di una sorta di "schermo" protettivo che possa proteggerla ovunque si svolga la sua vita di relazione»<sup>27</sup>.

Come la precedente disposizione dell'allontanamento dalla casa familiare, anche quest'ultima si caratterizza per la circostanza di affidare al giudice della cautela il compito di riempire la misura di quelle prescrizioni essenziali per raggiungere l'obiettivo cautelare ovvero per limitare le conseguenze della misura stessa<sup>28</sup>.

In presenza di "ulteriori esigenze di tutela", la norma *de qua* è riferibile anche ai prossimi congiunti della persona offesa, nonché a persone con essa conviventi o comunque legate da relazione affettiva.

Con l'introduzione dell'*art. 282-quater c.p.p.*, è stato, infine, espressamente sancito uno specifico obbligo di comunicazione delle ordinanze di cui agli *artt. 282-bis e 282-ter c.p.p.* alla vittima del reato – oltre che ai servizi socio-assistenziali territorialmente competenti –, con l'intento di rassicurare la persona offesa in merito all'adozione dei provvedimenti *de quibus*<sup>29</sup>.

---

*alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 946; F. Zacchè, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Giappichelli, Torino 2009, p. 296 ss.

<sup>27</sup> Così Biondolillo, *sub art. 282-ter*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 1137; negli stessi termini, C. Valentini, *sub art. 282-ter*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2999.

Sulla misura *de qua*, cfr., altresì, G. Andreazza, *Misura cautelare del divieto di avvicinamento ex art. 282-ter c.p.p. e indicazione dei luoghi*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3353 s.; G. Bellantoni, *Divieto di avvicinamento alla persona offesa ex art. 282 ter c.p.p. e determinazione di luoghi e distanze*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1283 ss.; F. Cerqua, *La tipologia delle misure cautelari personali*, in G. Spangher, C. Santoriello (a cura di), *Le misure cautelari personali*, vol. I, Giappichelli, Torino 2009, p. 403 ss.; L. Collini, *Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa tra principio di legalità e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 24 gennaio 2012; P. P. Dell'Anno, *sub art. 282-ter*, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1714 s.; C. Di Paola, *Una nuova misura cautelare per un nuovo reato*, in *Corr. merito*, 2009, p. 1008 ss.; G. Spangher, *La determinazione funzionale del divieto di avvicinamento alla vittima ex art. 282 ter c.p.p.*, in *Giur. it.*, 2015, p. 73; Id., *Le misure cautelari personali*, in Aa.Vv., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, cit., p. 36 s.

<sup>28</sup> P. P. Dell'anno, *sub art. 282-ter*, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1715.

<sup>29</sup> In questi termini, C. Valentini, *sub art. 282-quater*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, cit., p. 3001 s. Come sottolinea P. Biondolillo, *sub art. 282-quater*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 1245, viene in questo modo assicurata alla persona offesa «una approfondita conoscenza delle prescrizioni imposte all'indagato e, quindi, la

3. Nel corso degli ultimi anni, «il susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne e il conseguente allarme sociale che ne è derivato hanno reso necessari interventi urgenti volti a inasprire, per finalità dissuasive, il trattamento punitivo degli autori di tali fatti, introducendo, in determinati casi, misure di prevenzione finalizzate alla anticipata tutela delle donne e di ogni vittima di violenza domestica»<sup>30</sup>. Così, una incisiva azione di salvaguardia della vittima “particolarmente vulnerabile” è stata perseguita con l’emanazione del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, recante «*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*», conv. con mod. dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119<sup>31</sup>, veicolata dai media come “legge contro il femminicidio”<sup>32</sup>,

---

possibilità di segnalare tempestivamente alle autorità competenti eventuali trasgressioni ai fini di un possibile inasprimento della misura».

In senso critico, P. P. Dell’anno, *sub art. 282-quater*, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1716, il quale evidenzia come «la pur lodevole previsione del diritto della persona offesa a ricevere comunicazione delle ordinanze emesse ai sensi degli artt. 282-bis e 282-ter risulta non totalmente idonea ad assicurare integrale ristoro delle istanze di tutela eventualmente assicurate in precedenza dalle competenti autorità amministrative e che, anche successivamente alla comunicazione di cui alla presente norma siano rimaste inascoltate».

<sup>30</sup> L’espressione è tratta dal Preambolo del Presidente della Repubblica al d.l. n. 93 del 2013, pubblicato in *G.U.*, 16 agosto 2013, n. 191.

<sup>31</sup> Fra i vari contributi dottrinali, cfr. G. Amato, *Si accentua la protezione delle “fasce deboli”*, in *Guida dir.*, 36, 2013, p. 59 ss.; Id., *Giro di vite su violenza sessuale e maltrattamenti*, *ivi*, 44, 2013, p. 77 ss.; F. Bartolini, *Considerazioni su alcune delle misure antiviolenza contenute nella l. n. 119/2013 su sicurezza pubblica e “femminicidio”*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, p. 1 ss.; G. Bellantoni, *Tutela della donna e processo penale: a proposito della legge n. 119/2013*, cit., p. 641 ss.; E. Buccoliero, *Femminicidio: una legge imperfetta ma che rende le donne meno ricattabili e i minori meno invisibili*, in *Min. giust.*, 1, 2014, p. 153 ss.; A. Cisterna, *Dall’allarme sociale per i casi di “femminicidio” un intervento a 360 gradi su sicurezza e giustizia (decreto legge 14 agosto 2013 n. 93)*, in *Guida dir.*, 36, 2013, cit., p. 57 s.; Id., *Con un riequilibrio delle esigenze di sicurezza il provvedimento arriva sul “banco di prova”*, *ivi*, 44, 2013, cit., p. 73 ss.; A. Diddi, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Proc. pen. e giust.*, 2, 2014, p. 92 ss.; D. Donati, *La violenza contro le donne*, in *www.questionegiustizia.it*, 16 dicembre 2013; C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1392 ss.; C. D. Leotta, voce *Femminicidio*, in *Dig. disc. pen.*, VIII agg., Utet, Torino 2014, p. 248 ss.; F. Macrì, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1 ss.; A. Marandola, *Nuove norme in materia di violenza di genere: aspetti processuali*, in *Studium iuris*, 2014, p. 527 ss.; F. Occhiogrosso, *La legge sul femminicidio: un’occasione mancata*, in *Min. giust.*, 1, 2014, p. 148 ss.; P. Pittaro, *La legge sul femminicidio: le disposizioni penali di una complessa normativa*, in *Fam. dir.*, 7, 2014, p. 715 ss.; R. A. Ruggiero, *La tutela processuale della violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2352 ss.; N. Stolfi, *Brevi note sulle nuove norme introdotte dalla l. 119/2013, in materia di violenza di genere*, in *Riv. pen.*, 2014, p. 657 ss.

<sup>32</sup> La parola femminicidio esiste nella lingua italiana solo a partire dal 2001. Fino a quell’anno, l’unica parola esistente col significato di uccisione di una donna era uxoricidio. Ma uxoricidio, composta con la parola latina *uxor*, quindi moglie, alludeva solo all’uccisione di una donna in quanto moglie e veniva estesa anche agli uomini, quindi al coniuge in generale.

L’incalzante dilagare di fenomeni criminali commessi contro le donne in quanto tali, ha, così, reso necessario l’introduzione di un termine specifico che comprendesse «tutte le forme di violenza contro la donna in quanto *donna*, praticate attraverso diverse condotte misogine (maltrattamenti, abusi sessuali,

introdotta al fine di rafforzare sul piano sostanziale e processuale la tutela offerta alle donne e ai minori, in quanto soggetti più esposti a fenomeni delittuosi commessi con violenza alla persona<sup>33</sup>.

La novella legislativa dà, in questo modo, attuazione alla Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011, sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, ratificata dall'Italia con la l. 27 giugno 2013, n. 77 e alla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio *recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime del reato*, recepita con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, entrato in vigore il 20 gennaio 2016<sup>34</sup>.

Collocandosi in piena sintonia con le più recenti disposizioni normative sovranazionali, la legge *de qua* si prefigge la realizzazione della prevenzione e l'immediata protezione della vittima della violenza di genere, intesa come «violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un

---

violenza fisica o psicologica), che possono culminare nell'omicidio.». Per questa definizione, cfr. voce *Femminicidio*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>33</sup> Sul punto A. Diddi, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, cit., p. 92, che, in senso critico, evidenzia come in realtà il d.l. n. 93 del 2013 rappresenti «un contenitore nel quale sono confluiti interventi eterogenei che, oltre a riguardare la tutela delle vittime dei reati commessi in ambiente domestico-familiare e, più in generale, a rafforzare la sicurezza pubblica, incide in settori (come quello della protezione civile) del tutto estranei al contesto citato». In senso analogo, considerando «alquanto discutibile» l'inserimento nella legge *de qua* di previsioni estranee al tema della tutela della vittima nel procedimento penale, A. Marandola, *Nuove norme in materia di violenza di genere: aspetti processuali*, cit., p. 527.

Esprime perplessità D. Donati, *La violenza contro le donne*, cit., ad avviso del quale «in Italia il metodo con cui viene affrontato il fenomeno della violenza di genere è prevalentemente centrato sulla considerazione del problema dal punto di vista della “sicurezza pubblica” (che pure esiste ed è grave), mentre si fatica a trattare il problema come esigenza di tutela dei diritti fondamentali delle donne e mancano interventi organici che, partendo da un approccio socio-culturale al problema, garantiscano una risposta sistematica e interdisciplinare alla violenza intrafamiliare». Dello stesso avviso, R. A. Ruggiero, *La tutela processuale della violenza di genere*, cit., p. 2352.

Merita, altresì, segnalare come il suindicato decreto legge abbia ricevuto forti critiche anche dalla magistratura, dall'avvocatura e dagli operatori che si occupano della protezione delle vittime (associazioni, case delle donne), i quali hanno evidenziato la mancanza di sistematicità del provvedimento di urgenza, l'assenza di una adeguata indagine conoscitiva preliminare, la predisposizione di una linea di intervento che privilegia la finalità di ridurre l'allarme sociale connesso alla commissione di gravi reati “in danno di soggetti deboli”, piuttosto che la tutela del diritto fondamentale della donna all'integrità psicofisica.

<sup>34</sup> La novella rappresenta l'occasione per razionalizzare e dare sistematicità alle numerose disposizioni che nel corso degli ultimi anni hanno modificato le prerogative della persona offesa dal reato nel contesto processuale, e prevede misure specifiche finalizzate a riconoscere alla vittima «delle garanzie minime e uno status processuale attivo, al fine di rafforzare la protezione di tale figura “dal processo” e “nel processo”». In questi termini, D. Vispo, *La riscoperta del ruolo della persona offesa nel sistema processuale penalistico italiano*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 25 febbraio 2016.

Per ulteriori approfondimenti, cfr. M. Antinucci, *L'Italia recepisce le norme minime sulla tutela europea delle vittime dei reati*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2016, p. 1 ss.; A. Cisterna, *Oneri di informazione “pesanti” per i Pm e la polizia giudiziaria*, in *Guida dir.*, 7, 2016, p. 75 ss.; M. Cagossi, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, cit.

particolare genere»<sup>35</sup>.

Fra le tante novità introdotte sul versante processuale penale<sup>36</sup>, particolare rilievo assumono quelle in materia di libertà personale<sup>37</sup>.

In linea di continuità con la l. n. 38 del 2009 – che, attraverso l’inserimento dell’art. 282-*quater* c.p.p., ha introdotto la persona offesa «sul palcoscenico del sottosistema cautelare»<sup>38</sup> – la l. n. 119 del 2013 ha notevolmente ampliato i diritti informativi della vittima nel *sub*-procedimento cautelare, compiendo, così, un ulteriore passo nel cammino di «progressiva valorizzazione del ruolo processuale della vittima di reato»<sup>39</sup>.

Innanzitutto, attraverso l’introduzione del comma 2-*bis* nell’art. 299 c.p.p., limitatamente ai procedimenti riguardanti tutti i delitti commessi con violenza alla persona, viene previsto che i provvedimenti di revoca o di sostituzione delle misure cautelari dell’allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis* c.p.p.), del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* c.p.p.), del divieto od obbligo di dimora (art. 283 c.p.p.), degli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.) e della custodia in carcere o in luogo di cura (rispettivamente artt. 285 e 286 c.p.p.) siano comunicati, a cura della polizia giudiziaria, al difensore della persona offesa o, in mancanza di questi, alla stessa persona offesa, oltre che ai servizi socio-assistenziali<sup>40</sup>. Viene, così, contemplato un vero e proprio obbligo di informazione della vittima, che ha per oggetto il provvedimento cautelare emesso.

In secondo luogo, il legislatore, interpolando i commi 3 e 4-*bis* dell’articolo 299 c.p.p., ha riconosciuto in capo alla persona offesa un vero e proprio diritto di “interpello obbligatorio”, nell’ipotesi di richiesta di revoca e sostituzione delle misure da parte del pubblico ministero o dell’imputato; la facoltà di interlocuzione nel merito delle istanze *de libertate* è riconosciuta sia nella fase delle indagini preliminari che in quella

---

<sup>35</sup> La definizione di violenza di genere, cui la legge si richiama, è elaborata dal considerando n. 17 della direttiva 2012/29/UE.

<sup>36</sup> Oltre all’ambito cautelare, gli artt. 2 e 8, comma 2, d.l. n. 93 del 2013 contemplano, infatti, modifiche a diversi istituti e attività del procedimento penale: incidente probatorio, richiesta di archiviazione, chiusura e proroga delle indagini preliminari, giudizio direttissimo, dibattimento, patrocinio a spese dello Stato.

<sup>37</sup> Per un’analisi dettagliata sulle cautele apprestate nei confronti della vittima del reato, cfr. A. Procaccino, *L’avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, in Aa.Vv., *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, cit., p. 75 ss.

<sup>38</sup> L’espressione è di A. Procaccino, *L’avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, cit., p. 88.

<sup>39</sup> H. Belluta, *Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 28 novembre 2013.

<sup>40</sup> Sul punto, cfr. A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, 10<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer Cedam, Milano 2018, p. 334 s.; A. De Caro, *Misure cautelari personali*, in Aa.Vv., *Manuale di diritto processuale penale*, 3<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino 2018, p. 383; V. Grevi, M. Ceresa Gastaldo, *Misure cautelari*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 10<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer Cedam, Padova 2020, p. 378; P. Tonini, C. Conti, *Manuale di procedura penale*, 22<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano 2021, p. 480 s.



successiva alla loro chiusura<sup>41</sup>.

La *ratio* di tali disposizioni, evidentemente, è quella di rendere partecipe la vittima di determinate tipologie di reato dell'evoluzione della posizione cautelare dell'indagato, ovvero dell'imputato, consentendole di presentare, entro un breve lasso temporale, memorie ai sensi dell'art. 121 c.p.p.; ciò al fine di offrire all'autorità giudiziaria procedente la conoscenza di ulteriori elementi di valutazione pertinenti all'oggetto della richiesta e garantire, in tal modo, la possibilità di instaurare un adeguato contraddittorio con la vittima del reato all'interno dell'incidente cautelare<sup>42</sup>. Ne scaturisce, così, un deciso potenziamento del ruolo dell'offeso, sia sul piano informativo che su quello partecipativo, «in un settore tradizionalmente segnato dalla esclusiva contrapposizione fra autorità e imputato, per natura estraneo al coinvolgimento di altri soggetti privati»<sup>43</sup>.

Pur riconoscendo l'importanza delle prescrizioni normative in oggetto, non si possono, tuttavia, non evidenziarne vistose ambiguità: se, infatti, come prescritto dalle fonti sovranazionali, la finalità da realizzare era quella di assicurare un'adeguata informazione della vittima della violenza di genere sullo *status* cautelare dell'indagato e sulla sua evoluzione, purtroppo la disciplina contemplata nel novellato art. 299 c.p.p. si rivela insufficiente e lacunosa, dal momento che le vicende modificative delle misure cautelari prese in considerazione non esauriscono il novero delle ipotesi di estinzione delle misure cautelari<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Merita segnalare come il diritto al contraddittorio cartolare della persona offesa nelle vicende estintive delle misure cautelari è stato espressamente riconosciuto dalla legge di conversione n. 119 del 2013, in conseguenza delle critiche sollevate rispetto alla versione originaria del d.l. n. 93 del 2013, che non contemplava tale facoltà.

<sup>42</sup> Sul punto, in dottrina, S. Buzzelli, *sub art. 299*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 1252; A. Procaccino, *L'avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, cit., p. 90; R. A. Ruggiero, *La tutela processuale della violenza di genere*, cit., p. 2356; F. Zacchè, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, cit., p. 661. In giurisprudenza, Cass. pen., Sez. VI, 23 luglio 2015, n. 35613, in *CED Cass.*, n. 264342; Cass. pen., Sez. VI, 5 febbraio 2015, n. 6717, *ivi*, n. 262272.

<sup>43</sup> Così M. Bontempelli, *Novità nelle procedure di revoca e sostituzione*, in Aa.Vv., *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, cit., p. 144 ss., che allo stesso tempo evidenzia come la persona offesa «non entra però, nel procedimento incidentale cautelare, partecipandovi in modo necessario. (...) proprio come l'imputato la persona offesa "contempla" l'attività giudiziale dall'esterno, quale osservatore interessato a far sentire le proprie ragioni presentando memorie ex art. 121 c.p.p.».

<sup>44</sup> In questi termini, G. Sepe, *Violenza di genere e consultazione della persona offesa nelle vicende estintive delle misure cautelari*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 9 luglio 2014, ad avviso del quale occorre domandarsi se ed in quali termini la persona offesa possa essere consultata «allorchè, nella fase delle indagini preliminari, si prospetti non già l'eventuale revoca/modifica della misura cautelare, bensì la declaratoria di inefficacia della stessa».

Esprimono, altresì, criticità, H. Belluta, *Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima*, cit.; E. Campoli, *La tutela della persona offesa nella violenza di genere: brevi riflessioni sulle novelle processuali*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, p. 221; G. Pavich, *Le novità del decreto legge sulle violenze di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 24 settembre 2013; R. A. Ruggiero, *La tutela processuale della violenza di genere*, cit., p. 2356.

Un intervento incisivo a tutela della persona offesa dal reato si è realizzato con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 212/2015, che, come già evidenziato, ha dato attuazione alla direttiva n. 2012/29/UE. Il testo sovranazionale costituisce oggi "la stella polare" di ogni intervento incentrato sulla vittima del reato e rappresenta un *unicum* nel panorama comunitario: «siamo infatti abituati a confrontarci con documenti europei che impongono innesti circoscritti sul tessuto codicistico»; invece, la direttiva *de qua* entra «a gamba tesa nell'ordinamento, stravolgendone le fondamenta»<sup>45</sup>.

Nel dare attuazione alla direttiva in oggetto, il d.lgs. n. 212 del 2015 reca importanti innesti in tema di informazione, mostrando di condividere la strategia comunitaria di implementazione delle garanzie «di primo livello»: nessuna "inclusione" della vittima è possibile se la stessa non è messa in condizione di comprendere le vie di tutela che l'ordinamento le riserva.

Il meccanismo va attivato sin dal primo contatto con le autorità e deve assicurare la qualità e la certezza delle comunicazioni, il loro contenuto, nonché la formazione del personale chiamato ad interagire con le vittime.

Si è trattato di un intervento snello, che ha comportato l'introduzione di tre sole norme che agiscono sul tessuto del codice di rito e delle disposizioni di attuazione, implementando i diritti informativi e all'assistenza, ma offrendo al contempo nuovi spazi partecipativi.

L'art. 1 del decreto ha così introdotto queste nuove disposizioni normative, disponendole strategicamente nel titolo VI del libro I dedicato alla persona offesa: si prevede, *ex art. 90-bis c.p.p.*<sup>46</sup>, che la vittima riceva, al pari dell'imputato, un elenco chiaro ed esaustivo dei diritti e delle facoltà che l'ordinamento le riserva; nuovi avvisi anche in caso di scarcerazione, evasione o revoca delle misure di sicurezza detentive inflitte all'autore del reato, come disposto dall'art. 90-*ter* c.p.p.<sup>47</sup>; particolarmente importante, poi, la definizione, contenuta nell'art. 90-*quater* c.p.p.<sup>48</sup>, di persona in

---

Ad avviso di A. Diddi, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, cit., p. 99, non è del pari chiaro se le particolari formalità contemplate «vadano osservate quando la revoca o la sostituzione della misura cautelare sia disposta *ex officio* nei casi previsti dall'art. 299, comma 3, c.p.p. (...) ovvero, ancora, quando la revoca o la sostituzione della custodia in carcere sia disposta per ragioni di salute».

<sup>45</sup> Così, F. Delvecchio, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 11 aprile 2016.

<sup>46</sup> Cfr. A. Ciavola, sub art. 90-*bis*, in G. Illuminati, L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 308 ss.; I. Conti, sub art. 90-*bis*, in S. Beltrani (diretto da), *Codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano 2019, p. 345 ss.; M. Gualtieri, sub art. 90-*bis*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 944 ss.

<sup>47</sup> A. Ciavola, sub art. 90-*ter*, in G. Illuminati, L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 312 s.; I. Conti, sub art. 90-*ter*, in S. Beltrani (diretto da), *Codice di procedura penale*, cit., p. 347 ss.; M. Gualtieri, sub art. 90-*ter*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 950 ss.

<sup>48</sup> A. Ciavola, sub art. 90-*quater*, in G. Illuminati, L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 314 s.; I. Conti, sub art. 90-*quater*, in S. Beltrani (diretto da), *Codice di procedura penale*, cit., p. 349 ss.; M. Gualtieri, sub art. 90-*quater*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 954 ss.

condizioni di “particolare vulnerabilità”, le cui esigenze di protezione vanno valutate sulla base di alcuni indici rivelatori, ma altresì all’esito di accurata indagine *case by case*.

Sempre fra le disposizioni generali, si segnala il nuovo comma 2-*bis* dell’art. 90 c.p.p.<sup>49</sup>, che impone una perizia nei casi di incertezza sull’età della vittima e l’estensione ai conviventi dei diritti spettanti ai familiari in caso di decesso dell’offeso (art. 90, comma 3, c.p.p.).

In tema di protezione della vittima, si evidenzia come il freno alla ripetibilità delle audizioni del vulnerabile (art. 190-*bis* c.p.p.) e la puntualizzazione del regime speciale di assunzione delle dichiarazioni (artt. 134, 351, 362 392, 398 e 498 c.p.p.) rappresentino interventi doverosi, che, tuttavia, «filtrano attraverso maglie assai strette il diritto al confronto dell’imputato; di qui, probabilmente, la scelta di un innesto normativo ridotto ai minimi termini»<sup>50</sup>.

Il diritto all’informazione viene garantito appieno anche per la vittima alloggota: finalmente il legislatore ha esteso la tutela linguistica a tutti i protagonisti del processo, prevedendo all’art. 143-*bis* c.p.p. il diritto dell’offeso alla traduzione gratuita di atti, o parti degli stessi, e all’assistenza di un interprete<sup>51</sup>.

Sempre alla vittima straniera sono dedicate le nuove disposizioni attuative inserite dall’art. 2 d.lgs. n. 212/2015: da un lato, si prevede che la persona offesa che non conosce la lingua italiana nel proporre querela abbia diritto di utilizzare l’idioma di nascita (art. 107-*ter* disp. att. c.p.p.); dall’altro, si riconosce all’offeso residente o domiciliato nel territorio dello Stato che abbia subito un danno oltre i confini nazionali, il diritto a ché le autorità locali curino l’insinuazione del procedimento dinanzi a quelle competenti (art. 108-*ter* disp. att. c.p.p.).

Nell’ottica di dare piena attuazione alle indicazioni provenienti dalla direttiva 2012/29/UE e di completare l’attuazione realizzata con il d.lgs. 212/2015, il legislatore, con la legge 23 giugno 2017, n. 103, recante modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario (c.d. Riforma Orlando), è intervenuto su diversi versanti attinenti i poteri della vittima.

Con riguardo ai diritti informativi, si è anzitutto riconosciuto alla persona offesa il diritto di chiedere all’autorità procedente informazioni relative allo stato del procedimento, senza pregiudizio del segreto investigativo, una volta che siano decorsi

---

<sup>49</sup> Per un commento cfr., A. Ciavola, *sub* art. 90, in G. Illuminati, L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 303; I. Conti, *sub* art. 90, in S. Beltrani (diretto da), *Codice di procedura penale*, cit., p. 338 ss.; M. Gualtieri, *sub* art. 90, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 917.

<sup>50</sup> Ancora, F. Delvecchio, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l’adeguamento dell’Italia alla direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 6.

<sup>51</sup> F. Mancini, *sub* art. 143-*bis*, in S. Beltrani (diretto da) *Codice di procedura penale*, cit., p. 495 s.; P. Rivello, *sub* art. 143-*bis*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1536 ss.; S. Sau, *sub* art. 143-*bis*, in G. Illuminati, L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 523 ss.

sei mesi dalla presentazione della denuncia o della querela (art. 335 comma 3-ter c.p.p.). Coerentemente, si è inserito nella comunicazione sui diritti di cui all'art. 90-bis c.p.p. l'avviso della «facoltà di ricevere comunicazione del procedimento e delle iscrizioni di cui all'articolo 335, commi 1, 2 e 3-ter». Si tratta di una modifica apprezzabile negli intenti, ma che lascia più di qualche perplessità a causa della sua formulazione: il richiamo alla necessità di tutelare il segreto investigativo e il riferimento alla mera possibilità di «chiedere di essere informata» sembrano lasciare un'ampia discrezionalità all'autorità procedente.

Ulteriore modifica relativa alle garanzie di conoscenza riguarda l'obbligo di notifica dell'avviso della richiesta di archiviazione contemplato dall'art. 408 comma 3-bis c.p.p.: inserito nel 2013 con riguardo ai «delitti commessi con violenza alla persona», viene esteso al «reato di cui all'articolo 624-bis c.p. (ovvero furto in abitazione e con strappo)».

Più recentemente, un'ulteriore azione di tutela della vittima del reato si è realizzata con l'entrata in vigore della l. 19 luglio 2019, n. 69., c.d. legge sul “Codice rosso”<sup>52</sup>, che, fra le varie modifiche apportate, ha rinforzato il diritto all'informazione della vittima, intervenendo anche nell'ambito cautelare. A tal riguardo, l'articolo 14 della legge n. 69 del 2019 incrementa le informazioni fornite alla persona offesa ai sensi dell'art. 90-bis c.p.p., che debbono comprendere, oltre alle strutture sanitarie presenti sul territorio, quali case-famiglia, centri antiviolenza e case rifugio, anche i servizi di assistenza alle vittime di reato.

L'articolo 15 della l. n. 69 del 2019 prevede, invece, la modifica di tutta una serie di articoli vertenti in materia di comunicazioni: l'art. 90-ter c.p.p. relativo, come si è visto, alle comunicazioni di evasione e scarcerazione dell'imputato, viene integrato da un comma 1 bis che impone che i provvedimenti di scarcerazione e di cessazione della misura di sicurezza detentiva, di evasione dell'imputato in stato di custodia cautelare o del condannato, nonché di volontaria sottrazione dell'internato all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva, in presenza delle fattispecie da “codice rosso” – da cui è esclusa l'ipotesi di reato di cui all'art. 612 ter c.p. (“Diffusione di immagini o video sessualmente espliciti”, c.d. *revenge porn*) –, debbano essere sempre comunicati «alla persona offesa e al suo difensore, ove nominato». Il comma 1 bis dell'art. 90-ter c.p.p., a differenza del suo comma 1, non fa salva come eccezione a tale obbligo di comunicazione, l'ipotesi in cui ricorra un pericolo concreto di danno per l'autore del reato, così confermando l'importanza di rendere tempestivamente edotta la vittima di

---

<sup>52</sup> Per un commento della legge *de qua* cfr. L. Algeri, *Il c.d. Codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere. (Codice rosso) (Legge 19 luglio 2019, n. 69)*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1363 ss.; D. Russo, *Emergenza “codice rosso”. (A proposito della legge 19 luglio 2019, n. 69 in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 9 gennaio 2020; N. Triggiani, *L'ultimo tassello nel percorso legislativo di contrasto alla violenza domestica e di genere: la legge “Codice rosso”*, in *Proc. pen. e giust.*, 2, 2020, p. 451 ss.; A. Valsecchi, *Legge 19 luglio 2019, n. 69. “Codice rosso” e diritto penale sostanziale: le principali novità*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 163 ss.

tali provvedimenti.

La modifica dell'art. 90-ter c.p.p., deve, inoltre, coordinarsi, seppur in maniera imperfetta, con la previsione di cui all'art. 299, comma 2-bis, c.p.p., in materia di misure coercitive o interdittive: l'art. 15, quarto comma, l. n. 69 del 2019 dispone, infatti, che – nei procedimenti aventi ad oggetto i delitti commessi con violenza alla persona – la revoca o la sostituzione di dette misure a carico dell'indagato debbano essere immediatamente comunicate anche alla persona offesa e, ove nominato, al suo difensore. Il successivo comma quinto introduce, poi, analoghe modifiche sia all'art. 659, comma 1-bis c.p.p. – ove viene prescritto un obbligo di comunicazione da parte del pubblico ministero alla persona offesa qualora il giudice di sorveglianza emetta un provvedimento di scarcerazione del condannato per un reato da “codice rosso” – sia all'art. 282-quater c.p.p., imponendo che le misure di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa vengano comunicate a quest'ultima, e, ove nominato, al suo difensore, nonché ai servizi socio-assistenziali.

Da questa breve analisi appare evidente come il legislatore nel corso degli ultimi anni abbia intrapreso un percorso volto al rafforzamento del ruolo dell'offeso all'interno del procedimento penale; l'auspicio è che si continui in questa direzione nell'ottica di una piena trasformazione della vittima da “muto spettatore” a “protagonista” della vicenda processuale.



Federica Monteleone

## EPIDEMIA E IMMIGRAZIONE: NOTE STORICHE\*

SOMMARIO: 1. La peste nell'Europa medievale: un *excursus* storico. - 2. Epidemia e immigrazione: un caso di "cambiamento globale". - 3. Un esperimento sfuggito di mano.

1. La mancanza di una precisa nosologia medica e di un vocabolario scientifico delle malattie ha generato una "confusione loimologica" nello studio della storia delle epidemie<sup>1</sup>. L'ampia nomenclatura delle fonti per indicare un fenomeno epidemico comporta la necessità di considerare ogni singolo evento non solo attraverso l'individuazione dei sintomi specifici e degli indicatori di mortalità, ma come "segno storico" in grado per la sua intensità di produrre un nuovo assetto sociale. L'impatto epocale di un evento epidemico può risultare più chiaro nella lettura *post factum*, in grado di offrire una visione paradigmatica di quello che nelle fonti coeve rimane pur sempre un racconto circostanziato. La durata di un'epidemia, il suo rimanere latente all'interno di una popolazione, il ripetersi in anni successivi, sono elementi che concorrono a determinare un modello di crisi più o meno grave, un "tipo ideale" di epidemia, o in epoca moderna di pandemia – ossia "epidemia ad estesissima e rapida diffusione" che viene proclamata in virtù di un atto politico-amministrativo – capace di destrutturare assetti sociali pur consolidati<sup>2</sup>. Ne consegue la consapevolezza dell'opportunità di leggere le epidemie non in modo mono-causale, ma trasversale, considerando la combinazione e l'interazione dei loro molteplici effetti con le varie congiunture storiche. Alcune epidemie, come la Peste Antonina o la più nota Peste Nera, hanno segnato per molti aspetti una svolta decisiva al punto da assumere per alcuni studiosi anche una valenza periodizzante.

---

\* Il presente contributo trae spunto da una lezione svolta nell'ambito dei Percorsi per le Competenze trasversali e l'Orientamento (PCTO) nell'a.a. 2020-2021. Il progetto è denominato "Immigrazione, Diritti Umani e Interculturalità".

<sup>1</sup> A. Marcone, *La peste Antonina: testimonianze e interpretazioni*, in *Rivista Storica Italiana*, III, 114, 2002, pp. 801-819.

<sup>2</sup> F. Cavalli, *I ratti invisibili. Considerazioni sulla storia della peste in Europa nel Medioevo e nella prima età moderna*, in *Quaderni Guarneriani*, 6, 2015, pp. 113-140; V. Serino, *Le pandemie. Evoluzione storico-antropologica dalla peste di Atene alla spagnola*, A. Pontecorboli Editore, Firenze 2017; F.M. Snowden, *Storia delle epidemie. Dalla Morte Nera al Covid-19*, Leg Edizioni, Gorizia 2020.

Le malattie che la scienza moderna definisce “malattie epidemiche” o “epidemie” non trovano un’esatta corrispondenza con le patologie che nell’Antichità colpivano le moltitudini di persone, giacché con lo stesso termine erano indicate manifestazioni a carattere epidemico molto diverse tra loro come, oltre alla peste propriamente detta, anche il tifo, il vaiolo e il colera. Nelle attestazioni più antiche, a partire dal II secolo a.C., il termine “*pestis*”, presente per la prima volta in un frammento del poeta Ennio con il significato di “calamità”, “flagello”, “sventura”, è utilizzato per identificare una grave condizione clinica caratterizzata da febbre che determina un’alta mortalità<sup>3</sup>. La stessa nozione di contagio del morbo, che si propaga per via infettiva, risulta assente, almeno in modo dichiarato ed esplicito, nella medicina antica, in cui manca la conoscenza e la consapevolezza dell’esistenza di microrganismi patogeni<sup>4</sup>. Nel V secolo a.C. il medico greco Ippocrate fa riferimento alla presenza di una “malattia pestilenziale” in una regione, dove essa è “endemica”, a causa del suo “soggiornare” e diffondersi in un determinato luogo – tale è l’accezione del verbo “*epidêmein*” nel linguaggio medico più antico<sup>5</sup>. Per la prima volta, inoltre, sono interpretati gli effetti che l’ambiente causa sull’organismo umano. La malattia è attribuita al miasma, cioè all’ambiente malsano, in particolare alla presenza di paludi, agli spostamenti delle persone e alle mutazioni dell’aria.

Nell’antichità greca e romana il primo racconto di peste è costituito da un poema epico di guerra, il canto I dell’*Iliade* di Omero. L’epidemia che colpisce gli Achei è inviata dal dio Apollo che «mala peste fece nascere nel campo, e la gente moriva». Nella visione poetica omerica il diffondersi della malattia è attribuito ai dardi lanciati da Apollo e non c’è nessun contagio, in quanto ogni individuo si ammala singolarmente. L’epidemia ha termine dopo che l’indovino Calcante ha svelato agli Achei la causa dell’ira di Apollo, il fatto che Agamennone avesse rapito Criseide, figlia del suo sacerdote. L’epidemia omerica più che un “fatto storico” costituisce un archetipo, soprattutto in riferimento all’idea che le epidemie fossero la manifestazione dell’intervento di entità soprannaturali e il compimento di castighi divini, secondo il modello interpretativo offerto dalle Sacre Scritture. La piaga colpiva non uomini colpevoli di specifici peccati, ma un popolo intero per la sua peccaminosità complessiva, a differenza del pensiero islamico che non solo rigettava categoricamente l’idea che il morbo si propagasse per contagio, ma lo riteneva

---

<sup>3</sup> A. Pastore, *Dal lessico della peste: untori, unzioni, unti*, in *Acta Histriae*, 15, 2007, pp. 127-137; F. Stok, *Il lessico del contagio*, in P. Radici Colace, A. Zumbo (a cura di), *Letteratura scientifica e tecnica greca e latina*. Atti del Seminario internazionale (Messina, 29-31 ottobre 1997), Edas, Messina 2000, pp. 55-89.

<sup>4</sup> V. Nutton, *Did the Greeks have a Word for it? Contagion and Contagion Theory in Classical Antiquity*, in L. I. Conrad, D. Wujastyk (a cura di), *Contagion. Perspectives from pre-modern societies*, Routledge, Aldershot 2000, pp. 137-162.

<sup>5</sup> J. Jouanna, *Air, miasme et contagion à l’époque d’Hippocrate*, in S. Bazin, D. Tacchella Quérueil, E. Samama, *Air, miasme et contagion. Les épidémies dans l’Antiquité et au Moyen Age*, Actes de la Table Ronde organisée à Reims (17 Janvier 1997), Etudes réunies par Langres 2001, pp. 7-27.



addirittura una benedizione che Dio riservava a determinati individui, garantendo attraverso la morte per malattia il loro immediato ingresso in Paradiso<sup>6</sup>.

Sulla linea di Omero il binomio guerra-peste è presente nella tradizione letteraria e storiografica antica, ad iniziare dal racconto della peste di Atene fatto da Tucidide nel 430 a.C., durante la guerra del Peloponneso. Tucidide fornisce una descrizione dettagliata dei sintomi e dell'evoluzione della malattia: «improvvisamente persone sane erano colpite dapprima da un forte calore alla testa, con arrossamento e infiammazione agli occhi [...] successivamente la malattia scendeva al petto con forte tosse»<sup>7</sup>. Anche se in Tucidide manca il significato tecnico che la scienza moderna attribuisce al termine “contagio”, è evidente che lo storico greco conoscesse il concetto di infezione: «il contagio non colpiva mai due volte la stessa persona, almeno non in forma così forte da risultare mortale»<sup>8</sup>.

L'esempio di Atene, assediata dagli Spartani, dimostra come la diffusione dell'epidemia fosse stata favorita da una condizione di sovraffollamento e da una grave carenza alimentare ed igienica. In Tucidide l'epidemia è rapportata oltre che alla guerra anche alla fame. La relazione tra epidemia, guerra e fame è complessa e reciproca e non si può considerare l'una senza l'altra: secondo Plinio il Vecchio le calamità sono delle componenti necessarie della natura, per cui i buoni o i cattivi raccolti sono la conseguenza e il segno visibile della “salute” morale degli uomini. Le maggiori epidemie sarebbero state causate da “crisi climatiche”, che avrebbero influito sulla qualità dei raccolti e, di conseguenza, sulla salute degli esseri umani e, talora, anche degli animali<sup>9</sup>. L'epidemia indebolì talmente Atene da essere considerata una delle ragioni della sua sconfitta finale nella guerra contro Sparta.

La descrizione tucididea diventa *mimesis* per altri “scrittori di epidemie”, come Ammiano Marcellino, che descrive la Peste di Amida, sulla sponda del fiume Tigri, avvenuta nel 359 d.C., durante il conflitto tra Persiani e Romani<sup>10</sup>, o come Procopio di Cesarea, testimone oculare della cosiddetta “Peste Giustiniana”, o “prima pandemia medievale” come la definisce Horden, nel 541 d.C., durante la quale si ha la prima manifestazione di peste bubbonica, trasmessa dai roditori all'uomo e causata dal batterio *Yersinia pestis*, identificato nel 1894 dal giovane microbiologo Alexandre Yersin, durante l'epidemia di peste che stava flagellando Hong Kong<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> W.G. Naphy, A. Spicer, *La peste in Europa*, il Mulino, Bologna 2006, pp. 7-19.

<sup>7</sup> Tucidide, *La guerra del Peloponneso*, a cura di F. Ferrari, BUR, Milano 1985, p. 345 sg.

<sup>8</sup> V. Vaiopoulos, *The notion of 'contagio' in classical literature*, in *Farmacopea antica e medievale*, Atti del Convegno internazionale di studio (Salerno, 30 novembre - 3 dicembre 2006), Annali della Scuola Medica Salernitana, 2, Scuola Medica Salernitana, Salerno 2008, pp. 45-57.

<sup>9</sup> R. Benoît, *Le climat, les famines et la guerre: éléments du contexte de la Peste Antonine*, in E. Lo Cascio (a cura di), *L'impatto della "peste antonina"*, Edipuglia, Bari 2012, pp. 87-122.

<sup>10</sup> F. Stok, *Peste e letteratura*, in *Medicina e Letteratura*, Atti del Convegno (Salerno 25 ottobre 2012), Annali della Scuola Medica Salernitana, 6, Salerno 2013, pp. 55-75.

<sup>11</sup> P. Horden, *Mediterranean Plague in the Age of Justinian*, in *The Cambridge Companion to the Age of Justinian*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, pp. 134-160; A.E.J. Yersin, *La Peste Bubonique a Hong-Kong*, in *Annales de l'Institut Pasteur*, 8, 1894, pp. 662-668.

La Peste Giustiniana, che compare per la prima volta nel porto egiziano di Pelusio, posto sul margine orientale del delta del Nilo, nell'estate del 541, durò per circa tre anni, sino al 544. Procopio di Cesarea riferisce che il morbo, nel periodo culminante della sua prima comparsa, uccideva diecimila persone al giorno, e attacca «i vani sproloqui di coloro che si dicono esperti in materia» e che di fronte a «fenomeni assolutamente incomprensibili per l'uomo, cercano di dare delle spiegazioni con molta presunzione»<sup>12</sup>. I medici non erano in grado di fare una diagnosi certa, «a molti assicuraron che si sarebbero salvati, e invece erano quasi sul punto di morire». La forza distruttiva della malattia portò ad abbandonare ogni sistema di sepoltura tradizionale: «quando si realizzò che tutte le tombe prima esistenti erano state riempite di cadaveri, allora si incominciò a scavare tutti i posti attorno alla città uno dopo l'altro e a deporvi i morti, così come si poteva», ma successivamente coloro che stavano facendo queste fosse, non essendo più in grado di tenere il conto dei decessi, salirono sulle torri e, rimossi i tetti, vi gettarono i cadaveri in completo disordine, «così praticamente riempirono tutte le torri di cadaveri, accatastandoli alla rinfusa, secondo come cadevano, e poi le coprirono di nuovo coi tetti»<sup>13</sup>. Procopio di Cesarea svolge anche considerazioni di ordine socio-antropologico, notando come «coloro che prima si erano compiaciuti di condurre una vita dissipata e piena di vizi, anch'essi, abbandonate le loro riprovevoli abitudini, seguivano con scrupolo le norme della religione» e questo non per una improvvisa saggezza, ma perché «logicamente costretti dalla necessità delle cose ad imparare momentaneamente la morigeratezza». Tuttavia appena guarivano «cambiavano di nuovo idea e tornavano ai loro vizi, dando più ancora di prima dimostrazione della loro sconveniente condotta ed anzi superando se stessi in dissolutezza e in ogni altro genere di malefatte»<sup>14</sup>.

Giovanni, vescovo di Efeso, storico bizantino e testimone oculare, che si trovava in Palestina mentre stava viaggiando alla volta di Costantinopoli nel momento in cui la regione fu colpita dalla peste, racconta che la vita si fermò ovunque, le campagne furono abbandonate e i raccolti andarono perduti<sup>15</sup>. Aggiunge anche che, per essere indentificati in caso di morte improvvisa, si mettevano delle fasce alle braccia, conserva la memoria di un alto tasso di mortalità e annota che in Palestina e a Gerusalemme il problema di trovare una collocazione per i numerosi cadaveri avrebbe portato a gettarli direttamente in mare. La peste costantinopolitana registrò un tasso di mortalità del 20% sino ad un massimo di oltre il 50% della popolazione complessiva di Costantinopoli.

---

<sup>12</sup> Procopio di Cesarea, *Le guerre. Persiana, Vandolica, Gotica*, Einaudi, Torino 1977, pp. 151-154.

<sup>13</sup> Ivi, p. 154.

<sup>14</sup> Ivi, p. 157.

<sup>15</sup> M. Morony, *For Whom Does the Writer Write? The First Bubonic Plague Pandemic According to Syriac Sources*, in L. Little, *Plague and the End of Antiquity. The Pandemic of 541-750*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, pp. 59-86.

La “seconda pandemia medievale”, che interessò la maggior parte dell’Europa continentale durante gli anni ‘30 del XIV secolo, fu la cosiddetta Peste Nera. A partire dal secondo Novecento il dibattito storiografico, pur nella diversità delle linee interpretative, ha riconosciuto nella Peste Nera – “nera” perché a causa dell’abbassamento di pressione e dell’insufficienza polmonare la pelle perdeva la sua naturale ossigenazione e acquistava un colorito scuro – uno dei fattori scatenanti della “congiuntura del Trecento”, ma non l’unico, e ha elaborato un modello complesso di “crisi” sulla base di molteplici indicatori sociali, economici e culturali<sup>16</sup>. La conseguenza più immediata fu l’abbandono e lo spopolamento delle campagne e la fuga verso le città, dove si riteneva che le condizioni igieniche fossero migliori; a sua volta il calo della manodopera aggravò la situazione economica, comportando una flessione nella produzione, una diminuzione degli scambi commerciali, l’aumento dei prezzi di beni di prima necessità e contestualmente un aumento significativo dei salari<sup>17</sup>.

Il rapporto tra epidemia e igiene pubblica, particolarmente carente nei centri urbani a forte densità abitativa, e il modesto livello delle competenze mediche contribuirono a diffondere nell’immaginario collettivo una serie di credenze che, alimentate dalle note del Pifferaio di Hamelin, avevano attribuito ai ratti, ospiti indesiderabili da cui le città dovevano essere liberate, il vettore principale di molte malattie epidemiche<sup>18</sup>. Secondo il racconto del cronista piacentino Gabriele de Mussis la pestilenza arrivò in Sicilia, a Messina, nell’ottobre del 1347 a bordo di una flotta di galee genovesi in fuga dal porto di Giaffa, colonia sulla costa della Crimea, dove il morbo era stato diffuso nel 1346/1347 da un esercito mongolo che aveva preso d’assedio la città mercantile. Dalla Sicilia l’infezione si propagò al resto della Penisola. Il contagio, secondo la testimonianza di Matteo Villani, dilagò in tutto il bacino del Mediterraneo, includendo anche i territori musulmani dell’Africa settentrionale e, attraverso le vie che dai porti si irradiavano nell’entroterra, nel giro di tre anni, si espanse in tutta l’Europa settentrionale e occidentale.

La “mortifera pestilenza”, come la chiama Giovanni Boccaccio nel *Decameron* – «orrido cominciamento» che funge da pretesto per giungere al «bellissimo piano e dilettevole» delle cento novelle – si era diffusa anche in Italia nonostante i provvedimenti igienici presi per cercare di fermarla e si presentò con sintomi molto

---

<sup>16</sup> W.M. Bean, *La morte Nera: la crisi e le sue conseguenze economiche e sociali*, in O. Capitani (a cura di), *Morire di peste: testimonianze antiche e interpretazioni moderne della “peste nera” del 1358*, Pàtron Editore, Bologna 1995, pp. 21-37; O.J. Benedictow, *The Black Death, 1346-1353: the complete history*, Boydell Press, Woodbridge 2004.

<sup>17</sup> M.P. Zanoboni, *La vita al tempo della peste. Misure restrittive, quarantena, crisi economica*, Jouvence, Milano 2020, p. 37.

<sup>18</sup> G. Cosmacini, *L’arte lunga. Storia della medicina dall’antichità ad oggi*, Laterza, Bari, Roma 1997, p. 208; P. Galloni, *Il Pifferaio di Hamelin: quell’irresistibile melodia*, in *Medioevo*, 14, 6, 2010, pp. 62-67; B. Pino, F. Olivieri, *Le pestilenze nella storia. Esperienze epidemiche tra vita materiale, culture e immaginario*, Feltrinelli, Milano 2020; S.C. Ujvari, *Storia delle epidemie*, Odoia, Città di Castello (Pg) 2011, pp. 64-65.

diversi dalla versione orientale, caratterizzata dal flusso di sangue dal naso; inoltre il contagio avveniva non solo attraverso la vicinanza ad un malato, ma anche per diretto contatto con oggetti utilizzati dagli infermi<sup>19</sup>. L'alto numero di decessi comportò molto spesso il venire meno del decoro nei riti funebri: i feretri venivano sotterrati nella prima sepoltura disponibile e molti cadaveri vennero ammassati in una stessa bara; quando la «ferocità» della pestilenza cominciò a crescere «ci si curava degli esseri umani che morivano esattamente come ci si sarebbe curati delle capre», perché quello era divenuto «il naturale corso delle cose»<sup>20</sup>. Gran parte del ceto meno abbiente moriva senza alcun aiuto per strada o decomponendosi nelle case, mentre tra i ceti più ricchi si diffuse la prassi di inserire nel proprio testamento clausole “*ad pias causas*”, che avrebbero potuto ridurre, dopo la morte, il tempo di espiazione dei propri peccati in un luogo ultraterreno di nuova “invenzione” denominato Purgatorio<sup>21</sup>.

L'epidemia determinò la morte di 30 milioni di individui su una popolazione di circa 100 milioni in tutta l'Europa. Tra le misure preventive adottate per gestire la situazione di emergenza, oltre al divieto di spostamento di uomini e di merci e dell'ingresso in città degli stranieri, fu introdotta la quarantena che risulta essere stata applicata per la prima volta a Ragusa nel 1377. Le navi avrebbero dovuto rimanere per un mese al largo della città, mentre le persone e le merci provenienti via terra avrebbero dovuto sostare per un identico periodo in baracche di legno, bruciate poi al termine del loro isolamento. A Venezia, dove l'epidemia causò uno dei tassi di mortalità più elevati, venne anche istituito un lazzaretto, la cui costruzione rappresentò una novità fondamentale nel campo delle strutture sanitarie, in quanto consentiva il ricovero di malati altamente contagiosi, che gli ospedali non erano in grado di accogliere.

Durante la peste del 1348 si concretizzò la “caccia all'untore” nella persecuzione antisemita, che rappresentò una caratteristica delle epidemie di peste, soprattutto nelle città d'Oltralpe, nonostante la scomunica di papa Clemente VI contro coloro che avessero perseguitato gli ebrei per delitti “immaginari” – in realtà costoro erano proprio i meno imputabili di contagio, grazie alla norma religiosa di lavarsi le mani prima della preghiera e dei pasti. La persecuzione seguì il cammino della peste, diffondendosi con la stessa velocità e traiettoria della malattia. Accusati di propagare volutamente il morbo avvelenando i pozzi, gli ebrei vennero indicati come untori in Francia, Italia, Svizzera e Germania.

La limitazione ai movimenti di persone e di merci e il divieto di assembramento avevano lo scopo di rallentare, ma non di fermare completamente il commercio,

---

<sup>19</sup> F. Cardini, *Le cento novelle contro la morte. Giovanni Boccaccio e la rifondazione cavalleresca del mondo*, Salerno Editore, Roma 2007.

<sup>20</sup> G. Boccaccio, *Decameron*, a cura di V. Branca, Utet, Torino 1956, p. 11.

<sup>21</sup> J. Le Goff, *La nascita del Purgatorio*, Einaudi, Torino 2006; R. Rusconi, *Dalla peste mi guardi Iddio. Le epidemie da Mosè a papa Francesco*, Editrice Morcelliana, Brescia 2020.

evitando così una crisi economica prolungata e totale. Anche l'isolamento di intere famiglie aveva lo scopo di preservare il corpo sociale, "salvando" quella parte della popolazione che poteva permettere al sistema di continuare a funzionare attraverso le entrate fiscali e l'impiego di risorse umane: «la peste non fu controllata, ma la società sì; la sanità divenne un alibi dell'ordine»<sup>22</sup>.

A partire dal XV secolo la gestione delle pestilenze comportò la chiusura delle scuole, l'obbligo di rimanere in casa, il divieto di partecipare ai funerali e alle celebrazioni religiose, assistendovi solo da finestre e balconi delle case. Durante l'epidemia nota come "Peste di San Carlo" – che comparve in Trentino nel 1574 e si diffuse in tutta la Penisola, compresa la Sicilia, a causa degli spostamenti continui dei pellegrini per il Giubileo dell'anno successivo – furono eretti altari per le strade, in modo che i fedeli potessero assistere alle messe da finestre e balconi delle proprie abitazioni. In alcune città si giunse addirittura ad evitare la comunicazione di inizio di epidemia alle magistrature sanitarie per il timore dei danni che il commercio avrebbe subito, anche se in alcuni casi, come a Venezia nel 1629, questo atteggiamento determinò e favorì ancora di più la diffusione del contagio, ritardando l'organizzazione del cordone sanitario<sup>23</sup>.

Le misure adottate contro la peste furono dunque sia strumenti di controllo sociale ed economico che interventi di gestione sanitaria, sia pure con notevoli variazioni da una città all'altra<sup>24</sup>.

Nel 1630 l'epidemia che colpì Milano, durante la quale Alessandro Manzoni ambienta *I Promessi Sposi*, si caratterizzò per le sue dimensioni – 150.000 morti solo in città – e per la sua estensione geografica. Anche in questo contesto ritroviamo il tema della caccia agli untori, descritta dal Manzoni nella *Storia della colonna infame* e, soprattutto per Firenze, dove il morbo giunse al culmine di una profondissima crisi delle manifatture cittadine della lana e della seta, la predisposizione di misure regolative e preventive, come la quarantena e una ampia assistenza medica. Nel 1656 l'epidemia si presenta a Napoli con un'intensità tale che viene considerata come l'inizio del giudizio universale<sup>25</sup>.

Nel 1665 Daniel Defoe, nel *Journal of the Plague Year*, riporta l'epidemia che colpì Londra in quello stesso anno in modo virulento e altamente contagioso. Dopo aver messo in evidenza le cause concrete e materiali dell'epidemia attraverso le disastrose condizioni in cui viveva la parte più povera della popolazione londinese,

---

<sup>22</sup> W.G. Naphy, A. Spicer, *La peste in Europa*, cit., p. 66.

<sup>23</sup> M.P. Zanoboni, *La vita al tempo della peste. Misure restrittive, quarantena, crisi economica*, cit., p. 76.

<sup>24</sup> G.M. Varanini, *La peste del 1347-50 e i governi dell'Italia centro-settentrionale: un bilancio*, in *La Peste Nera: dati di una realtà ed elementi di una interpretazione*, Todi, 10-13 ottobre 1993, Atti del XXX Convegno storico internazionale, Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto 1994, pp. 285-307.

<sup>25</sup> I. Fusco, *La grande epidemia. Potere e corpi sociali di fronte all'emergenza nella Napoli spagnola*, Guida Editori, Napoli 2017.

nonché il ruolo centrale degli interessi economici nella mancata diffusione delle informazioni sul contagio, la narrazione di Defoe si rivela particolarmente attuale:

i malati erano riconosciuti per tali, stavano nei loro letti, e ognuno aveva modo di guardarsi da loro. Ma molte altre persone avevano preso il contagio e lo maturavano nel sangue senza mostrarlo in alcun modo, e anzi senza saperlo essi stessi. Queste persone recavano morte ovunque con il loro respiro, e la davano a ogni persona che incontravano. Questo dimostra come in tempo di peste non ci si debba fidare delle apparenze, e come la gente possa effettivamente avere la peste senza saperlo, per cui non serve isolare i malati e chiudere le case in cui qualcuno si è ammalato, se non si rinchiodano parimenti tutte le persone che il malato stesso ha avuto occasione di avvicinare prima di accorgersi della propria malattia<sup>26</sup>.

Si riteneva che il morbo colpisse soprattutto gli individui in stato di deprivazione e per questo la città prese delle misure di “inclusione esclusiva”: la rigorosa segmentazione della città e il confinamento di ogni individuo nella propria casa, nel tentativo di contenere la pestilenza nei quartieri più poveri; a ciò si aggiunse anche la chiusura delle scuole, dei teatri e dei tribunali, almeno nel periodo di maggiore contagio<sup>27</sup>. Londra, che era stata una delle maggiori città del mondo, nel 1665 perse il 20% della sua popolazione, ma l’aspetto importante è che fu l’ultima manifestazione della peste in Inghilterra.

All’inizio del ‘700 una nuova ondata epidemica viene arginata grazie al “cordone sanitario” di Marsiglia. Il flagello, che aveva colpito l’Europa in maniera inaspettata e violenta negli anni Quaranta del Trecento, finì in maniera analoga negli anni Venti del Settecento, anche se la peste di Marsiglia del 1720-1721 non fu l’ultima peste pandemica europea.

La peste rappresenta non solo un evento di forte impatto ambientale, in grado di ridurre quantitativamente la componente antropica, ma nello stesso tempo si configura, secondo la teoria dell’ “equilibrio punteggiato”<sup>28</sup>, come un cambiamento capace di innescare, nel contesto del processo evolutivo, delle “scintille innovative”, funzionali a nuove forme di progresso umano, inclusa l’elaborazione di una nuova forma di pensiero che, se prendiamo in considerazione i decenni successivi alla Peste Nera, mise al centro della propria riflessione non più Dio, ma l’uomo, segnando l’inizio di una nuova epoca.

Il moto del divenire storico non è affatto unidirezionale o rotatorio, ma sinuoso ed esposto a subire periodici mutamenti di direzione, accentuati arretramenti e improvvise ripartenze. Don Abbondio definisce la peste tanto «un gran flagello» quanto «una scopa», capace di spazzare via «a cento per volta» un gran numero di cattivi soggetti. Una calamità che, nella sua ambivalenza, sembra descrivere

---

<sup>26</sup> D. Defoe, *La peste di Londra*, Bompiani, Milano 1995.

<sup>27</sup> W.G. Naphy, A. Spicer, *La peste in Europa*, cit., pp. 90-91.

<sup>28</sup> S.J. Gould, *L’equilibrio punteggiato*, Codice, Torino 2008; V. Serino, *Le pandemie. Evoluzione storico-antropologica dalla peste di Atene alla spagnola*, cit., pp. 87-90.

magnificamente la complessa dinamica del “moto violento della storia”, diretta a esiti inattesi e inediti, inarrestabili e mai completamente governabili<sup>29</sup>.

2. A partire dalla fine del II secolo d.C. i commerci tra l’Impero romano e l’Estremo Oriente, lungo la “via della seta”, e le rotte marittime basate sullo sfruttamento dei monsoni nell’Oceano Indiano, provocarono quella che lo storico canadese Mc Neill ha chiamato una «fusione di serbatoi di virus»<sup>30</sup>. Due mondi fino a quell’epoca biologicamente isolati e separati, perché distanti e non comunicanti fra loro, si trovarono a dover sperimentare malattie nuove, tanto più terribili perché sconosciute e variabili. Il primo segnale fu la grande epidemia che colpì l’Impero romano al tempo dell’imperatore Marco Aurelio, nel 165 d.C., chiamata “Peste Antonina” – dal nome dell’imperatore Antonino il Pio (138-161 d.C.), padre adottivo di Marco Aurelio – nota anche come “Peste di Galeno”, dal medico greco che la descrisse.

Lo studio delle fonti storico letterarie relative alla Peste Antonina ha aperto un lungo dibattito sulla visione “apocalittica” del morbo, capace di innescare una profonda crisi nel tessuto dell’Impero romano, con conseguenze dirette sulla sua decadenza e trasformazione<sup>31</sup>. L’evento epidemico si verificò in concomitanza con l’inizio della guerra partica, in Mesopotamia, e della guerra contro gli invasori Marcomanni, che si erano affacciati ai confini dell’Italia, in Istria, assediando Aquileia<sup>32</sup>. L’epidemia decimò un terzo della popolazione dell’Impero e una parte considerevole dell’esercito<sup>33</sup>. Le fonti coeve, compresa la testimonianza del medico greco Galeno, sono piuttosto frammentarie soprattutto sugli aspetti relativi all’eziologia e alla diagnosi della malattia. Alcune fonti tarde del IV secolo, come l’autore della *Historia Augusta* e Ammiano Marcellino, riportano la versione secondo cui a Seleucia, durante la campagna militare del 165, l’epidemia sarebbe stata provocata dall’apertura di una «*arcula aurea*» conservata nel tempio del dio Apollo a Babilonia, da cui si sarebbe sprigionato uno «*spiritus pestilens*», cioè un vapore che avrebbe causato il contagio (*Scriptores historiae Augustae. Verus VIII*). L’epidemia avrebbe avuto una origine africana, in particolare etiopica, e attraverso l’Egitto avrebbe invaso il Medio Oriente. La violazione di un luogo sacro e l’occupazione di Seleucia da parte delle legioni romane avrebbero causato la diffusione del morbo

---

<sup>29</sup> L. Canfora, *La scopa di don Abbondio. Il moto violento della storia*, Laterza, Bari, Roma 2018.

<sup>30</sup> W.H. Mc Neill, *La peste nella storia. L’impatto delle pestilenze e delle epidemie nella storia dell’umanità*, Edizioni Res Gestae, Milano 2020<sup>2</sup>.

<sup>31</sup> Ch. Bruun, *The Antonine plague and the third century crisis*, in O. Hekster, G. De Kleijn, D. Sloopjes, *Crises and Roman Empire*, Brill, Leiden-Boston 2007, pp. 201-217.

<sup>32</sup> S. Sabbatani, S. Fiorino, *La peste antonina e il declino dell’Impero romano. Ruolo della guerra partica e della guerra marcomannica tra il 164 e il 182 d.C. nella diffusione del contagio*, in *Le infezioni nella storia della medicina*, 17, 2009, pp. 261-275.

<sup>33</sup> A. Saez, *La peste Antonina: una peste global en el siglo II d.C.*, in *Revista chilena de infectologia*, 33, 2016, pp. 218-221; V. Sirago, *Tanta per totum orbem pestilentia fuit. La grande epidemia al tempo di Marco Aurelio*, in *Rivista Storica del Sannio*, 12, VI, 1999, pp. 2-9.

dalla Persia fino al Reno e alla Gallia, fino a raggiungere l'Italia. Uno degli effetti più evidenti del contagio fu, specialmente in Italia, una significativa diminuzione della popolazione, con un impatto sulla possibilità di poter effettuare nuovi arruolamenti e la necessità di ripopolare tramite l'elemento barbaro le fasce territoriali prossime al *limes*.

Galeno parla di una pestilenza «*poluchronion*», cioè dalla lunga durata, e che provoca difficoltà respiratorie, «*de difficultate respirationis*», molto simile alla pestilenza di Atene descritta da Tucidide<sup>34</sup>. Il medico greco inoltre distingue le malattie epidemiche, che definisce “*loimos*”, da altri tipi di malattie comuni, “*nosoi*”. La specificità del morbo è posta in relazione alla simultaneità spaziale e temporale del fenomeno, al numero delle persone colpite e soprattutto all’ “*exitus*” finale. Tuttavia nell’opera di Galeno i riferimenti alla peste risultano generici dal punto di vista eziologico, mentre maggiore attenzione è rivolta alla descrizione delle cure e all’individuazione degli effetti fisici della malattia che sembra non finire mai. Il medico riferisce episodi di febbre alta, diarrea e infiammazioni alla faringe, aggiungendo che in molte occasioni si riscontravano eruzioni cutanee che si manifestavano una decina di giorni dopo la comparsa dei primi sintomi. Galeno infine ne individua la cura, che prevedeva la convalescenza in un posto a breve distanza dal mare, in posizione elevata, con aria asciutta, elementi che, secondo il medico, favoriscono la completa remissione del male.

Le testimonianze papirologiche permettono una stima degli effetti che la Peste Antonina ebbe sull’Impero in termini di decremento demografico e di abbandono dei villaggi, a causa dei decessi o di “fughe dalla malattia”<sup>35</sup>. L’abbandono delle campagne comportò un aumento del tasso di urbanizzazione e della domanda di derrate alimentari con la conseguente crisi del loro approvvigionamento. La destabilizzazione demografica ebbe un impatto significativo e immediato anche sugli organici dell’esercito, già impegnato in Mesopotamia e sul Danubio, che indusse Marco Aurelio ad accogliere popolazioni barbare all’interno dei confini, data anche l’opportunità di contare su truppe meno costose e di procurarsi mano d’opera per la ripresa delle attività agricole. Veniva in tal modo ad innescarsi un processo irreversibile di acculturazione dei barbari nei quadri politici ed amministrativi dell’Impero, con effetti che nel lungo periodo avrebbero avuto un ruolo importante per la sua stessa stabilità. La Peste Antonina non fu certamente la causa primaria della destabilizzazione dell’Impero romano, ma costituì senza dubbio un fattore di un processo destinato a mutarne le sorti e la fisionomia, a partire dalle sue radici cristiane<sup>36</sup>. I tempi erano maturi perché il Cristianesimo si affermasse come religione

---

<sup>34</sup> Galeni Opera Omnia, ed. G. Kühn, Leipzig 1821.

<sup>35</sup> I. Andorlini, *Considerazioni sulla “peste antonina” in Egitto alla luce delle testimonianze papirologiche*, in E. Lo Cascio (a cura di), *L’impatto della “peste antonina”*, cit., pp. 15-28.

<sup>36</sup> R. Fears, *The Plague under Marcus Aurelius and the Decline and Fall of the Roman Empire*, in *Infectious Disease Clinics of North America*, 18, 2004, pp. 65-77.



rivelata, che prometteva l'immortalità attraverso il credo in Gesù Cristo, portatore di salvezza individuale, e di una nuova visione della vita, in cui anche l'*infirmis*, opposta alla *sanitas*, rappresentava una via verso la *salus*. La malattia diventava una prova morale e un mezzo di redenzione non solo per il malato ma anche per chi lo assisteva<sup>37</sup>. L'effetto delle epidemie fu dunque quello di rafforzare le comunità cristiane, in quanto l'assistenza ai malati era considerata un dovere religioso. Gli autori cristiani, come Eusebio di Cesarea, sono ben consci della forza, che deriva dalla solidarietà misericordiosa, e spesso esagerano il racconto di come i cristiani si aiutassero vicendevolmente in tempo di peste, mentre i pagani evitavano i malati e li abbandonavano senza alcuna pietà<sup>38</sup>.

Lasciando da parte le questioni terminologiche e le ipotesi di diagnosi retrospettiva, che hanno portato alla considerazione, generalmente accreditata dagli storici, che in realtà si sarebbe trattato di un'epidemia di vaiolo, la storiografia, a partire da quella ottocentesca, ha riconosciuto nella Peste Antonina un fatto epocale, una cesura decisiva nella storia dell'evoluzione economica e sociale dell'Impero romano. Anche in mancanza di indicazioni precise utili a un calcolo statistico, è da ritenere che la peste ridusse una buona metà, o anche più, della popolazione dell'Impero. Il mutato equilibrio demografico accelerò dunque un processo già in atto a prescindere da una successiva ripresa del livello della popolazione, anche in presenza di una "mobilitazione demografica" dei superstiti che, comunque, non poté aver avuto luogo nel breve periodo. Il vuoto demografico fu avvertito soprattutto per le conseguenze che esso determinò sugli organici dell'esercito e per la riduzione della mano d'opera; non a caso un indicatore di questo cambiamento è dato dalla riduzione dell'estensione delle terre date in affitto e dall'allungarsi della durata dei contratti, indizio di una carenza significativa di forza-lavoro.

3. A partire dall'età di Marco Aurelio, la coltivazione dei latifondi nelle aree spopolate dalle guerre e dalle epidemie e l'arruolamento nell'esercito furono garantiti attraverso l'immigrazione volontaria, o sotto forma di deportazioni forzate di gruppi di barbari. Per l'Impero romano tale situazione si tradusse nell'attuazione di un esperimento di "ingegneria sociale"<sup>39</sup>. In base all'istituto dell'"*hospitalitas*", le "*gentes*", ovvero i raggruppamenti tribali germanici, erano assimilate a mercenari al soldo dell'Impero, stanziati nelle province e mantenuti con i tributi delle popolazioni locali; in cambio ai loro *leaders* il governo riconosceva il grado di generali romani e

---

<sup>37</sup> M. Grmek, *Il concetto di malattia*, in M. Grmek (a cura di), *Storia del pensiero medico occidentale. 3. Dall'età romantica alla medicina moderna*, Laterza, Bari 1998, pp. 259-289.

<sup>38</sup> W.H. Mc Neill, *La peste nella storia. L'impatto delle pestilenze e delle epidemie nella storia dell'umanità*, cit., pp. 109-110.

<sup>39</sup> A. Barbero, *Barbari. Immigrati, profughi, deportati nell'impero romano*, Laterza, Roma 2010; E. Lo Cascio, *Fra equilibrio e crisi*, in A. Schiavone (a cura di), *Storia di Roma*, II, 2, Einaudi, Torino 1991, pp. 701-731.

ai loro popoli l'assimilazione in una sorta di "sistema-mondo"<sup>40</sup> in cui l'integrazione reciproca diventava sempre più profonda<sup>41</sup>.

La politica imperiale di immigrazione fu portata avanti attraverso la stretta connessione tra l'insediamento di coloni, per rimettere a coltura zone spopolate dalle epidemie di peste, e l'incorporazione di reclute barbariche nei reggimenti dell'esercito. Il modello romano di integrazione funzionò a lungo perché basato sul riconoscimento giuridico dello *status* di coloni e di soldati, che preludeva alla piena assimilazione, tanto culturale quanto giuridica. Nella dinamica romana di «riconoscimento ed integrazione dei barbari»<sup>42</sup> l'esercito avrebbe dovuto funzionare come una sorta di *melting-pot*. Gregorio di Nazianzo, che tiene corrispondenza con i figli di immigrati diventati generali dell'esercito romano, afferma come la diversità tra Romano e Barbaro «sia nel corpo, non nell'anima, come sia nella distanza dei luoghi, non nei costumi e nelle scelte»<sup>43</sup>. L'educazione poteva dunque trasformare un barbaro in un romano; il processo di assimilazione iniziava quando il barbaro diveniva soldato dell'Impero<sup>44</sup>.

Come racconta Ammiano Marcellino, l'arrivo di questa moltitudine di ignoti barbari «*negotium laetitiae fuit potius quam timori*», in quanto l'imperatore avrebbe potuto disporre di «*alienigenis viribus invictum exercitum*»<sup>45</sup>, ma dato che la «*cupiditas est radix omnium peccatorum*», molti generali approfittarono del loro ruolo e del loro potere per «usare e abusare degli immigrati»<sup>46</sup>, per consolidare la propria posizione e lucrare profitti sulle razioni alimentari distribuite ai barbari, per trasformarsi in veri e propri trafficanti di schiavi, di donne e di bambini. La

---

<sup>40</sup> La teoria del "sistema-mondo" è stata introdotta dal sociologo americano Immanuel Wallerstein, che rilegge l'intera storia dell'umanità individuando nelle società arcaiche dei "mini-sistemi", successivamente inglobati da diversi "imperi-mondo" (I. Wallerstein, *The Modern World-System*, Academic Press, New York 1974-1980). La teoria del "sistema-mondo" è stata richiamata da Heather per spiegare i fenomeni che interessarono l'Europa a partire dal III secolo (P. Heather, *La caduta dell'impero romano. Una nuova storia*, Garzanti, Milano 2006, p. 113).

<sup>41</sup> A. Barbero, *I regni romano-barbarici*, in S. Carocci (a cura di), *Storia d'Europa e del Mediterraneo. Dal Medioevo all'età della globalizzazione. IV. Il Medioevo (secoli V-XV)*, vol. VIII. *Popoli, poteri, dinamiche*, Salerno Editrice, Roma 2006, pp. 167-212.

<sup>42</sup> W. Pohl, *Pistis e potere: coesione etnica negli eserciti barbarici nel periodo delle migrazioni*, in C. Ebanista, M. Rotili (a cura di), *Archeologia e storia delle migrazioni. Europa, Italia, Mediterraneo tra tarda età romana e alto medioevo*, Atti del Convegno Internazionale di Studi, Cimitile – Santa Maria Capua Vetere, 17-18 giugno 2010, Tavolario Edizioni, Napoli 2011, pp. 55-63.

<sup>43</sup> Gregorio di Nazianzeno, *Epistole*, ed. A. Conte, Città Nuova, Roma 2017, ep. n. 136.

<sup>44</sup> L. Di Paola, *I «Barbari» nel tardoantico. Modalità e forme di assimilazione reciproca con i Romani*, in C. Lorenzi, M. Navarra (a cura di), *Frontiere della romanità nel mondo tardo antico: appartenenza, contiguità, alterità, trasformazione e prassi*, Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, XXI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2016, pp. 65-80.

<sup>45</sup> Ammiani Marcellini *Rerum gestarum libri qui supersunt*, ed. W. Seyfarth, Lipsia, 1978, Liber XXXI, 4-5.

<sup>46</sup> D. Whittaker, *The use and abuse of immigrants in the later Roman Empire*, in C. Moatti (a cura di), *La mobilità des personnes en Méditerranée de l'antiquité à l'époque moderne. Procédures de contrôle et documents d'identification*, Collection de l'École française de Rome, 341, École française de Rome, Roma 2004, pp. 127-153.

conseguenza fu la battaglia di Adrianopoli, il 9 agosto del 378 d.C., che segnò una sconfitta disastrosa per l'esercito imperiale e indusse i successori dell'imperatore Valente ad adottare una politica immigratoria più conciliante. Nel 382 d.C., sotto la guida del generale Teodosio, il futuro imperatore d'Oriente, ai Goti, una federazione di tribù germaniche, venne concesso di stanziarsi come "foederati" nella diocesi di Tracia, estesa dalla riva del Danubio fino a Costantinopoli e all'Egeo, sotto il comando dei propri capi e non più come mercenari al soldo dell'Impero. In sostanza ciò equivaleva ad una rinuncia da parte del governo a gestire autonomamente l'arrivo degli immigrati e la loro integrazione, e comportò una progressiva perdita dell'effettivo controllo su quei territori dove sarebbero nati *regna* indipendenti.

La battaglia di Adrianopoli fu il primo di una lunga serie di eventi che più di un secolo dopo avrebbe portato alla caduta "senza rumore" dell'Impero romano d'Occidente<sup>47</sup>.

Le migrazioni innescarono processi aggregativi e acculturativi non solo nel contatto con l'Impero romano, ma anche tra gli stessi gruppi barbari, con la loro conseguente evoluzione interna, che portò all'emergere di quelli che Walter Pohl, uno dei più autorevoli esponenti della "Scuola di Vienna", centro propulsivo delle ricerche sull'etnogenesi, definisce «popoli in divenire»<sup>48</sup>, gruppi di popolazioni dall'identità fluida e in continuo divenire, non entità biologicamente definite entro i concetti di 'razza' o di 'nazione'<sup>49</sup>.

È interessante notare come nel giro di pochi decenni, negli scritti dei Padri antichi e medievali, la categoria dell'Altro venga assunta e metabolizzata nella direzione di un equilibrato compromesso<sup>50</sup>. Se da una parte per Paolo Orosio la presenza dei barbari rappresenta una contingenza e quindi una necessità, che si deve trasformare in un'opportunità, per Salviano di Marsiglia è occasione per una critica dei costumi religiosi romani, in cui il barbaro viene investito, per riflesso, da una luce positiva. Nelle sue *Storie*, composte tra il 417 e il 418, Paolo Orosio, pur riprendendo il pensiero di sant'Agostino sui "mali della storia", è favorevole ad una politica di apertura, se non di assimilazione, nei riguardi di queste «*gentes externae*», sotto il segno del Cristianesimo<sup>51</sup>. In Salviano di Marsiglia il discorso diventa ancora più incisivo, laddove attribuisce le migrazioni dei popoli allo stato di degrado civile e morale dei suoi contemporanei, che li rende nettamente "inferiori" ai barbari, e commenta amaramente che non c'era da stupirsi della fuga in massa presso i barbari dei diseredati, i quali cercavano presso di loro un po' di «umanità romana», poiché

---

<sup>47</sup> A. Momigliano, *La caduta senza rumore di un Impero nel 476 d.C.*, in V. Branca (a cura di), *Concetto, storia, miti e immagini del Medio Evo*, Sansoni, Firenze 1973, pp. 409-428.

<sup>48</sup> W. Pohl, *Le origini etniche dell'Europa. Barbari e Romani tra Antichità e Medioevo*, Viella, Roma 2000, p. 2.

<sup>49</sup> A.D. Smith, *Le origini culturali delle nazioni*, Il Mulino, Bologna 2010, p. 33.

<sup>50</sup> L. Coco, *Migrazioni dei popoli nelle parole dei Padri della Chiesa*, Edizioni Messaggero, Padova 2016.

<sup>51</sup> Paolo Orosio, *Le storie contro i pagani*, a cura di A. Lippold, Mondadori, Milano 1976, pp. 381-385.

era impossibile sopportare tra i Romani la «disumanità barbarica», ed era invece preferibile vivere liberi in un'apparenza di prigionia piuttosto che schiavi sotto l'apparenza della libertà<sup>52</sup>. È evidente come queste riflessioni siano funzionali a dare una legittimazione alla presenza dello “straniero” nell'Europa romanizzata.

Pur nella diversità dei contesti storici e culturali possiamo trarre elementi utili per la comprensione del presente. Il fenomeno migratorio può costituire una risorsa se sostenuto da una stabile classe politica in grado di credere e mettere in pratica con fermezza una “pedagogia dell'ospitalità” comune nello spazio euro-mediterraneo<sup>53</sup>. Le epidemie hanno determinato trasformazioni profonde nella società e talvolta hanno portato a “conseguenze inattese”. La Peste Antonina ridusse drasticamente la popolazione e ciò ebbe importanti effetti sociali e politici, perché l'Impero si trovò all'improvviso nella necessità di attuare una politica di immigrazione funzionale a garantire l'approvvigionamento di nuove leve per l'esercito e di coloni per la coltivazione dei campi. Nella *lectio magistralis* tenuta al Salone del Libro di Torino nel 2020, lo storico Alessandro Barbero ha rilevato come

la storia è cambiamento. Tutto cambia continuamente. L'Impero romano avrebbe potuto reagire rilanciando la caccia agli schiavi, intraprendendo nuove campagne militari per sottomettere sempre nuovi barbari e ridurli in schiavitù; invece scoprì che si potevano aprire le frontiere, lasciare entrare più immigrati, mettere in piedi procedure di accoglienza e di integrazione. Come conseguenza inattesa della Peste Antonina, l'Impero Romano scopre l'importanza del capitale umano come risorsa.

L'Impero si trovò ad affrontare un problema opposto a quello che abbiamo oggi, la scarsità e non l'eccesso di popolazione, risolvendolo in maniera inclusiva. Da quel momento l'ingresso degli immigrati e l'integrazione diventarono uno dei suoi punti di forza: in termini hegeliani possiamo dire che il “riconoscimento” dell'Altro avviene nella prospettiva di far parte dello stesso “sistema”. Anche se il fenomeno migratorio finì per essere «un esperimento sfuggito di mano»<sup>54</sup>, per molto tempo costituì una risorsa e un'opportunità per contenere quello che era stato l'effetto più tragico delle epidemie, i milioni di morti che avevano intrappolato l'Europa nel silenzio.

---

<sup>52</sup> Salvianus Massiliensis Episcopus, *De gubernatione Dei*, in *Patrologiae cursus completus. Series latina*, ed. J.-P. Migne, Paris 1844-1864, 53, 84.

<sup>53</sup> R. Pagano, *Pedagogia mediterranea*, Scholé Editrice Morcelliana, Brescia 2019, p. 162.

<sup>54</sup> W. Goffart, *Barbarian Tides. The Migration Age and the Later Roman Empire*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2006.

Maria Laura Spada

## L'EFFICACIA TRASLATIVA DELLA VENDITA NEL PROCEDIMENTO DI ESPROPRIAZIONE FORZATA\*

SOMMARIO: 1. Il problema della natura giuridica della vendita forzata e l'effetto traslativo. - 2. La natura derivativa dell'acquisto. - 3. L'effetto purgativo. - 4. Estensione e ambito di applicazione dell'art. 2919 c.c.

1. L'efficacia traslativa della vendita forzata è regolata dall'art. 2919 del Codice civile. La disposizione, in particolare, delinea l'effetto del trasferimento coattivo del bene in relazione all'antecedente efficacia del pignoramento<sup>1</sup>.

In questa prospettiva, la presente indagine muove dalla necessaria individuazione della natura giuridica della vendita forzata che, direttamente, condiziona le modalità operative degli effetti sostanziali dell'alienazione coattiva.

Le teorie contrattualistiche fondate sia, sulla valorizzazione del creditore procedente che assumerebbe le vesti di mandatario del debitore o di titolare di un autonomo *jus vendendi* sia, sulla valorizzazione del giudice che in qualità di rappresentante o di sostituto del debitore agirebbe in forza del potere di disposizione a questi in precedenza espropriato, sono state definitivamente abbandonate dalla moderna dottrina<sup>2</sup>.

Ponendo l'accento sulla terzietà ed imparzialità del giudice e sul ruolo svolto dai provvedimenti giudiziali nella vicenda traslativa, la dottrina dominante ritiene che la vendita forzata, realizzando congiuntamente l'interesse pubblico (connesso a ogni processo giurisdizionale) e l'interesse privato (dei creditori e dell'aggiudicatario), costituisce un'ipotesi di *trasferimento coattivo*<sup>3</sup>. Da questa concezione deriva che nel

---

\* Il presente contributo trae spunto da un approfondimento svolto nell'ambito del Corso di Dottorato di Ricerca in: "Diritti, economie e culture del mediterraneo" impartito nell'anno accademico 2020/2021.

<sup>1</sup> B. Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 315; M. Bove, *Commento sub art. 2919*, in *Commentario del Codice civile. Della tutela dei diritti* (a cura di G. Bonilini e A. Chizzini), Utet, Milano, 2016, p. 292.

<sup>2</sup> Per una ricostruzione analitica delle stesse, v. M. T. Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, III, 5<sup>a</sup> ed. agg., Giuffrè, Milano, 1964, 82; A. Cerino Canova, voce *Vendita forzata*, in *Enc. Giur. Treccani* vol. XXXII, Utet, Roma, 1994, 3 ss.; R. Tramontano, *La natura giuridica della vendita forzata*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1995, p. 706; E. Fabiani, *La vendita forzata evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 703.

<sup>3</sup> E. Silvestri, voce *Trasferimenti coattivi*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, 98.

procedimento per la vendita forzata è possibile distinguere una serie di atti strutturalmente autonomi, di diversa natura e provenienza (istanza del creditore, autorizzazione del giudice, offerta del terzo, aggiudicazione) diretti alla determinazione dell'atto finale rappresentato dal *provvedimento di trasferimento*<sup>4</sup>. Ne consegue che alla processualità degli atti compiuti dal giudice dell'esecuzione si accompagna la negoziabilità di quelli dell'acquirente. In particolare, l'offerta del potenziale aggiudicatario, collocandosi interamente nell'area negoziale, è stata intesa da alcuni come negozio giuridico unilaterale, e come tale, sottoposto ai rimedi impugnatori propri del diritto sostanziale<sup>5</sup> per altri, invece, l'offerta è considerata quale presupposto del provvedimento di trasferimento e perciò soggetta alla disciplina della nullità degli atti processuali<sup>6</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene la vendita forzata un fenomeno complesso, all'interno del quale si intrecciano un normale contratto di vendita (dove trova collocazione l'aggiudicazione) e il provvedimento autoritativo o esecutivo che trasferisce la proprietà all'aggiudicatario in maniera rilevante per il processo esecutivo<sup>7</sup>. Altri, ancora, hanno evidenziato l'esclusiva natura giurisdizionale della vendita ritenendo che per giurisdizione si debba intendere non semplicemente l'accertamento dell'esistenza del diritto, ma anche l'attuazione della regola del caso concreto stabilita nei modi previsti dall'ordinamento<sup>8</sup>.

La giurisprudenza di legittimità ritenendo, prevalentemente, che la vendita forzata non si caratterizzi come un fenomeno contrattuale ma rientri tra i provvedimenti giurisdizionali<sup>9</sup> ne ha tratto importanti conseguenze.

È esclusa, infatti, con riferimento al provvedimento di vendita, l'applicazione delle disposizioni del Codice civile concernenti l'interpretazione dei contratti con la conseguenza che la relativa esegesi dovrà avvenire alla stregua delle norme che

---

<sup>4</sup> S. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, Milano, 1935, p. 129; S. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1985, XX, p. 224; F. D. Busnelli, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. cod. civ., sub artt. 2919-2921*, VI, p. 4, Utet, Torino, 1980, p. 304; A. Bonsignori, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 24.

<sup>5</sup> F. Mazzarella, voce *Vendita forzata* in *Enc. Dir.*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, p. 552, il quale rileva che uno degli aspetti più caratterizzanti della vendita forzata è la sua "doppia natura", affine alla vendita per gli effetti, propria del processo per la struttura; in questo senso anche A. Cerino Canova, *Vendita forzata*, cit., p. 4. Si pensi ai rimedi impugnatori quali, l'annullamento per errore sull'identità dell'oggetto dovuto a inesatta indicazione del bene o in caso di dolo del giudice o del commissionario, v. G.A. Micheli, *Dell'esecuzione forzata*, in *Comm. Scialoja e Branca*, rist. agg. 2<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna-Roma, 1977, p. 110.

<sup>6</sup> F. D. Busnelli, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit. p. 308; A. Cerino Canova, *Offerte dopo l'incanto*, cit., p. 104, ss.; F. Mazzarella, *Vendita forzata*, cit., p. 575; A. Bonsignori, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*, cit., p. 14, ove si conclude nel senso che ogni vizio inerente l'offerta deve essere fatto valere nei modi e nei termini dell'opposizione agli atti esecutivi ai sensi dell'art. 617 c.p.c.

<sup>7</sup> M. Bove, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 127.

<sup>8</sup> A. Tedoldi, voce *Vendita e assegnazione forzata*, in *Digesto civ.*, XIX, Utet, Torino, 1999, p.654; S. Satta, *L'esecuzione forzata*, in *Trat. Vassalli*, Utet, Torino, 1963, vol. XV, p.126.

<sup>9</sup> Cass., Sez. III, 2 aprile 2014, n. 7708, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 34.

stabiliscono il regime legale delle vendite giudiziarie, esaminando, dapprima, il decreto di trasferimento e solo sussidiariamente i precedenti atti del processo esecutivo<sup>10</sup>.

Sulla scorta dell'esclusione della natura contrattuale della vendita, la giurisprudenza ha affermato, inoltre, che l'identificazione dell'oggetto del trasferimento deve svolgersi in base agli elementi obiettivi contenuti negli atti della procedura<sup>11</sup>. Nella vendita giudiziale non troverebbe applicazione neanche l'attuazione della tutela di cui all'art. 1460 c.c. che consentirebbe all'aggiudicatario, a fronte dell'altrui inadempimento, di sospendere la propria prestazione pur mantenendo in vita il relativo contratto. A parere della giurisprudenza, infatti, la sussistenza degli elementi costitutivi dell'art. 1460 c.c. (o eventualmente degli art. 1481 e 1482 c.c.) non è invocabile da parte dell'aggiudicatario inadempiente che, al fine di escludere la decadenza maturata o la confisca della cauzione, adduca la sussistenza di presupposti che importino l'applicabilità delle norme sopraindicate<sup>12</sup>.

Nel trasferimento coattivo si esclude, altresì, che la nullità delle clausole contrattuali per contrarietà a norme imperative e la loro sostituzione *ex lege* possa essere fatta valere dal debitore proprietario con un'azione di accertamento, dovendo essere esperito, invece, il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi<sup>13</sup>. Ciò posto, va rilevato, tuttavia, che la giurisprudenza ritiene compatibili con la particolare natura dell'alienazione coattiva alcune disposizioni in tema di vendita volontaria. Sono stati, infatti, ritenuti applicabili da una parte, l'art. 1477 c.c., concernente l'obbligo di consegna della cosa da parte del venditore e, dall'altra, l'art. 1499 c.c., relativo agli interessi compensativi. In particolare, con riferimento all'art. 1477 c.c., è stato chiarito che in relazione allo *ius ad rem* acquistato dall'aggiudicatario all'esito dell'iter esecutivo, esiste un obbligo di diligenza e di buona fede dei soggetti tenuti alla custodia e alla conservazione del bene aggiudicato che dovrebbe assicurare la corrispondenza tra quanto ha formato l'oggetto della volontà dell'aggiudicatario e quanto venduto, con la conseguenza che, nel caso l'aggiudicatario lamenti che l'immobile oggetto di aggiudicazione sia stato danneggiato prima del deposito del decreto di trasferimento, il giudice è tenuto a valutare la relativa censura al fine di verificare la responsabilità del custode in base ai principi generali sull'adempimento delle obbligazioni sanciti dall'art. 1218 c.c.<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Cass., Sez. I, 18 giugno 2010, n. 14760, in *Fallimento*, 2010, p. 1142.

<sup>11</sup> Cass., Sez. III, 21 maggio 2014, n. 11272, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 60.

<sup>12</sup> Cass., Sez. I, 19 giugno 1995, n. 6940 in *Corriere giur.*, 1996, p. 437, con nota di B. Giombini, *Inapplicabilità della tutela ex art. 1460 c.c. alla vendita forzata*.

<sup>13</sup> Cass., Sez. II, 6 giugno 2001, n. 7659, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 27.

<sup>14</sup> Cass., Sez. I, 17 febbraio 1995, n. 1730, in *Fa*, 1995, 1015, con nota di A. Patti *Effetto traslativo nella vendita immobiliare ed obbligo di custodia*.

2. È opinione prevalente in dottrina che l'acquisto effettuato dall'aggiudicatario sia a titolo derivativo. Sotto questo profilo, infatti, l'art. 2919 c.c., anche al fine di superare le difficoltà interpretative riscontratesi sotto il previgente codice sostanziale, si esprime chiaramente in termini di «trasferimento» dei diritti sulla cosa espropriata<sup>15</sup>. Tale teoria prevale anche nella giurisprudenza di legittimità<sup>16</sup>. Secondo l'opinione preferibile, quindi, l'aggiudicatario si trova nella condizione di un qualsiasi terzo che abbia acquistato il bene mediante una vendita volontaria, l'art. 2919 c.c., infatti, specifica che egli acquista «i diritti che sulla cosa spettavano a colui che ha subito l'espropriazione».

La regola della natura derivativa dell'acquisto, però, subisce, nel caso della vendita forzata, due importanti limitazioni che hanno portato parte della dottrina a parlare di derivatività *sui generis*<sup>17</sup>. In particolare, il primo limite, concerne l'applicazione della disposizione generale di cui all'art. 1153 c.c. che fa salvi, in favore del terzo acquirente di beni mobili non registrati, gli effetti del possesso in buona fede<sup>18</sup>. Il secondo limite, invece, ha per oggetto l'inopponibilità, all'acquirente, degli atti di disposizione che siano inefficaci in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione. In questo secondo caso si determina una vera e propria parificazione fra la posizione dell'aggiudicatario e quella dei creditori concorrenti<sup>19</sup>. Da ciò deriva, per una parte della dottrina che la disposizione in esame varrebbe a legare indissolubilmente la vendita forzata al pignoramento, con la conseguenza che le norme disciplinanti gli effetti sostanziali del pignoramento (art. 2913 ss. c.c.) si estenderebbero anche alla vendita coattiva<sup>20</sup>.

Altra dottrina, invece, secondo una diversa prospettiva, rileva che l'art. 2919 c.c. valga ad esplicitare il dettato programmatico dell'art. 2913 c.c., determinando una sorta

---

<sup>15</sup> F. D. Busnelli, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, p. 309; A. Bonsignori, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*, p. 50. Sull'acquisto a titolo derivativo a seguito di forme speciali di tutela espropriativa, in particolare con riferimento alla vendita esattoriale v. G. Costantino, *Le espropriazioni forzate speciali*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 167.

<sup>16</sup> Cass., Sez. II, 25 ottobre 2010, n. 21830, in *Rep. Foro it.* 2010, voce *Trascrizione e conservatorie dei registri immobiliari*, n. 44; Sez. I, 5 gennaio 2000, n. 27, in *Vita not.*, 2000, I, p. 323; Sez. II, 21 aprile 1990, n. 3348, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, p. 904, n. 46.

<sup>17</sup> S. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, 232 ss., il quale osserva che «alla stregua dell'intera disciplina della vendita forzata può affermarsi, in linea di massima, che l'acquisto coattivo non interrompe la sequenza tra posizione giuridica del debitore e posizione giuridica dell'acquirente, ma è pur vero che con tale sequenza interferisce un soggetto, normalmente estraneo al rapporto compratore-venditore, qual è il creditore e che la stessa sequenza è sottoposta a vistosi limiti che obbediscono alla logica propria del procedimento esecutivo. L'atteggiamento del legislatore conferma che il richiamo al principio della derivatività non può in ogni caso spingersi fino a riprodurre in tutte le sue implicazioni il modello consensuale». Nello stesso senso, v. anche A. Barletta, *La stabilità nella vendita forzata*, Jovene, Napoli, 2002, p. 204; F. De Stefano, *Gli effetti della vendita forzata dopo la riforma del processo esecutivo*, in *Riv. esec. forzata*, 2007 p. 660.

<sup>18</sup> A. Bonsignori, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*, cit., p. 56.

<sup>19</sup> Cass., Sez. I, 28 gennaio 1995 n., 1048 in *Giur. it.*, 1995, I, p. 2059, con nota critica di F. Cimei, *Legato di uso o di abitazione: trascrizione e opponibilità ai terzi acquirenti dall'erede*.

<sup>20</sup> F. D. Busnelli, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 316 – 317, per il quale l'unica eccezione a questa estensione si avrebbe in tema di cessioni e liberazioni di pignoni e fitti, distintamente regolate rispettivamente dagli artt. 2918 c.c. per il pignoramento e 2924 c.c. per la vendita forzata.



di rapporto di pregiudizialità –dipendenza, sia pure di carattere squisitamente processuale, fra la statuizione giuridica sottoposta a pignoramento e l’oggetto della vendita forzata<sup>21</sup>.

La normativa dettata dall’art. 2919 c.c. non fornisce indicazioni circa il momento in cui l’effetto traslativo si perfeziona. La questione, d’altro canto, è rilevante sotto l’aspetto pratico, al fine, ad esempio, di accertare in danno di chi si verifichi il perimento della cosa o per individuare il termine entro il quale va proposta l’opposizione all’esecuzione o infine per stabilire se, sopraggiunto il fallimento del debitore, il bene faccia ancora parte della massa fallimentare<sup>22</sup>.

Sicché, nel silenzio della norma, la soluzione è stata ricercata nelle disposizioni del codice di rito che scandiscono l’iter procedurale delle varie forme di esecuzione. In particolare, nell’espropriazione mobiliare, il trasferimento della proprietà è contestuale al regolare pagamento del prezzo che avviene per contanti all’atto dell’aggiudicazione, con la conseguenza che solo da tale momento la vendita forzata trasferirà all’acquirente i diritti che sulla cosa spettavano a colui che ha subito l’espropriazione<sup>23</sup>.

Con riferimento al caso della vendita mobiliare a mezzo di commissionario, si è ritenuto che l’effetto traslativo e l’effetto obbligatorio si verificano immediatamente col compimento delle operazioni di vendita documentate nei modi di cui all’art. 533, 1° comma, c.p.c., laddove si dispone che il commissionario «è tenuto in ogni caso a documentare le operazioni di vendita mediante certificato, fattura o fissato bollato in doppio esemplare, uno dei quali deve essere consegnato al cancelliere col prezzo ricavato dalla vendita (...)»<sup>24</sup>. Nell’espropriazione immobiliare, invece, il momento dell’aggiudicazione non coincide con quello del versamento del prezzo, solo a seguito del regolare pagamento di quest’ultimo, infatti, il giudice dell’esecuzione, ai sensi dell’art. 586 c.p.c., pronuncia il decreto con il quale trasferisce al terzo il bene espropriato. La riportata scissione processuale, insita nella vendita immobiliare, ha dato luogo in dottrina ad una pluralità di opinioni in relazione al momento nel quale opera il connesso effetto traslativo. In particolare, l’orientamento dominante,

---

<sup>21</sup> G. Miccolis, *Giudizi sull’appartenenza e pignoramento. Contributo allo studio delle vicende della res litigiosa e pignorata*, Cacucci, Bari, 1994, p. 315ss.; G. Verde, voce *Pignoramento in generale*, in *Enc. giur.*, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p.763; S. Mazzamuto, *L’esecuzione forzata*, cit., p. 231; A. Bonsignori, *Effetti della vendita forzata e dell’assegnazione*, cit., p. 59 ss., il quale sottolinea che la prevalenza del diritto del creditore pignorante e del successivo acquirente, rispetto a chi agisce in giudizio per le cause indicate negli art. 2652 e 2653 c.c., è subordinata non soltanto all’anteriorità della trascrizione del pignoramento rispetto alla trascrizione della domanda, ma anche a quella degli altri requisiti a volta a volta indicati in tali disposizioni.

<sup>22</sup> F. Tommaseo, *L’esecuzione forzata*, Cedam, Padova, 2009, p. 216.

<sup>23</sup> G.A. Micheli, *Dell’esecuzione forzata*, cit., p. 112; F. D. Busnelli, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 309; S. Mazzamuto, *L’esecuzione forzata*, cit., p. 237; A. Bonsignori, *Effetti della vendita forzata e dell’assegnazione*, cit., p. 34.

<sup>24</sup> G. Bongiorno, *Espropriazione mobiliare presso il debitore*, in *Dig. civ.*, Torino, 1992, VIII, p.68. *Contra*, A. Gili, *Il momento traslativo della vendita forzata immobiliare (una questione ancora aperta)*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 438, nota n. 1, che osserva l’opportunità di non collegare l’effetto traslativo ad un atto che rientra nell’arbitrio del commissario, benché sia normalmente contestuale al versamento del prezzo.

argomentando dalla lettera dell'art. 586, 2° comma, c.p.c., è nel senso che l'effetto acquisitivo della vendita decorra a partire dall'emanazione del decreto del trasferimento<sup>25</sup>. Altri, invece, hanno rinvenuto nell'aggiudicazione il momento della produzione dell'effetto traslativo<sup>26</sup>. Anche in giurisprudenza con riguardo alla vendita immobiliare, è prevalso l'indirizzo per il quale l'effetto traslativo è prodotto non dalla sola aggiudicazione, ma soltanto dal successivo decreto di trasferimento<sup>27</sup>.

Va detto, peraltro, che con la riforma del 2015<sup>28</sup> il legislatore ha introdotto la possibilità del pagamento del prezzo di aggiudicazione in forma rateale ovvero entro un termine non superiore a dodici mesi. Il beneficio opera sia nell'ambito dell'espropriazione immobiliare, sia nell'ambito della espropriazione mobiliare, in relazione alla quale il novellato articolo 530 c.p.c. stabilisce, che eccezion fatta per la piccola espropriazione mobiliare<sup>29</sup>, «il giudice dell'esecuzione può disporre che il versamento del prezzo abbia luogo ratealmente(...), si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 569, terzo comma, terzo periodo, 574, primo comma, secondo periodo e 587, primo comma, secondo periodo». La portata precettiva della norma impone di stabilire se l'innovazione incida o meno sul momento perfezionativo dell'effetto traslativo della vendita forzata in sede di espropriazione mobiliare.

Il combinato disposto dell'ultimo comma dell'art. 530 c.p.c. unitamente alle disposizioni in esso specificatamente richiamate indurrebbe per una soluzione negativa. Infatti, il rinvio esplicito contenuto nell'art. 530 c.p.c. al solo secondo periodo dell'art. 574, primo comma - e non anche al primo periodo della norma ai sensi del quale «il giudice dell'esecuzione, quando fa luogo alla vendita, dispone con decreto il modo del versamento del prezzo e il termine, dalla comunicazione del decreto, entro il quale il

---

<sup>25</sup> F. D. Busnelli, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 309; A. Bonsignori, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*, cit., p. 36; B. Sassani, (Bove-Capponi-Martinetto), *L'espropriazione forzata*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile* (diretta da Proto Pisani), Utet, Torino, 1988, p. 478; B. Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 317.

<sup>26</sup> S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Editore Vallardi, Milano, 1966, p. 395; A. Cerino Canova, *Offerte dopo l'incanto*, cit., p. 245; ID., *Vendita forzata ed effetto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 137. Altri ancora, hanno anticipato la medesima efficacia alla fase del versamento del prezzo, v. G.A. Micheli, *Dell'esecuzione forzata*, cit., p. 112; P. Castoro, *Il processo di esecuzione*, Milano, 2006, p. 658.

<sup>27</sup> La giurisprudenza di legittimità è nel senso che ordinanza di aggiudicazione e decreto di trasferimento costituiscono la fattispecie legale complessa della vendita forzata immobiliare, e ciò per il collegamento funzionale tra i due atti, che sono il primo presupposto del secondo, al quale soltanto (e non al versamento del prezzo dopo l'aggiudicazione) consegue l'effetto costitutivo del trasferimento del diritto sul bene espropriato, v. Cass., Sez. III, 16 novembre 2011, n. 24001, in *Rep. Foro it.*, voce, *Esecuzione forzata per obbligazioni pecuniarie*, n. 83; 18 aprile 2003, n. 6272, in *Id.*, 2003, voce *id.*, n. 106; 23 febbraio 1993, n. 2221, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 2084. Nello stesso senso la giurisprudenza di merito ha affermato che in sede di vendita pubblica fallimentare l'effetto traslativo si verifica all'atto del deposito in cancelleria del decreto di trasferimento emesso dal giudice delegato, v. Trib. Trapani 13 novembre 2001, in *Giur. merito*, 2002, I, 676.

<sup>28</sup> V. d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in legge 6 agosto 2015, n. 132.

<sup>29</sup> Ovvero per l'espropriazione forzata nella quale il valore dei beni mobili staggiti non supera ventimila euro.

versamento deve farsi, e, quando questo è avvenuto, pronuncia il decreto previsto nell'articolo 586» - induce l'interprete a ritenere che in ipotesi di versamento rateale del prezzo di vendita del bene mobile espropriato, l'effetto traslativo della proprietà del bene staggito ancora oggi non necessiti, diversamente da quanto accade nella vendita immobiliare, di un formale titolo di trasferimento, ma si produce in esito al versamento del prezzo.

3. La dottrina, nonostante manchi nell'art. 2919 c.c. un'esplicita previsione, individua nella vendita forzata, oltre l'effetto traslativo, anche un effetto cosiddetto purgativo o estintivo di tutti i vincoli processuali, anche cautelari, che siano stati costituiti sul bene staggito<sup>30</sup>. L'effetto purgativo della vendita, strettamente connesso a quello acquisitivo, concerne, in primo luogo, il vincolo del pignoramento che viene sciolto per effetto dell'alienazione del bene.

Un dato normativo, quest'ultimo, confermato dall'art. 586 c.p.c., che nell'espropriazione immobiliare impone al giudice di inserire nel decreto di trasferimento del bene esecutato l'ordine di cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti. L'effetto estintivo investe, altresì, le iscrizioni ipotecarie, purché non si riferiscano a obbligazioni di cui l'aggiudicatario o l'assegnatario, previa autorizzazione del giudice, abbia concordato con il creditore ipotecario l'assunzione ai sensi dell'art. 508 c.p.c.<sup>31</sup>.

A seguito delle modifiche apportate all'art. 586 c.p.c. con la legge di riforma del 2005, il giudice con il decreto di trasferimento ordina anche «(...) la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento»<sup>32</sup>.

Non possono essere cancellate, invece, le trascrizioni delle domande giudiziali con le quali un terzo abbia chiesto l'accertamento del proprio diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento sul bene, le quali restano soggette al disposto dell'art. 2668 c.c., che richiede il consenso delle parti interessate ovvero una sentenza passata in giudicato che così disponga<sup>33</sup>, né l'effetto purgativo si estende, ove il bene trasferito faccia parte di un condominio, all'onere di pagamento dei contributi condominiali

---

<sup>30</sup> Cfr. M. Bove, *Commento sub art. 2919*, in *Commentario del Codice civile*, cit., p. 295.

<sup>31</sup> G. Arieta - F. De Santis, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto processuale civile*, vol. III, tomo II, (a cura di Montesano e Arieta), Cedam, Padova, 2007, p. 725.

<sup>32</sup> Le Sezioni unite si sono recentemente pronunciate sulla delicata questione delle condizioni necessarie per trascrivere il decreto ex art. 586 c.p.c. ed hanno ritenuto che la trascrizione sia eseguibile a prescindere dal decorso dei termini per proporre un'eventuale opposizione agli atti esecutivi contro il provvedimento, con la conseguenza che il decreto, è trascrivibile anche se ancora opponibile, v. Cass., Sez. Un., 14 dicembre 2020, n. 28387, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 1002, con nota di M.C. Vanz, *La trascrivibilità del decreto di trasferimento immobiliare*.

<sup>33</sup> A. Vivaldi, *Trascrizione di domande giudiziali e processo di espropriazione forzata immobiliare*, in *Dir. e giur.*, 1977, p. 683 Cass. Sez., II, 24 maggio 2007, n. 12074, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Trascrizione*, n. 60.

relativi all'anno in corso ed a quello precedente, quale previsto dall'art. 63, comma 2, disp. att. c.c.<sup>34</sup>

Con riferimento al pegno e ai privilegi speciali, invece, il prodursi della purgazione risulta delineato, implicitamente, dalla combinazione di un insieme di disposizioni, quali l'art. 2916 c.c., l'art. 508 c.p.c., l'art. 498 c.p.c. e dal disposto dell'art. 586 c.p.c. dal quale dottrina e giurisprudenza ne hanno tratto una regola più ampia che ricomprende, pur nel silenzio della legge, gli ulteriori diritti reali di garanzia<sup>35</sup>.

L'effetto purgativo è connesso alla essenziale partecipazione al processo esecutivo dei creditori titolari di quei privilegi che sarebbero colpiti dal trasferimento coattivo<sup>36</sup>. L'interesse pubblicistico alla circolazione dei beni assoggettati all'espropriazione, quale presupposto dell'interesse di garantire al creditore che ha ragione il soddisfacimento del suo credito, esige la massima affidabilità nell'ambito della liquidazione coattiva dei cespiti esecutati. E ciò in quanto tale interesse è altresì avvalorato dall'aspettativa dei potenziali acquirenti di divenire titolari di un bene le cui precedenti iscrizioni o trascrizioni siano estinte o siano comunque inopponibili. Proprio al fine di meglio contemperare tale esigenza con i diritti dei creditori iscritti o privilegiati, risulta necessario prevedere per costoro la facoltà di vedere tutelati, con forme di intervento, i propri diritti facendo valere le relative garanzie che il processo finirà per travolgere allorché il bene sarà aggiudicato<sup>37</sup>. Si tratta in sostanza di un autentico contrappeso ovvero la proiezione nel processo esecutivo del loro diritto di garanzia, sostanzialmente consistente nel peso gravante sul bene staggito<sup>38</sup>.

4. Per quanto concerne l'ambito di applicazione della norma in esame, non si dubita che essa possa trovare attuazione in ogni ipotesi di vendita giudiziale che determini un trasferimento coattivo sulla base di un provvedimento del giudice dell'esecuzione. In quest'ottica, la disposizione in commento non appare estensibile alla vendita volontaria dei beni appartenenti a minori, interdetti e inabilitati (artt. 733-734 c.p.c.); alla vendita dei beni ereditari nella procedura di liquidazione dell'eredità accettata con beneficio d'inventario (artt. 747-748 c.p.c.); alla vendita di cose comuni (787-788 c.p.c.); oltre che, per espresso disposto, alla vendita della nave nel procedimento di limitazione del debito dell'armatore (art. 653 ss. c. nav.). Nelle ipotesi appena indicate, infatti, si è in presenza non già di una vendita forzata in senso tecnico, bensì di una vendita giudiziale

---

<sup>34</sup> Trib. Bologna, 6 maggio 2000, in *Arch. locaz. cond.*, 2001, p. 133.

<sup>35</sup> G.A. Micheli, *Dell'esecuzione forzata*, cit., p. 116 – 118; F. D. Busnelli, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 317; A. Bonsignori, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*, cit., p. 61; G. Tucci, *I privilegi*, in *Tratt. Rescigno*, 19, I, Utet, Torino 1997, p. 791.

<sup>36</sup> A. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Cedam, Milano, 2017, p. 689.

<sup>37</sup> Non è un caso che per consentire tale effetto gli artt. 498 c.p.c. e 158 disp. att. c.p.c. impongono la notifica di un avviso sulla pendenza della procedura esecutiva a favore dei creditori titolari di prelazione iscritta sul bene ovvero ai creditori sequestranti: in mancanza della prova di tale notifica il giudice non può provvedere sull'istanza di assegnazione o di vendita.

<sup>38</sup> F. De Stefano-G. Mastrogiovanni, *L'effetto traslativo della vendita forzata*, in *Codice commentato delle escuzioni civili*, (a cura di G. Arieta, F. De Santis, A. Didone), Utet, Torino, 2016, p. 485.

inserita in un procedimento volontario. Viceversa, è certo che la disciplina in esame possa trovare piena attuazione nelle ulteriori forme di tutela giurisdizionale dei diritti di credito ossia, nelle ipotesi di vendite attuate nelle procedure concorsuali<sup>39</sup>, nelle espropriazioni speciali<sup>40</sup> e nelle esecuzioni speciali condotte in assenza di un titolo esecutivo<sup>41</sup>. È incerta, invece, l'applicazione in ordine alla vendita giudiziale che si attua nell'ambito del processo di liberazione dell'immobile dalle ipoteche (art. 2891 c.c.). In tale procedimento, la natura volontaria della vendita ed il difetto di esercizio della tutela giurisdizionale fanno propendere per una soluzione negativa<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> G. Trisorio Liuzzi, *L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo*, in *Foro it.*, 2006, V, p.197.

<sup>40</sup> G. Costantino, *Le espropriazioni forzate speciali*, cit., p. 166 ss.

<sup>41</sup> V. gli artt. 1515, 2756, 2761 e 2797 c.c., art. 7, r.d.l. 15 marzo 1927, n. 436 e art. 44, d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

<sup>42</sup> S. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 245; A. Bonsignori, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*, cit., p. 30.



Nicola Triggiani

L'UDIENZA PREDIBATTIMENTALE MONOCRATICA  
NELLA L. N. 134/2021 (C.D. "RIFORMA CARTABIA"):  
UNA INNOVAZIONE IN CONTROTENDENZA  
RISPETTO AGLI OBIETTIVI DI EFFICIENZA DEL PROCESSO\*

SOMMARIO: 1. La *ratio* dell'introduzione di una udienza-filtro in camera di consiglio nei procedimenti a citazione diretta davanti al tribunale monocratico. – 2. La scelta di assegnare il ruolo di "filtro" al giudice del tribunale. – 3. La violazione della citazione diretta e le modifiche all'imputazione. – 4. Gli epiloghi dell'udienza predibattimentale. – 5. Dubbi e perplessità sulla compatibilità del nuovo istituto con le esigenze di economia processuale e di efficienza complessiva del sistema.

1. Nell'esercizio della delega per le modifiche del codice di procedura penale di cui all'art. 1, comma 1, della l. 27 settembre 2021, n. 134 (recante «*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti*»)<sup>1</sup>, l'art. 1, comma 12, lett. a) della stessa legge prevede che si dovrà innovare il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica<sup>2</sup>, nelle ipotesi di citazione diretta *ex art.* 550 c.p.p.,

---

\*Testo della Relazione svolta al Seminario di studi "La Riforma Cartabia tra norme di immediata vigenza e decreti delegati", nell'ambito delle "Giornate della Formazione" – VI edizione, organizzate dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Taranto, dalla Fondazione Scuola Forense di Taranto e dal Dipartimento Jonico in "Sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture" dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro", con il patrocinio del Consiglio Nazionale Forense e della Cassa Forense (Aula Magna del Dipartimento Jonico, 11 dicembre 2021).

<sup>1</sup> Sulla c.d. "Riforma Cartabia" della giustizia penale, v. Aa.Vv., *La riforma del processo penale. Guida alla legge n. 134 del 27 settembre 2021*, Il Sole-24Ore, Milano 2021; A. Bassi, C. Parodi, *La riforma del sistema penale. L. n. 134/2021: la delega e le norme immediatamente applicabili*, Giuffrè Francis Levebvre, Milano 2021; A. Conz, L. Levita (a cura di), *La riforma Cartabia della giustizia penale. Commento organico alla Legge n. 134/2021*, Dike, Roma 2021; V. De Gioia, S. Grassi, *La Riforma del processo penale. Il commento operativo alla Riforma della giustizia penale e alle norme sull'utilizzo dei tabulati telefonici nelle indagini*, La Tribuna, Piacenza 2021; G.L. Gatta, *Riforma della Giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "Legge Cartabia"*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021, p. 1 ss.; E.N. La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Arch. pen.*, 3, 2021, p. 1 ss.; B. Romano, A. Marandola, *Riforma Cartabia. La prescrizione, l'improcedibilità e le altre norme immediatamente precettive*, Pacini Giuridica, Pisa 2021; M. Rossetti, E. Sirotti Gaudenzi, *La Riforma del processo penale. In G.U. n. 237 del 4/10/2021. Guida pratica con tabella di raffronto delle novità normative*, Revelino, Bologna 2021.

<sup>2</sup> Per un quadro d'insieme sull'attuale disciplina del procedimento davanti al tribunale monocratico, alla luce della giurisprudenza, v., per tutti, V. Bonini, *sub artt.* 549-559, in G. Illuminati, L. Giuliani (a cura

con l'introduzione di una udienza predibattimentale in camera di consiglio, tenuta innanzi a un giudice-persona fisica diverso da quello innanzi al quale dovrà, eventualmente, celebrarsi il dibattimento.

Tale udienza era già prevista nell'originario "d.d.l. Bonafede" (art. 6 d.d.l. A.C. 2435, recante «*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso la corte d'appello*»)<sup>3</sup>: nella *Relazione illustrativa* si evidenziava che era stata prevista «per valutare, sulla base degli atti presenti nel fascicolo del pubblico ministero, se il dibattimento debba essere celebrato o se, al contrario, debba intervenire immediatamente una pronuncia di sentenza di non luogo a procedere perché sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, perché risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa o in quanto gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non consentono l'accoglimento della prospettazione accusatoria in giudizio»<sup>4</sup>. Dunque, «un'udienza "filtro", volta a consentire, anche nel caso di processi per i quali non sia prevista l'udienza preliminare propriamente detta, un vaglio volto a evitare la comunque onerosa celebrazione di dibattimenti inutili, quando appaia scontato o notevolmente probabile che essi abbiano a concludersi con il proscioglimento»<sup>5</sup>.

L'articolata proposta di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435 formulata dalla c.d. "Commissione Lattanzi" (la Commissione di studio istituita dalla Ministra della

---

di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 2701 ss.

<sup>3</sup> Cfr. *Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XVIII Legislatura – Disegni di legge e relazioni – Documenti – Disegno di legge C. n. 2435*.

Per un'analisi del c.d. "d.d.l. Bonafede", v., tra gli altri, R. Bricchetti, *Prime considerazioni sul disegno di legge per la riforma del processo penale*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 24 febbraio 2020; G. Canzio, *Ancora una riforma del processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2021, p. 5 ss.; A. Cisterna, *Indagini preliminari, controllo sui tempi delle notizie di reato*, in *Guida dir.*, 11, 2020, p. 15 ss.; A. De Caro, *Le ambigue prospettive di riforma del processo penale contenute nel d.d.l. n. 2435/2020: il declino delle garanzie e il (vano) tentativo di accelerare la durata dei processi*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2021, p. 524 ss.; M. Gialuz, J. Della Torre, *Il progetto governativo di riforma del processo penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *Sist. pen.*, 4, 2020, p. 143 ss.; F. Giunchedi, *L'insostenibile conciliabilità tra "smart" process e due process of law (riflessioni minime sul d.d.l. per la riforma del processo penale)*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2020, p. 1 ss.; E.N. La Rocca, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo che ora scorre senza contrappesi*, *ivi*, p. 1 ss.; G. Spangher, *La riforma Bonafede del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2020, p. 589 ss.; *Id.*, *Per la delega penale scommessa aperta sulla vischiosità del rito*, in *Guida dir.*, 11, 2020, p. 10 ss.; nonché, volendo, N. Triggiani, *La riforma Bonafede della giustizia penale: un anno dall'approvazione della delega per ridare celerità ed efficienza al processo penale (...anche a scapito delle garanzie difensive)*, in *Proc. pen. giust.*, 3, 2020, p. 759 ss.

<sup>4</sup> Così la *Relazione illustrativa* in *Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XVIII Legislatura – Disegni di legge e relazioni – Documenti – Disegno di legge C. n. 2435*, cit., p. 8.

<sup>5</sup> Così, ancora, *Ibidem*.



Giustizia Marta Cartabia con d.m. 16 marzo 2021)<sup>6</sup> ha inciso, poi, in modo significativo (anche) sulla disciplina dedicata al procedimento davanti al tribunale monocratico<sup>7</sup>: l'art. 6 d.d.l. A.C. 2435 è stato, infatti, riformulato attraverso modifiche e integrazioni, recepite in buona misura dal Governo<sup>8</sup> e successivamente dal Parlamento.

Invero, la “Commissione Lattanzi” – come si legge nella *Relazione illustrativa delle proposte emendative* – «ha sostanzialmente condiviso la proposta» contenuta nel d.d.l. ministeriale «di introdurre, nei procedimenti monocratici a citazione diretta di cui all'articolo 550 c.p.p., un'udienza “filtro”, volta a verificare l'effettiva necessità della celebrazione del dibattimento, non solo e non tanto per fini deflattivi, ma soprattutto perché il dibattimento per chi è costretto a subirlo costituisce già di per sé una “pena”, che non deve essere inflitta se ne mancano le ragioni»<sup>9</sup>. Questa “udienza filtro” – per la quale la Commissione ha ritenuto opportuna la celebrazione in camera di consiglio, «avuto riguardo alla natura delle questioni da trattarsi» e «anche al fine di garantire le esigenze di riservatezza delle parti»<sup>10</sup> – è stata prevista non soltanto nei procedimenti monocratici a citazione diretta già previsti, ma anche in quelli per i quali sarà disposta dal legislatore delegato la soppressione dell'udienza preliminare.

L'introduzione di tale udienza predibattimentale – si legge sempre nella *Relazione illustrativa delle proposte emendative formulate dalla “Commissione Lattanzi”* – «è apparsa giustificata per un duplice ordine di ragioni, strettamente collegate tra loro e basate, da un lato, sulla constatazione dell'elevatissimo numero di esiti assolutori che si registra nei procedimenti in questione», dall'altro, «sull'esigenza logico-sistematica di affidare al controllo preventivo del giudice la corretta applicazione, da parte del

---

<sup>6</sup> La *Relazione finale e le proposte emendative al D.D.L. A.C. 2435 formulate dalla Commissione Lattanzi* – incaricata di elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al disegno di legge A.C. 2435 –, depositate il 24 maggio 2021, possono leggersi in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021, p. 1 ss. Il testo a fronte del d.d.l. A.C. 2435 e delle proposte di emendamento della Commissione ministeriale è pubblicato *ivi*, 27 maggio 2021, p. 1 ss.

Per un'analisi d'insieme delle proposte formulate dalla “Commissione Lattanzi”, v. G. Fiandaca, *Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *Sist. pen.*, 21 giugno 2021, p. 1 ss.; A. Marandola, *Gli emendamenti della Commissione Lattanzi per la riforma del processo penale*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 1° giugno 2021; G. Spangher, *Il progetto Lattanzi coglie nel segno, ma restano dei dubbi sull'appello*, in *Guida dir.*, 23, 2021, p. 10 ss.; Id., *La Giustizia (europea) 25% nella Relazione Lattanzi*, in *Arch. pen. (web)*, 2, 2021, p. 1 ss.

<sup>7</sup> In ordine ai suggerimenti della Commissione sull'udienza predibattimentale, v. in particolare, G. Spangher, *L'udienza predibattimentale e il giudizio abbreviato condizionato: dalla Relazione Lattanzi due discutibili novità*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 7 giugno 2021; nonché, volendo, N. Triggiani, *Riflessioni sull'udienza predibattimentale monocratica prefigurata nella proposta di riforma della “Commissione Lattanzi”*, in *Arch. pen. (web)*, 2, 2021, p. 1 ss.

<sup>8</sup> Il testo a fronte del d.d.l. A.C. 2435 e delle proposte di emendamento del Governo presentate il 14 luglio 2021 può leggersi in *Giur. pen.*, 22 luglio 2021, p. 1 ss.

<sup>9</sup> Cfr. *Relazione finale e proposte emendative al D.D.L. A.C. 2435*, cit., p. 31.

<sup>10</sup> V. art. 6, lett. a) “d.d.l. Bonafede”, nel testo riformulato dalla stessa Commissione ministeriale. Sul punto, cfr. *Relazione finale e proposte emendative al D.D.L. A.C. 2435*, cit., p. 33.

pubblico ministero, del criterio di giudizio sotteso alla decisione di esercitare l'azione penale»<sup>11</sup>.

Quest'ultima ragione – osserva sempre la *Relazione* – «assume una importanza ancora maggiore a seguito del mutamento di tale criterio di giudizio», proposto dalla Commissione»: tale mutamento, reso necessario dalla esigenza di diminuire il numero di dibattimenti che si concludono con esiti assolutori, «rischierebbe di restare senza effetto pratico se non fosse accompagnato da un controllo sulla sua osservanza, necessariamente affidato ad un giudice». Da qui la scelta di introdurre un filtro giudiziale nei procedimenti a citazione diretta, che consentirà di celebrare il dibattimento soltanto quando il giudice «riterrà che gli elementi acquisiti dal pubblico ministero, come risultanti dal suo fascicolo, sono tali da determinare la condanna dell'imputato, sempre che, ovviamente, essi trovino successivo riscontro nelle acquisizioni dibattimentali», mentre «nell'ipotesi di valutazione negativa egli pronunzierà sentenza di non luogo a procedere»<sup>12</sup>.

Nella versione finale che ritroviamo nella l. n. 134 del 2021, è peraltro mutata la regola di giudizio per pronunciare una sentenza di non luogo a procedere sia in udienza preliminare *ex art.* 425, comma 3, c.p.p. (art. 1, comma 9, lett. m)<sup>13</sup> che nella nuova udienza predibattimentale monocratica (art. 1, comma 12, lett. d): la sentenza potrà essere pronunciata laddove gli elementi acquisiti non consentano «una *ragionevole previsione di condanna*».

Va segnalato che la nuova previsione va letta ora in combinato disposto con il principio di delega contenuto nell'art. 1, comma 9, lett. l) della stessa l. n. 134 del 2021, che prevede una estensione del catalogo dei reati per i quali si dovrà procedere con la citazione diretta a giudizio, da individuare tra i delitti «puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni, anche se congiunta alla pena della multa, che non presentino rilevanti difficoltà di accertamento»<sup>14</sup>. Spetterà, dunque, al

---

<sup>11</sup> Cfr. *ivi*, p. 31: il dato statistico riportato vede l'incidenza delle condanne sui definiti, negli anni 2015-19, pari in media al 41% del totale.

<sup>12</sup> Cfr. *Ibidem*, ove si osserva altresì che i procedimenti a citazione diretta «oggi comportano lo svolgimento di dibattimenti che, ispirati al sistema accusatorio, non possono non risultare impegnativi, in misura ben maggiore di quanto avveniva nel codice previgente, anche quando si definiscono con una pronunzia assolutoria». V. lett. *a-ter* dell'art. 6 d.d.l. A.C. 2435, inserita dalla Commissione.

<sup>13</sup> Sulla nuova disciplina dell'udienza preliminare contenuta nella «Riforma Cartabia», v., tra gli altri, A. Bassi, C. Parodi, *La riforma del sistema penale. L. n. 134/2021: la delega e le norme immediatamente applicabili*, cit., p. 29 ss.; M. Daniele, P. Ferrua, *Prefazione. Tre aspetti controversi della riforma "Cartabia"*, in A. Conz, L. Levita (a cura di), *La riforma Cartabia della giustizia penale*, cit., p. XV ss.; C. Vitiello, *Udienza preliminare*, *ivi*, p. 73 ss.

<sup>14</sup> Non è superfluo ricordare che attualmente (art. 550 c.p.p.), non è prevista l'udienza preliminare e dunque si procede con citazione diretta a giudizio da parte del pubblico ministero per i reati contravvenzionali, per i delitti puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a quattro anni o con la multa, sola o congiunta alla predetta pena detentiva, nonché per i reati specificamente indicati, ovvero: violenza o minaccia a un pubblico ufficiale (art. 336 c.p.); resistenza a un pubblico ufficiale (art. 337 c.p.); oltraggio a un magistrato in udienza aggravato (art. 343, comma 2, c.p.); violazione di sigilli aggravata (art. 349, comma 2, c.p.); rissa aggravata con esclusione delle ipotesi in

legislatore delegato chiarire questo criterio delle «rilevanti difficoltà di accertamento», e non è mancato chi ha sottolineato come vi sia il “rischio” di limitare fortemente l’impatto innovativo della delega sul punto<sup>15</sup>.

2. Dalla *Relazione illustrativa delle proposte emendative della “Commissione Lattanzi”* emerge che vi è stata una lunga discussione riguardo all’opportunità di affidare questo innovativo “filtro” al giudice per le indagini preliminari ovvero se condividere la scelta del d.d.l. A.C. 2435, che lo aveva attribuito ad un giudice del tribunale, in sede predibattimentale, ovviamente diverso da quello che procederà, eventualmente, al dibattimento.

Questa seconda soluzione è stata preferita dalla Commissione sulla base di una serie di considerazioni<sup>16</sup> ed è stata poi mantenuta ferma nella versione finale approvata dal Parlamento con la l. n. 134 del 2021.

In primo luogo, il giudice dibattimentale è apparso «più idoneo ad effettuare la valutazione sulla sufficienza o meno degli elementi raccolti dal pubblico ministero a determinare la condanna dell’imputato», essendo il giudice che, «nella sua tipica attività, applica le regole del giudizio sulla imputazione».

In secondo luogo, si è sottolineato come il numero dei giudici per le indagini preliminari sia nettamente minore di quello dei giudici dibattimentali, sicché «la quantità, che comunque rimarrà elevata, delle richieste del pubblico ministero di disporre il giudizio potrà essere distribuita tra questi ultimi più equamente ed efficientemente che rispetto ai primi».

Infine – premesso che l’appunto che viene solitamente mosso al giudice dell’udienza preliminare è che, nell’alternativa tra l’emanazione di un provvedimento non motivato (decreto che dispone il giudizio) e la redazione di una sentenza motivata (di non luogo a procedere), «l’elevato carico di lavoro incombente sul singolo magistrato ed altre possibili situazioni personali possono costituire ragioni idonee ad orientare, almeno nei casi dubbi, la sua scelta, forse anche inconsapevolmente, verso la strada meno impegnativa dal punto di vista lavorativo» – secondo la “Commissione Lattanzi”, queste situazioni eventuali «possono trovare una efficace contropinta, sul piano psicologico, laddove la decisione meno faticosa» (quella, appunto, del decreto che dispone il giudizio, privo di motivazione) «sia effettuata, anziché da magistrati appartenenti ad una diversa ed estranea struttura organizzativa (come è, nei grandi tribunali, la sezione giudice per le indagini rispetto alle sezioni dibattimentali), da

---

cui nella rissa taluno sia rimasto ucciso o abbia riportato lesioni gravi o gravissime (art. 588, comma 2, c.p.); lesioni personali stradali, anche se aggravate (art. 590-bis c.p.); furto aggravato (art. 625 c.p.); ricettazione (art. 648 c.p.).

<sup>15</sup> A. Bassi, C. Parodi, *La riforma del sistema penale. L. n. 134/2021: la delega e le norme immediatamente applicabili*, cit., p. 37.

<sup>16</sup> V. *Relazione finale e proposte emendative al D.D.L. A.C. 2435*, cit., p. 32.

magistrati appartenenti alla medesima struttura e, quindi, soggetti ai giudizi di stima dei colleghi».

In sintesi, la previsione del filtro in sede predibattimentale (anziché ad opera del g.i.p.) è stata determinata dalla previsione che, in tal modo, «la valutazione sulla necessità del dibattimento sarà più rigorosa ed effettiva»<sup>17</sup>.

Secondo la Commissione sarebbe scarsamente rilevante, e comunque agevolmente arginabile mediante gli opportuni accorgimenti, l'impatto organizzativo derivante dall'incompatibilità del giudice investito della trattazione dell'«udienza-filtro» con l'eventuale successiva celebrazione del dibattimento, potendosi ovviare «mediante l'adozione di criteri tabellari che stabiliscano – come del resto già oggi accade per le incompatibilità tra giudice per le indagini preliminari e giudice dell'udienza preliminare – le regole predeterminate di riassegnazione dei procedimenti: ciò in quanto anche nei tribunali di più modeste dimensioni è sempre assicurata la presenza di almeno tre magistrati addetti al dibattimento (tanti quanti ne occorrono per formare un collegio)<sup>18</sup>.

3. Al giudice dell'udienza predibattimentale vengono riconosciuti precisi compiti, indubbiamente mutuati dal modello dell'udienza preliminare<sup>19</sup>. In particolare, l'art. 1, comma 12, lett. b), l. n. 134 del 2021 prevede che, in caso di violazione della disposizione di cui all'art. 552, comma 1, lett. c), c.p.p. (ove è previsto che il decreto di citazione a giudizio deve contenere «l'enunciazione del fatto in forma chiara e precisa, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione delle misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge»), il giudice, sentite le parti, laddove il pubblico ministero non provveda alla riformulazione dell'imputazione, debba dichiarare anche d'ufficio la nullità, restituendogli gli atti. Questa modifica è da ricondurre sempre all'esigenza di assicurare una durata ragionevole del processo ed evitare che il giudice rimanga vincolato alle contestazioni di addebiti generici ed indeterminati<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> V. ancora *Relazione finale e proposte emendative al D.D.L. A.C. 2435*, cit., p. 32. Cfr. pure G.L. Gatta, *Riforma della Giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "Legge Cartabia"*, cit., p. 13, il quale sottolinea che «l'udienza predibattimentale mira a introdurre un filtro all'interno del medesimo ufficio giudicante – realizzato da magistrati che lavorano nello stesso ufficio, condividendo i complessivi carichi di lavoro – scommettendo sulla maggiore efficacia rispetto all'udienza preliminare, affidata a un giudice appartenente a un ufficio diverso da quello chiamato a trattare il procedimento in caso di rinvio a giudizio».

<sup>18</sup> V., ancora, *Ibidem*.

<sup>19</sup> Lo segnalano A. Bassi, C. Parodi, *La riforma del sistema penale. L. n. 134/2021: la delega e le norme immediatamente applicabili*, cit., p. 38.

<sup>20</sup> In questi termini, M. Di Iesu, *Procedimento davanti al giudice monocratico*, in A. Conz, L. Levita (a cura di), *La riforma Cartabia della giustizia penale. Commento organico alla Legge n. 134/2021*, cit., p. 124, il quale sottolinea come sul punto sia stato recepito l'orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, v. Cass., sez. I, 24 settembre 2014, n. 39234 e già Cass., sez. un., 1° febbraio 2008, n. 5307) secondo il quale il giudice del dibattimento, ravvisata la genericità o l'indeterminatezza dell'imputazione, prima di dichiarare la nullità del decreto di citazione, deve chiedere al pubblico ministero di precisare e integrare

Sulla stessa linea, poi, l'art. 1, comma 12, lett. c), l. n. 134 del 2021, al fine di consentire che il fatto, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, nonché i relativi articoli di legge, siano indicati in termini corrispondenti a quanto emerge dagli atti, prevede che il giudice, sentite le parti, ove il pubblico ministero non provveda alle necessarie modifiche, restituisca, anche d'ufficio, gli atti al pubblico ministero<sup>21</sup>.

4. Riguardo agli epiloghi dell'udienza predibattimentale, occorre segnalare innanzitutto che in tale udienza potranno innestarsi tutti i procedimenti speciali, dando così luogo ad una immediata definizione del processo.

Al riguardo, va rilevato che nell'originario d.d.l. ministeriale era previsto che l'udienza predibattimentale fosse la sede per le richieste di giudizio abbreviato, patteggiamento ed oblazione: nella *Relazione illustrativa* del "d.d.l. Bonafede" si legge, infatti, che, allo scopo di dare alla nuova udienza predibattimentale un più ampio contenuto, «si è ritenuto di anticipare in questa fase anche le scelte relative ai riti alternativi, e precisamente, il giudizio abbreviato, il patteggiamento e l'oblazione, così contenendo gli effetti negativi sulle incompatibilità derivanti dall'introduzione di questa verifica preliminare sulla fondatezza dell'esercizio dell'azione penale»<sup>22</sup>.

Con la riformulazione dell'art. 6 del d.d.l. A.C. 2435 proposta dalla "Commissione Lattanzi", è stato poi ampliato il ventaglio delle definizioni procedurali alternative al dibattimento, essendo state affiancate ai tradizionali riti alternativi la messa alla prova, l'estinzione del reato per condotte riparatorie, la remissione di querela e la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* c.p. Non solo: la verifica circa la concreta percorribilità di tali esiti non è stata rimessa all'iniziativa delle parti, ma configurata quale preciso compito del giudice investito della trattazione dell'udienza predibattimentale<sup>23</sup>.

Nel successivo percorso parlamentare, il punto è stato nuovamente modificato. Per un verso, si è fatto generico (e omnicomprensivo) riferimento ai «procedimenti speciali»; per altro verso, si è eliminata la possibilità del giudice di "promuovere" le richieste di riti deflattivi.

Dal momento che la funzione principale assegnata alla nuova udienza predibattimentale è quella di verificare la fondatezza dell'esercizio dell'azione penale, a norma dell'art. 1, comma 12, lett. d), l. n. 134 del 2021, si è previsto che, in assenza di richieste di definizioni alternative, il giudice dovrà valutare, sulla base degli atti

---

la contestazione, diversamente sarebbe abnorme l'ordinanza con la quale il giudice dichiara la nullità degli atti e restituisce gli atti al p.m., determinando una indebita regressione del procedimento.

<sup>21</sup> In senso analogo alle direttive di cui all'art. 1, comma 12, lett. b) e c) – introdotte negli emendamenti governativi (v. riformulazione dell'art. 6, comma 1, lett. a-bis e a-ter d.d.l. A.C. 2435) – dispone per l'udienza preliminare la direttiva di cui all'art. 1, comma 9, lett. n), l. n. 134 del 2021.

<sup>22</sup> Così la *Relazione illustrativa* in *Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XVIII Legislatura – Disegni di legge e relazioni – Documenti – Disegno di legge C. n. 2435*, cit., p. 8.

<sup>23</sup> V., in particolare, la lett. a-bis inserita nell'art. 6 d.d.l. A.C. 2435 dalla "Commissione Lattanzi".

contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, «se sussistono le condizioni per pronunciare sentenza di non luogo a procedere perché gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna»<sup>24</sup>.

L'ampiezza della valutazione che il giudice dovrà compiere «avrà ad oggetto un giudizio allo stato degli atti sulla fondatezza dell'accusa e, dunque, sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato, senza che gli sia consentito di avvalersi di mezzi istruttori integrativi, contrariamente a quanto previsto in sede di udienza preliminare, dove oggi, in perfetto allineamento con quanto previsto nella udienza predibattimentale, il giudice dovrà emettere sentenza di non luogo a procedere allorquando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna»<sup>25</sup>.

La sentenza di non luogo a procedere, secondo le regole generali (art. 425, comma 4, c.p.p.), non potrà essere pronunciata laddove il giudice ritenga che dal proscioglimento debba conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca (art. 1, comma 12, lett. f, l. n. 134 del 2021).

Secondo quanto previsto dalla lett. g) dell'art. 12, comma 1, l. n. 134 del 2021, a tale sentenza dovranno applicarsi gli artt. 426, 427 e 428 c.p.p., che disciplinano rispettivamente i requisiti della sentenza, la condanna del querelante alle spese e ai danni, l'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, e le disposizioni del titolo X del libro V, in tema di revoca della sentenza di non luogo a procedere, adeguandone il contenuto in rapporto alla competenza del tribunale in composizione monocratica<sup>26</sup>.

Nel caso, poi, in cui il processo non venga definito nell'udienza predibattimentale né con un procedimento speciale, né con una sentenza di non luogo a procedere, il giudice fisserà la data per una nuova udienza, da tenersi non prima di venti giorni, di fronte ad un altro giudice, per l'apertura e la celebrazione del dibattimento (art. 1, comma 12, lett. e, l. n. 134 del 2021).

In caso di prosecuzione dell'*iter* nella sede propriamente dibattimentale, si è prevista la necessità di un adeguamento della disciplina relativa alla presentazione della c.d. "lista testimoniale" ex art. 468 c.p.p.: si tratta di una modifica di mero coordinamento (art. 1, comma 12, lett. f, l. n. 134 del 2021)<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Così già la lett. a-ter dell'art. 6 d.d.l. A.C. 2345, inserita dalla "Commissione Lattanzi".

<sup>25</sup> In questi termini M. Di Iesu, *Procedimento davanti al tribunale monocratico*, cit., p. 129, ove si osserva altresì che «la ratio della norma è quella di voler superare la scarsa efficacia deflattiva imposta fino ad oggi dalla regola decisoria dell'udienza preliminare oggetto di accesi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla natura meramente processuale o anche di merito quale probabile colpevolezza dell'imputato». Secondo l'autore, «l'introduzione dell'udienza camerale predibattimentale conduce pericolosamente ad un "vaglio di colpevolezza" dell'imputato prima della celebrazione del processo, con un'anticipazione di giudizio di dubbia costituzionalità» (*ivi*, p. 129).

<sup>26</sup> Originariamente il d.d.l. ministeriale richiamava solo gli artt. 426, 427 e 428 c.p.p.; l'applicabilità anche degli artt. 434-437 in tema di revoca della sentenza di non luogo a procedere si deve alle proposte emendative della "Commissione Lattanzi" (v. art. 6 d.d.l. A.C. 2345, nel testo riformulato dalla Commissione), poi condivise da Governo e Parlamento.

<sup>27</sup> Già lett. a-quater dell'art. 6 d.d.l. A.C. 2345, inserita dalla Commissione.

5. Fin qui l'illustrazione dei principi direttivi della delega in tema di rito monocratico con citazione diretta a giudizio.

Si è osservato che «grandi speranze sono indubbiamente poste nella revisione della disciplina dei procedimenti a citazione diretta» e che la nuova udienza predibattimentale rappresenta non solo la novità di maggior rilievo in materia, ma «una delle più significative dell'intera riforma»<sup>28</sup>, sottolineando altresì che «se l'udienza preliminare si è spesso rivelata un luogo per il passaggio delle carte, altrettanto si confida che non si dirà dell'udienza filtro predibattimentale»<sup>29</sup>.

Invero – come non si era mancato di osservare già in sede di indagine conoscitiva nelle audizioni davanti alla Commissione Giustizia della Camera e nei commenti dottrinali all'originario “d.d.l. Bonafede” –, l'introduzione di questa nuova udienza predibattimentale nei giudizi monocratici privi dell'udienza preliminare suscita non pochi dubbi e perplessità<sup>30</sup>, che non risultano attenuati alla luce degli emendamenti suggeriti dalla “Commissione Lattanzi” e degli ulteriori ritocchi proposti dal Governo e poi recepiti dal Parlamento: tanto più se si considera che tale udienza, come si è già ricordato, dovrebbe svolgersi non soltanto nei procedimenti a citazione diretta previsti dall'attuale normativa, ma anche nei procedimenti monocratici per i quali sarà disposta dal legislatore delegato la soppressione dell'udienza preliminare oggi prevista.

L'innovazione, come pure si è già ricordato, viene presentata nella *Relazione illustrativa della “Commissione Lattanzi”* come utile non solo e non tanto in chiave deflattiva, quanto come una occasione di garanzia per l'imputato, che si vorrebbe sottrarre ad un dibattito inutile.

---

<sup>28</sup> A. Bassi, C. Parodi, *La riforma del sistema penale. L. n. 134/2021: la delega e le norme immediatamente applicabili*, cit., p. 37.

<sup>29</sup> G.L. Gatta, *Riforma della Giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “Legge Cartabia”*, cit., p. 13.

<sup>30</sup> Cfr. il *Dossier n. 267/1 del Servizio Studi-Dipartimento Giustizia della Camera dei Deputati* sul d.d.l. A.C. 2435, *Riforma del processo penale. Indagine conoscitiva: la posizione degli auditi*, [https://documenti.camera.it/apps/commonServices/getDocumento.ashx?idLegislatura=18&sezione=la\\_vori&tipoDoc=dossier&codice=18/ST/PDF/gi0122a](https://documenti.camera.it/apps/commonServices/getDocumento.ashx?idLegislatura=18&sezione=la_vori&tipoDoc=dossier&codice=18/ST/PDF/gi0122a), p. 28 ss., ove sono riportati in sintesi i contenuti delle audizioni di esponenti della Magistratura, dell'Accademia e delle Associazioni professionali. Al di là delle sfumature delle varie posizioni, dall'indagine conoscitiva è emersa la netta contrarietà della quasi totalità degli auditi: solo l'Associazione Nazionale Magistrati valutava positivamente l'istituzionalizzazione della c.d. “udienza filtro” nel giudizio di primo grado, sottolineando peraltro l'indispensabile esigenza di adeguamento degli organici della magistratura.

In senso critico in dottrina cfr. G. Canzio, *Ancora una riforma del processo penale?*, cit., p. 8; A. De Caro, *Le ambigue prospettive di riforma del processo penale contenute nel d.d.l. n. 2435/2020: il declino delle garanzie e il (vano) tentativo di accelerare la durata dei processi*, cit., p. 530; M. Gialuz, J. Della Torre, *Il progetto governativo di riforma del processo penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, cit., p. 182 s.; E.N. La Rocca, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo che ora scorre senza contrappesi*, cit., p. 12; nonché, volendo, N. Triggiani, *La riforma Bonafede della giustizia penale: un anno dall'approvazione della delega per ridare celerità ed efficienza al processo penale (...anche a scapito delle garanzie difensive)*, cit., p. 770.

Ora, premesso che si tratta di una assoluta novità strutturale, sicché non è evidentemente facile fare previsioni in ordine al concreto funzionamento dell'istituto come sarà attuato nei decreti delegati (da emanarsi entro un anno dall'entrata in vigore della l. n. 134 del 2021) e sui suoi riverberi in ordine ai successivi segmenti processuali<sup>31</sup>, appare tuttavia legittimo chiedersi – nell'ambito di un'analisi costi/benefici – se l'innovazione proposta appaia davvero adeguata a realizzare entrambi gli obiettivi individuati dalla “Commissione Lattanzi”.

È vero che una parte della dottrina ha criticato pesantemente la scelta del legislatore del 1998-99 di prevedere due modelli di procedimento monocratico, uno con udienza preliminare e l'altro privo di udienza, ritenendo che questo secondo modello comprometta in modo significativo le garanzie dell'imputato, soprattutto dopo la modifica dell'art. 425 c.p.p., che consente un'ampia possibilità di proscioglimento<sup>32</sup>. Ma l'esperienza maturata in oltre trent'anni di vigenza del codice in ordine all'udienza preliminare, in generale, non può certo dirsi positiva, dal momento che questa udienza non sembra affatto aver risposto alla finalità per la quale era stata introdotta nel codice del 1988, ovvero di filtro contro le imputazioni azzardate, tant'è vero che molti studiosi ne propongono da tempo la soppressione, imputando anche ad essa un inutile allungamento dei tempi del processo e la dispersione di preziose risorse<sup>33</sup>. In caso di dubbio, infatti, i giudici dell'udienza preliminare continuano a prediligere il decreto

---

<sup>31</sup> «Quando in una riforma si inseriscono elementi di assoluta novità il cortocircuito non può essere escluso, mentre le modifiche di istituti consolidati possono tener conto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale maturatasi nel tempo. Quando si introducono novità strutturali si naviga in mare aperto». Così G. Spangher, *L'udienza predibattimentale e il giudizio abbreviato condizionato: dalla Relazione Lattanzi due discutibili novità*, cit., p. 1.

<sup>32</sup> In tal senso, v. G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, XII ed., Giappichelli, Torino 2017, p. 630 ss. Da ultimo, cfr. C. Cesari, *Azione ed inazione*, in Aa.Vv., *Fondamenti di procedura penale*, II ed., Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 453 s. Premesso che «il legislatore ha operato un giudizio di bilanciamento tra assetto delle garanzie e rilevanza penalistica del fatto (misurata sull'entità della sanzione che l'imputato rischia di vedersi applicare), tra le esigenze dell'economia processuale e quelle dell'accertamento», considerando «ragionevole fare a meno del vaglio giurisdizionale sulla fondatezza dell'accusa quando per l'imputato vi siano in gioco un addebito non grave e una pena non particolarmente seria, correlati di solito ad un accertamento di non particolare complessità» in modo da «risparmiare risorse e accelerare i tempi del rito», secondo l'A. si tratta di un'ottica non persuasiva, nella misura in cui lascia «il pubblico ministero di fatto libero di trarre a giudizio l'imputato senza che vi sia una verifica imparziale sulla non superfluità del dibattimento». Ciò comporta il rischio «da un lato di compromettere l'economia processuale svolgendo più dibattimenti di quanti sarebbero effettivamente necessari, dall'altro, di ledere le ragioni della difesa, che perde un'occasione preziosa per evitare la fase del giudizio, facendo valere precocemente i propri argomenti ed elementi a favore».

<sup>33</sup> Cfr., tra gli altri, M. Daniele, *L'abolizione dell'udienza preliminare*, in *Sist. pen.*, 1, 2020, p. 131 ss.; M. Daniele, P. Ferrua, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2019, p. 79.

Sulle criticità evidenziate dall'udienza preliminare in oltre trenta anni di vigenza del c.p.p., v., tra gli altri, F. Cassibba, *Udienza preliminare e controlli sull'enunciato d'accusa a trent'anni dal codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, 3, 2019, p. 1 ss. Nel senso che l'udienza preliminare debba essere rilanciata e rivitalizzata attraverso il rafforzamento degli istituti deflattivi, a partire dai riti alternativi, v., da ultimo, M. Bontempelli, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2021, p. 1149 ss.



che dispone il giudizio rispetto alla sentenza di non luogo a procedere in una percentuale altissima di casi<sup>34</sup>.

In questo contesto, la previsione di una sorta di “udienza preliminare mascherata” o “mini-udienza preliminare”<sup>35</sup> anche nei procedimenti davanti al giudice monocratico a citazione diretta sembra andare in controtendenza rispetto alle esigenze di economia processuale e di efficienza del sistema, tanto più considerando che questa udienza dovrebbe essere tenuta da un giudice del dibattimento, che diventerebbe poi incompatibile a celebrare l’eventuale futuro dibattimento. Anche considerando la nuova regola di giudizio da utilizzare – identica a quella prevista per i reati con udienza preliminare – questa inedita udienza predibattimentale monocratica non sembra rappresentare una effettiva garanzia per la difesa dell’imputato. Il rischio, infatti, è che non rappresenti affatto un “filtro” – secondo gli intendimenti del legislatore –, limitandosi ad essere una mera udienza di smistamento, senza riuscire ad evitare, nella maggior parte dei casi, dibattimenti superflui, e con un inevitabile allungamento dei tempi processuali, anche in processi non particolarmente complessi<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> V. *Relazione finale e proposte emendative al D.D.L. A.C. 2435*, cit., p. 21: «Nonostante i plurimi interventi di modifica, dopo trent’anni i dati statistici sono impietosi e dimostrano che, nei casi in cui l’udienza preliminare si conclude con un rinvio a giudizio (ossia nel 63% dei casi) essa genera un aumento di durata del processo di primo grado di circa 400 gg. Complessivamente l’udienza preliminare filtra poco più del 10% delle imputazioni per i processi per i quali è prevista e non incide peraltro in modo significativo sul tasso dei proscioglimenti in dibattimento».

<sup>35</sup> Così la definiscono M. Gialuz, J. Della Torre, *Il progetto governativo di riforma del processo penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, cit., p. 182 s. Nel senso che si tratti «a tutti gli effetti di un’udienza preliminare (anche se definita ‘predibattimentale’», v., da ultimo, A. Bassi, C. Parodi, *La riforma del sistema penale. L. n. 134/2021: la delega e le norme immediatamente applicabili*, cit., p. 37; analogamente, M. Bianchi, *Riflessioni sparse sulla “riforma Cartabia”*, prendendo spunto da un recente libro di G. Canzio e F. Fieconi, in *www.ildirittovivente.it*, 9 settembre 2021, p. 4, ove si osserva che «non risponde a verità» l’asserzione, contenuta nella *Relazione della Commissione Lattanzi*, che «dell’udienza preliminare sia prevista una “ragionevole limitazione”», poiché “di fatto” essa è stata estesa anche ai procedimenti a citazione diretta, «se è vero che l’udienza predibattimentale in camera di consiglio, che si dovrà tenere davanti ad altro giudice, altro non è, nella sostanza, che una vera e propria udienza preliminare»; nonché E.N. La Rocca, *Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, cit., p. 34, la quale, rilevato che “il filtro” dell’udienza preliminare sarà riservato, in via residuale, alle fattispecie più gravi e abolito, invece, per le altre in fase di individuazione, osserva come «quel filtro scompare per ricomparire, poi, attraverso l’introduzione di un’udienza predibattimentale in camera di consiglio».

<sup>36</sup> In senso fortemente critico sul nuovo istituto, v., da ultimo, E.N. La Rocca, *Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, cit., p. 35: «Il nuovo strumento di filtro produrrà sicuramente un aggravio per la macchina della giustizia, marcatamente in contrasto con i propositi di economia processuale perseguiti dai riformatori. Probabilmente, nella mente del delegante la *cost-benefit analysis* di un simile meccanismo che impiegherebbe il doppio delle risorse umane rispetto a quelle attualmente impiegate – e tuttavia insufficienti –, ha portato a prediligere ogni tentativo utile a fare a meno del dibattimento, anche a costo di introdurre ulteriori “orpelli” di dubbia qualificazione che non fanno pensare affatto, così come predisposti i criteri, a soluzioni celeri ed efficienti». Sulla stessa linea, M. Di Iesu, *Procedimento davanti al tribunale monocratico*, cit., p. 119, per il quale «sotteso a tale udienza ‘filtro’ si pone in realtà il concreto rischio di un appesantimento dello svolgimento dei processi, perché ogni citazione diretta a giudizio si aggrava di un’ulteriore udienza c.d. predibattimentale dagli esiti statistici incerti in ordine alla effettiva valenza deflattiva anche perché, nella

Quanto, poi, alle ragioni che hanno indotto la “Commissione Lattanzi” ad assegnare ad un giudice del dibattimento, anziché ad un giudice per le indagini preliminari, il ruolo di “filtro” – scelta poi fatta propria dal legislatore – si tratta di argomentazioni tutte da dimostrare<sup>37</sup>.

Riguardo all’auspicio di instaurare «un meccanismo virtuoso» attribuendo il vaglio preliminare dell’imputazione agli stessi giudici del tribunale, va rilevato che «la difficile situazione in termini di carichi di lavoro di molti tribunali costringe già oggi i giudici che ne fanno parte ad un continuo dosaggio delle proprie forze», sicché «non ci sarà da stupirsi se essi, in qualità di giudici predibattimentali, dedicheranno meno energie ed attenzioni ad un’attività processuale che potrà essere più efficacemente svolta dai giudici del dibattimento in un momento successivo»<sup>38</sup>.

Quanto alla scarsa rilevanza delle conseguenze sul piano organizzativo della soluzione adottata – sul rilievo che anche nei tribunali di più modeste dimensioni è sempre assicurata la presenza di almeno tre magistrati addetti al dibattimento, sicché all’incompatibilità del giudice della udienza-filtro potrà agevolmente ovviarsi mediante l’adozione di criteri tabellari che stabiliscano regole predeterminate di riassegnazione dei procedimenti – si può agevolmente replicare come il rischio di notevoli problemi organizzativi nei tribunali di piccole dimensioni appaia, invece, assolutamente concreto

---

valutazione della superfluità del processo, è lasciato al giudicante ampio spazio interpretativo rispetto al concetto di ‘ragionevole previsione di condanna», regola di giudizio a cui il legislatore «ha voluto uniformare anche gli articoli 125 disp. att. c.p.p. (archiviazione) e 425, comma 3, c.p.p. (sentenza di non luogo a procedere) sostituendo l’idoneità a sostenere l’accusa in giudizio degli elementi acquisiti».

In senso critico v. anche il *Parere della 5ª Commissione-Diritto e procedura penale dell’Associazione nazionale magistrati-Analisi del disegno di legge A.C. 2435 ed emendamenti presentati dal Governo il 14 luglio 2021*, in [www.lamagistratura.it](http://www.lamagistratura.it), 6 ottobre 2021: «L’udienza filtro monocratica, così come delineata, seppur rispondente a ragioni astrattamente valide, verosimilmente comporterà aggravii processuali senza alcun tipo di beneficio. I pur validi presupposti dell’azione riformatrice, difatti, rischiano di apparire disancorati dalla realtà concreta dei giudizi monocratici».

Sulla opportunità dell’“udienza filtro” – a condizione, peraltro, che sia davvero tale e pur evidenziando numerosi profili di criticità – si è, invece, espresso il Consiglio Superiore della Magistratura dopo le modifiche proposte dalla “Commissione Lattanzi” e dal Governo (v. *Parere del C.S.M. - Sesta Commissione - Seduta del 29 luglio 2021*, in <https://www.csm.it/documents/21768/92150/parere+riforma+processo+penale+II+parte+%28delibera+29+luglio+2021%29/146a78c4-11a2-2632-ec7-9cd6b0673516>, p. 62 ss.): «i dati statistici attestano che la percentuale di assoluzioni all’esito del giudizio dibattimentale è elevatissima (oltre il 50%), sicché la previsione di una fase processuale, successiva all’esercizio dell’azione penale, volta a selezionare con rigore i processi meritevoli del passaggio al dibattimento appare molto opportuna»; ciò a condizione che «il giudice valorizzi il potere valutativo di merito che gli è stato attribuito, senza adagiarsi sul carattere prognostico e non diagnostico del giudizio che dovrà formulare».

<sup>37</sup> Cfr. G. Spangher, *L’udienza predibattimentale e il giudizio abbreviato condizionato: dalla Relazione Lattanzi due discutibili novità*, cit., p. 1: «Sono sicuramente tutte da verificare le argomentazioni per le quali la valutazione di questo giudice si lascerebbe apprezzare rispetto al giudice dell’udienza preliminare, sotto i vari profili – indicati nella Relazione – peraltro a doppio taglio: maggiore idoneità valutativa, adeguato numero di giudici dibattimentali, maggiore disponibilità all’impegno motivazionale».

<sup>38</sup> Così M. Daniele, P. Ferrua, *Prefazione. Tre aspetti controversi della riforma “Cartabia”*, in A. Conz, L. Levita (a cura di), *La riforma Cartabia della giustizia penale*, cit., p. XVIII ss.

(come denunciato tra l'altro, a più riprese, in sede di indagine conoscitiva sul d.d.l. A.C. 2435, soprattutto da esponenti della magistratura)<sup>39</sup>: non va dimenticato, infatti, che la geografia giudiziaria italiana evidenzia che la maggior parte dei tribunali è di dimensione medio-piccola e che il regime di incompatibilità *ex art. 34 c.p.p.* che si verrebbe a creare potrebbe rappresentare una seria difficoltà, causando sicuramente una dilatazione dei tempi processuali. La nuova incombenza assegnata al giudice del dibattimento è, infatti, prevista ad organico invariato, sia pure con il supporto del nuovo "ufficio del processo", la cui reale efficacia operativa, è, peraltro, ancora una volta, tutta da misurare<sup>40</sup>.

Sempre sotto il profilo organizzativo, merita di essere segnalato come, benché la nuova udienza predibattimentale sarà camerale, risulterà comunque necessaria la disponibilità di nuove aule<sup>41</sup>; e anche questo aspetto rischia di creare qualche ulteriore difficoltà, stante la cronica carenza di spazi in molti uffici giudiziari.

Un ulteriore profilo di criticità è rappresentato dalla possibile impugnazione – da parte del pubblico ministero che ha esercitato l'azione penale e chiesto il dibattimento – della sentenza di non luogo a procedere emessa all'esito dell'udienza predibattimentale. A fronte di una decisione negativa rispetto alla prospettazione dell'accusa, ribadita in sede di discussione, è molto probabile che la procura della repubblica o la procura generale propongano ricorso per cassazione: in caso di accoglimento, il procedimento sarà rinviato ad un nuovo (terzo) giudice dibattimentale, il che potrebbe davvero rappresentare un grosso problema nei piccoli tribunali<sup>42</sup>.

Insomma, pur prendendo atto che il giudice di questa udienza predibattimentale monocratica dovrebbe utilizzare lo stesso nuovo criterio di giudizio dell'udienza preliminare, davvero non si riesce a comprendere quali reali vantaggi potrebbe determinare, nell'economia complessiva del sistema, il nuovo segmento processuale: l'istituto si configura come un meccanismo farraginoso e, verosimilmente, del tutto inidoneo a conseguire gli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo penale, nel rispetto delle garanzie difensive, alla base della specifica innovazione e, più in generale, del complessivo disegno riformatore<sup>43</sup>. Senza dire, poi, del rischio che un epilogo dell'udienza predibattimentale negativo per l'imputato possa

---

<sup>39</sup> Cfr. i contenuti delle audizioni di G. Canzio, M. Cassano, P. Morosini, N. Russo, M. Zaniboni, in *Dossier n. 267/1 del Servizio Studi-Dipartimento Giustizia della Camera dei Deputati* sul d.d.l. A.C. 2435, *Riforma del processo penale. Indagine conoscitiva: la posizione degli auditi*, cit., p. 28 s.

<sup>40</sup> In questi termini, M. Daniele, P. Ferrua, *Prefazione. Tre aspetti controversi della "riforma Cartabia"*, cit., p. XVIII.

<sup>41</sup> Il rilievo è di G. Spangher, *Riforma processo penale: l'udienza predibattimentale del rito monocratico*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 6 settembre 2021.

<sup>42</sup> In questi termini, ancora, *Ibidem*.

<sup>43</sup> Premesso che «le modalità di celebrazione di tale udienza appaiono speculari all'udienza preliminare innanzi al G.U.P.», «probabilmente sarebbe stato più semplice, anche a fini organizzativi, prevedere l'udienza preliminare per tutti i reati»: così M. Rossetti, E. Sirotti Gaudenzi, *La Riforma del processo penale. In G.U. n. 237 del 4/10/2021*, cit., p. 47.

seriamente condizionare il successivo giudizio da parte del “collega della porta accanto” del magistrato che ha tenuto l’udienza<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> G. Spangher, *Riforma processo penale: l’udienza predibattimentale del rito monocratico*, cit.

## PROPOSTE DI LETTURA



Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi, Valeria Filì, Francesco Seghezzi (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, in ADAPT Labour Studies e-Book Series (nn. 89, 90, 91, 92, 93), ADAPT University Press, Modena, 2020.

Vol. I. V. Filì (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, pp. 351, ISBN 978-88-31940-40-5

Vol. II. D. Garofalo (a cura di), *Covid-19 e sostegno alle imprese e alle pubbliche amministrazioni*, pp. 393, ISBN 978-88-31940-41-2

Vol. III. D. Garofalo (a cura di), *Covid-19 e sostegno al reddito*, pp. 380, ISBN 978-88-31940-42-9

Vol. IV. M. Tiraboschi, F. Seghezzi (a cura di), *Scuola, università e formazione a distanza*, pp. 132, ISBN 978-88-31940-43-6

Vol. V. M. Tiraboschi, F. Seghezzi (a cura di), *Le sfide per le relazioni industriali*, pp. 244, ISBN 978-88-31940-44-3

La pandemia di Covid-19 dovuta alla diffusione globale del virus SARS-CoV-2 ha avuto conseguenze disastrose non solo sul piano sanitario, ma anche – e, per certi versi, soprattutto – su quello socioeconomico. A partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza all’inizio del 2020, si è delineata una crisi che dipanerà i suoi effetti negli anni a venire, specialmente a causa del peggioramento delle condizioni di vita di ampie fasce della popolazione e all’inasprimento del divario con chi «non è stato toccato dalla catastrofe economica, anzi ne ha approfittato per rinsaldare rendite di posizione». Sin dall’emanazione dei primi provvedimenti, è risultata evidente la «cedevolezza» di alcuni diritti fondamentali rispetto alla salute pubblica e, a fronte delle scelte operate dall’Esecutivo, la dottrina si è espressa a più riprese – a volte compatta, altre volte in costruttivo dissenso – per evidenziare i profili di miglioramento possibili, al fine di fronteggiare quella che può senz’altro essere definita una «nuova questione sociale».

Tra i lavori collettanei più completi, per il taglio interdisciplinare e per l’ampiezza della prospettiva adottata, spicca lo studio condotto da quattro gruppi di ricerca (Bergamo, Modena, Taranto e Udine) guidati dai Curatori Chiar.mi Proff. Domenico Garofalo, Michele Tiraboschi, Francesco Seghezzi e Valeria Filì, pubblicato in *open access* nella Collana “ADAPT Labour Studies e-Book Series”. L’opera si suddivide in cinque tomi, a dimostrazione dell’impostazione interdisciplinare e trasversale adottata dai Curatori, che si riflette sulla scelta delle tematiche di ciascun volume. Tutti i contributi, al contempo, possono considerarsi autosufficienti in relazione al loro argomento, per quanto l’interconnessione tra i saggi ne renda ancor più interessante la lettura combinata.

\*\*\*

Il primo tomo (“Covid-19 e rapporto di lavoro”), curato dalla Chiar.ma Prof.ssa Valeria Filì, ordinaria di Diritto del lavoro dell’Università degli Studi di Udine, apre i lavori con due sezioni dedicate l’una al bilanciamento tra diritto alla salute ed altri

diritti di rilievo costituzionale, l'altra alle peculiarità del lavoro agile "emergenziale". Si tratta dei due capisaldi dell'intero apparato normativo pandemico, in quanto la («alluvionale») produzione provvedimentale dello scorso anno ha riaperto i riflettori sul tema-chiave della sostenibilità del lavoro, soprattutto di fronte al contrasto tra solidarietà ed interessi economici. L'approccio dei contributi parte da una riflessione costituzionalmente orientata sul presente ma è proiettato verso il futuro, seguendo il pressante interrogativo di cosa resterà, dopo la pandemia, del sistema di *welfare* come lo conoscevamo, con la consapevolezza che il mero assistenzialismo non potrà produrre effetti positivi nel lungo periodo ma, anzi, rappresenta attualmente soltanto un placebo. La parola chiave della raccolta è "bilanciamento": tra diritti fondamentali e tutela della salute, tra salvaguardia dei lavoratori e garanzia dei servizi essenziali, tra esigenze di cura, di vita e di lavoro. Tematiche non nuove agli studiosi del diritto del lavoro, ma che riemergono con rafforzato vigore in tempi di crisi.

Il secondo e il terzo volume ("Covid-19 e sostegno alle imprese e alle pubbliche amministrazioni"; "Covid-19 e sostegno al reddito"), curati dal Chiar.mo Prof. Domenico Garofalo, ordinario di Diritto del lavoro dell'Università degli Studi di Bari, affrontano le tematiche più concrete della normativa emergenziale, analizzando in modo puntuale tutte le misure di sostegno introdotte per arginare la crisi pandemica. La suddivisione degli argomenti tra i singoli contributi ne consente un utilizzo agevole anche sul piano operativo, restituendo di fatto un vademecum teorico-pratico dei singoli provvedimenti. Nelle cinque sezioni tematiche, gli Autori delineano in modo chiaro ed esaustivo l'evoluzione degli interventi di sostegno a famiglie e imprese, nonché la loro interrelazione con le misure strutturali, evidenziando come il sistema economico contemporaneo abbia sin troppo spesso ruotato attorno al concetto di "produttività" senza costruire una struttura sostenibile anche per tutte quelle situazioni nelle quali, generalmente, le prestazioni sono considerate esterne rispetto al mondo del lavoro ma ne consentono per certi versi la sopravvivenza – basti pensare al contributo delle famiglie in termini di *care giving*, che alleggerisce il carico pubblico a scapito della vita professionale dei singoli, o delle attività di volontariato, che hanno sorretto gran parte del peso dell'assistenza domiciliare durante il *lockdown*. D'altro canto, l'intervento pubblico ha sempre fatto leva sul prelievo fiscale nei confronti dei contribuenti "certi", sui quali aleggia il rischio di dover far fronte, una volta tornati ad una situazione stabile dal punto di vista del rischio sanitario, ad un aumento insostenibile del debito pubblico. È con questa chiave di lettura che si può inquadrare la riflessione che chiude il lavoro di ricerca: «formazione e incentivi all'assunzione sono gli unici strumenti in grado di fronteggiare le continue trasformazioni del sistema produttivo».

La quarta e la quinta raccolta ("Scuola, università e formazione a distanza"; "Le sfide per le relazioni industriali"), curate dai Chiar.mi Proff. Michele Tiraboschi, ordinario di Diritto del lavoro dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, e Francesco Seghezzi, Presidente della Fondazione ADAPT, affrontano in quest'ottica



le interconnessioni del mondo del lavoro, tra formazione e relazioni industriali. Difatti, è proprio sulla frontiera delle transizioni occupazionali che si dovranno discutere gli interventi più incisivi, fronteggiando una trasformazione del mondo del lavoro senza precedenti che ha mostrato come il “lavoro agile” sia una modalità di svolgimento della prestazione lavorativa effettivamente praticabile ed ha visto un’inversione di tendenza tra didattica a distanza ed insegnamento tradizionale. Nel corso della trattazione, si mettono in luce le potenzialità dei nuovi strumenti di insegnamento, senza trascurare le criticità emerse in una trasformazione così repentina, che dovranno essere necessariamente affrontate se si vorranno coltivare le potenzialità dell’apporto tecnologico al mondo dell’istruzione. Infine, la ricerca evidenzia – dedicando un intero volume, a riprova della sua importanza – il ruolo del sistema delle relazioni industriali sia durante la pandemia che nella fase della ripresa. La moltitudine di protocolli aziendali anti-contagio ha dimostrato la «vitalità degli attori del sistema di relazioni industriali», ma la diversità di vedute su altri temi cruciali – quali, ad esempio, le categorie di attività da sospendere – conferma che «l’unilateralità dei criteri decisionali genera eterogenesi dei fini»: è proprio grazie alla valorizzazione del collegamento tra attori sindacali, datori di lavoro, rappresentanze locali e *authorities* che si possono comprendere e governare i cambiamenti in corso onde evitare che la contrapposizione degli interessi vada a detrimento delle fasce più svantaggiate.

\*\*\*

Quarantasei Autori di varie estrazioni professionali (membri dell’Accademia di settori disciplinari diversi, esponenti della Magistratura e dell’Avvocatura, esperti di politiche del lavoro) e settanta contributi evidenziano la cura con cui sono stati affrontati gli argomenti, denotando un approccio olistico all’impatto della pandemia sul tessuto socioeconomico del Paese. In tal modo, l’opera non è soltanto utile ad interpretare l’alluvionale produzione normativa emergenziale, ma può rappresentare un punto di partenza per ricostruire gli effetti del primo anno di pandemia sul mondo del lavoro.

Il livello di aggiornamento – a partire dalla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 con la quale fu dichiarato lo stato di emergenza sino all’emanazione della legge di bilancio per l’anno 2021 – conferisce ai saggi un taglio quasi enciclopedico, spaziando dall’analisi teoretica ai profili più pratici sia dal punto di vista procedurale sia da quello sostanziale, con una notevole attenzione alla ricostruzione bibliografica.

Infine, un particolare pregio dell’opera consiste nella sua diffusione in formato digitale con licenza *open access*: gli stessi Curatori, nell’introduzione, esplicitano la finalità di raggiungere in modo diretto una platea quanto più ampia possibile di destinatari per contribuire a «riorientare il diritto del lavoro del futuro prossimo [...] onde fornire le coordinate valoriali e normative indispensabili per affrontare la nuova questione sociale in cui siamo già totalmente immersi».

Alessio Caracciolo



L. Pulito, *La rinnovazione istruttoria 'europea'. Overturning in appello e giusto processo*, Bari, Cacucci ed., pp. 170, ISBN 978-88-66-11932-6.

È edito nella Collana “Giustizia penale della post-modernità” (diretta dai proff. A. Scalfati, T. Bene, A. De Caro, G. Di Chiara, G. Garuti, S. Lorusso, M. Menna, N. Triggiani e D. Vigoni) il primo lavoro monografico di Lorenzo Pulito, intitolato *La rinnovazione istruttoria 'europea'. Overturning in appello e giusto processo*, che esamina l'iter che ha condotto alla l. n. 103 del 2017, con cui è stato inserito il comma 3-bis nel testo dell'art. 603 c.p.p., approfondendone i contenuti alla luce della pertinente giurisprudenza.

L'opera mira a comprendere l'esatta portata della riforma e a metterne in luce le criticità, nell'ottica di delineare delle prospettive evolutive del giudizio d'appello, con particolare riferimento al delicato rapporto tra *overturning the acquittal* e giusto processo.

La possibilità di condannare nel giudizio di appello, sulla base della mera rilettura degli atti, colui che all'esito del giudizio di primo grado è stato assolto dal giudice che ha avuto un contatto diretto con le fonti di prova, rappresenta effettivamente una delle più vistose incongruenze di tale impugnazione, con la quale il nostro ordinamento è tornato a confrontarsi per effetto di plurimi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo, che hanno espresso il principio per cui il giudice che decide sulla responsabilità dell'imputato, sia anche un giudice di secondo grado, non può condannare senza avere avuto un contatto immediato con i testi.

Di conseguenza, l'istituto della rinnovazione ha acquisito una rinnovata vitalità – come dimostrato dal rapido susseguirsi di tre interventi della Suprema Corte a Sezioni Unite e dell'intervento legislativo anzidetto –, ancora più significativa perché in grado di proiettare nuova “luce” sul principio di immediatezza, avvolto dall'ombra nera generata da quei pronunciamenti che hanno ridisegnato le linee guida della rinnovazione del “dibattimento” in caso di mutamento della persona fisica del giudice durante lo svolgimento del processo.

Nel primo capitolo vengono affrontate le problematiche che l'*overturning* comporta, la loro incidenza sulla equità del processo e sui diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, e vengono scandagliati i principi incisi dal tema (in particolare, principio di immediatezza; presunzione di innocenza; *bard rule*).

Il sistema ammette che la decisione assunta al termine di un dibattimento improntato fondamentalmente ai canoni del “giusto processo”, in cui le prove sono state formate nel rispetto dei principi del contraddittorio e della oralità-immediatezza, possa essere ribaltata da un successivo giudizio, essenzialmente “cartolare”, ma tale opzione sembra incrinare la coerenza complessiva perché non è in grado di garantire che la sentenza del giudice di appello, in caso di riforma, sia migliore di quella del giudice di primo grado.

Ciò specialmente proprio se si considera che la decisione che conclude il processo di primo grado scaturisce dalla ricostruzione dei fatti effettuata nel contraddittorio delle parti, adoperando quello che è euristicamente individuato quale miglior metodo di conoscenza e massimo strumento possibile di tutela dei diritti fondamentali dell'imputato.

Eppure, si sottolinea, l'esigenza di un secondo grado di merito è sempre rimasta immutata: il diffuso sentimento che lo identifica in un istituto di garanzia lo ha di fatto reso insopprimibile, nonostante non sia costituzionalmente o convenzionalmente imposto.

Il mutato contesto impone di domandarsi e di verificare se la sua tradizionale configurazione in termini di *revisio prioris instantiae* possa evolversi in quella di nuovo giudizio di accertamento, sostitutivo di quello di prima istanza, e dividerne lo stesso statuto epistemologico.

Qui la riflessione si fa più complicata in quanto il problema dell'*overturning in peius* incrocia quello, più generale, delle scelte relative alla configurazione del sistema dei controlli operate dall'ordinamento nonché dei principi sovraordinati, che sul tema sono scarsi ed eterogenei.

Non mancano i riferimenti agli ordinamenti il cui processo penale è strutturato in senso marcatamente accusatorio, nei quali la giuria decide una volta sola e il suo verdetto, avendo carattere orale, è intangibile. Viene evidenziato come i modelli processuali che si rifanno alla ideologia accusatoria escludano l'appello del pubblico ministero, come avviene sia per quello inglese, ove è impedito l'appello al *prosecutor* del verdetto assolutorio e di quello di condanna finalizzato all'aggravamento della pena, sia per quello statunitense, in cui è precluso all'accusa il gravame contro la decisione di *acquittal*.

Quanto alle fonti, la mancanza di esplicita copertura costituzionale del doppio grado di giurisdizione, intendendosi quel modello di disciplina giuridica che consente che il rapporto giuridico dedotto nel processo sia esaminato nel merito ad opera di due giudici diversi, unitamente alla difficoltà, sul versante delle fonti internazionali, di desumere univocamente il diritto ad un riesame della condanna in chiave di merito, spiega perché la ricerca di una equilibrata soluzione al problema dell'*overturning* si sia spostata per lungo tempo sul piano della pregnanza del "controllo" del giudice di appello, assegnando a quest'ultimo l'incombenza di un particolare obbligo motivazionale, che si esprime con la locuzione "motivazione rafforzata".

Ma, secondo il pensiero dell'Autore, appare realisticamente difficile ammettere che il solo ricorso per cassazione possa rimediare alla stortura rappresentata dalla condanna per la prima volta in appello, risoltasi in una disamina formale *ex actis* e dove la rinnovazione sia rimasta a livello di vuoto enunciato astratto, e si finisce per confondere due piani differenti, in quanto la motivazione attiene alla *argomentazione* del convincimento giudiziale, mentre le regole probatorie e di giudizio alla sua *formazione*.

Inoltre, la pratica della “motivazione rafforzata” – pur valorizzando il principio della condanna “oltre ogni ragionevole dubbio” con l’obiettivo di delimitare la possibilità dell’*overturning in peius* in appello – lascia inalterata la struttura geometrica del metodo con il quale si perviene alla pronuncia di colpevolezza in secondo grado, che resta in linea di massima quello della sola lettura degli atti raccolti in primo grado.

Il secondo capitolo ricostruisce le coordinate storiche dell’istituto della rinnovazione, mettendo in luce come le stesse ne abbiano influenzato la lettura, distorcendola non poco.

Diversamente, rispetto all’omologo del 1930, il legislatore del 1988 ha attribuito maggiore rilevanza all’istituto, soprattutto in tema di sopravvenienza di prove.

Ciò nonostante, l’istituto dell’istruzione dibattimentale in appello ha continuato ad essere interpretato come strumento eccezionale e residuale.

Ma siffatta lettura sembra ascrivibile non tanto alla disciplina enunciata nel codice, quanto alla resistenza culturale ad intendere il giudizio di appello come nuovo giudizio di cognizione.

Come già detto, l’eccezionalità dell’attività istruttoria in appello, che fino a ieri sembrava consolidata, ha ricevuto in tempi recenti profonde sollecitazioni.

Se ne inferisce la necessità di guardare all’istituto secondo coordinate più attuali, abbandonando l’asse del sistema di orientamento inquisitorio: così facendo, la disomogeneità dei modelli istruttori del primo grado e dell’appello tende a divenire più sfumata.

Se ne conclude che la disciplina della rinnovazione dell’istruzione dibattimentale di cui all’art. 603 c.p.p. ha confini certamente equivoci e contraddittori, ma la sua intelaiatura non sembra di ostacolo all’esercizio del contraddittorio per la prova in appello: la norma fornisce spazi per l’assunzione della prova in contraddittorio in appello ben più ampi di quanto possa far riflettere l’impostazione culturale orientata al passato inquisitorio, che ne condiziona l’interpretazione in chiave restrittiva.

Il capitolo terzo è dedicato all’esame della giurisprudenza europea che, in sintesi, viene coloritamente accostata ad uno “strappo” «nel “cielo di carta” rappresentato dallo stantio appello cartolare», che «da Oreste, ha trasformato il gravame in un dubbioso Amleto».

Posti di fronte al problema del ribaltamento di una sentenza di assoluzione, i giudici europei hanno individuato un requisito indefettibile del processo equo nella rinnovazione del contatto diretto tra il giudice dell’impugnazione e la prova: la novità è costituita dal fatto che il diritto al confronto, pur esercitato regolarmente nelle fasi precedenti, torna a essere indispensabile nel giudizio di impugnazione quando il giudice, chiamato a pronunciarsi sul fatto, ribalta l’assoluzione rivalutando le prove dichiarative.

La ricostruzione del quadro giurisprudenziale è articolata: si passano in rassegna i casi che hanno preceduto e seguito la nota decisione *Dan c. Moldavia*, soffermandosi su alcuni concetti (come quello di *main evidence*) e sulla loro portata.

Si constata la mancanza di un coagulo perfetto della giurisprudenza di Strasburgo e si auspica che le sporadiche decisioni che hanno escluso la necessità della rinnovazione probatoria in appello, ritenendo sufficiente, per integrare la soglia della garanzia convenzionale, anche solo una motivazione particolarmente approfondita o garanzie compensative, siano ritenute inidonee ad invalidare le ragioni, note e condivise, che consigliano una ristrutturazione del giudizio di appello onde renderlo più coerente con il processo accusatorio.

Preso atto di come, sulla scia della giurisprudenza europea, la soluzione per riequilibrare il sistema, nel caso di ribaltamento del verdetto assolutorio, appaia quella di estendere il metodo di giudizio del primo grado anche a quello successivo, nel capitolo quarto si verifica il percorso interpretativo portato avanti dalla giurisprudenza interna in senso (non sempre) conformativo ai principi espressi dalla Corte di Strasburgo e, infine, il suo “recepimento” da parte del legislatore.

Dopo le prime riletture, per lo più volte a contenere la portata delle decisioni europee, la sintesi nomofilattica è avvenuta ad opera delle Sezioni Unite *Dasgupta*, a partire dalla quale i Supremi giudici hanno individuato la legittimazione a ribaltare un esito assolutorio sulla base di un diverso apprezzamento delle fonti dichiarative assunte in contraddittorio solo a patto di ripercorrere le medesime cadenze di acquisizione in forma orale delle prove; infatti, “l’apporto informativo che deriva dalla diretta percezione della prova orale è condizione essenziale della correttezza e completezza del ragionamento sull’apprezzamento degli elementi di prova”, in quanto “oralità”, “contraddittorio”, “immediatezza” si saldano nella motivazione.

Si sottolineano i tratti di originalità dell’elaborazione giurisprudenziale interna rispetto alla lettura dei giudici europei, poiché il fuoco si è spostato sul canone dell’oltre ogni ragionevole dubbio, quale derivato del principio costituzionale della presunzione d’innocenza e fondamentale “soglia sopra la quale il giudice può condannare, e sotto la quale deve prosciogliere”, mentre al metodo orale è stata assegnata una funzione servente nei riguardi della corretta decisione, la quale si misura proprio con l’orizzonte del dubbio ragionevole.

La sentenza *Dasgupta* è la prima della trilogia di pronunciamenti a Sezioni Unite, seguita dalla sentenza *Patalano*, per la quale l’impiego del metodo epistologicamente più appagante, quello orale ed immediato, non ammette eccezioni ovunque si prospetti la possibilità di un ribaltamento *in peius* e, quindi, anche laddove il primo grado sia stato celebrato nelle forme del giudizio abbreviato. Per tale arresto, la sentenza che riforma l’assoluzione necessita di una “forza persuasiva superiore” idonea a cancellare ogni dubbio ragionevole e raggiungere il livello di “certezza della colpevolezza”, qualificazione che può discendere soltanto dall’adozione del metodo orale dell’accertamento: l’ossequiosa osservanza della simmetria dei metodi probatori

tra primo e secondo grado, lascerebbe intatto il dubbio ragionevole “determinato dall’avvenuta adozione di decisioni contrastanti”.

L’Autore condivide molte delle perplessità espresse dalla dottrina su tale posizione giurisprudenziale, legate alla vanificazione dell’originaria scelta difensiva sul metodo probatorio, che è lecito presupporre abbia tenuto in conto, tra le altre cose, il rischio di condanna in appello su base cartolare; alla sovrapposizione, rispetto al diritto potestativo dell’imputato all’accesso al rito, di quello del pubblico ministero che, già soccombente nonostante la presunzione di completezza delle indagini preliminari da lui stesso svolte, viene a invalidare – attraverso la propria impugnazione – l’opzione strategica del primo.

Per Pulito il giudizio abbreviato stesso diventa bifronte come Giano, dio della porta: la sua sezione geometrica risulta ribaltata e la sua base cognitiva capovolta. Inoltre, non si comprende perché il tema della variazione della base cognitiva si ponga solo per il giudizio abbreviato, mentre in quello ordinario si continui a mantenere la simmetria del metodo oltre che, in sostanza, la medesima base cognitiva.

Aggiungasi che si è ritenuto che tale metodo cognitivo, a differenza di quanto sostenuto dalle sezioni semplici, protese a trattare in maniera simmetrica tanto la questione della colpevolezza quanto quella della innocenza, non si estenderebbe, secondo i principi elaborati dalle Sezioni Unite *Troise* (che chiude la trilogia), al caso di *overturning in melius*, in quanto l’ordinamento costituzionale, al cui centro si colloca il fondamentale principio della presunzione di innocenza, ha delineato “il processo penale come strumento di accertamento della colpevolezza e non dell’innocenza”.

Riprendendo un’opera calviniana, l’Autore accosta l’appello, come innanzi delineato, alla città di Despina, che può essere raggiunta in due modi (“da chi viene da terra e da chi viene da mare”), per rappresentare plasticamente il tema dei due modi differenti di percepirlo.

L’opera approfondisce anche l’arresto delle Sezioni Unite *Pavan*, che hanno esteso l’obbligo di rinnovazione in appello, in caso di ribaltamento della decisione assolutoria di prime cure, anche all’escussione del perito o consulente tecnico, per ricordare che se, come argomentato in tale precedente, il legislatore ha introdotto il comma 3-*bis* nell’art. 603 c.p.p. al fine di assicurare continuità all’esegesi della giurisprudenza sovranazionale e interna, allora tale rilievo finisce per confermare la necessità dell’assunzione diretta della prova da parte del medesimo decidente che dovrà vagliarla nell’ottica del ribaltamento della decisione assolutoria.

Il metodo cognitivo, pertanto, è l’anello di congiunzione tra la giurisprudenza europea, quella interna e l’intervento riformatore del legislatore.

La constatazione conclusiva è però piuttosto amara: la “trilogia” delle Sezioni Unite sembra abbia sollevato più problemi di quelli risolti.

Vengono quindi approfonditi (nel quinto capitolo) i contenuti della riforma, giudicata poco audace, mettendone in luce molteplici criticità.

Prevista dal legislatore come obbligatoria e officiosa, la norma sulla rinnovazione *ex art. 603-bis c.p.p.* non ha preso posizione su diversi punti, a partire dalla mancanza di alcun richiami ai caratteri che deve presentare la prova da assumersi in appello e alla sua decisività, alla obbligatorietà della rinnovazione nei casi in cui la sentenza impugnata consegua ad un giudizio abbreviato, alle eventuali deroghe alla rinnovazione e preclusioni all'*overturning* e, infine, alle conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo di rinnovazione.

Tutti "contenuti" che vengono pazientemente ricostruiti per via interpretativa dall'Autore.

Il quale rileva come, invece, le scelte normative su cui il legislatore ha preso posizione non siano scevre da rilevanti dubbi, che potrebbero essere dissipati soltanto a seguito di una complessiva ed organica rimediazione del giudizio di appello.

È il caso dell'opzione per l'*overturning in peius*: l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è limitato alla sola eventualità di condanna in appello del prosciolti in primo grado.

La norma (oggi) e la giurisprudenza (già ieri) non riconoscono alcuna rinnovazione a rime obbligate in caso di impugnazione di una condanna.

La soluzione non è stata scontata poiché, almeno in teoria, l'esigenza di tutela del principio di immediatezza potrebbe porsi in ogni caso di *overturning*, sia 'contro' che 'a favore' dell'imputato.

In effetti, allorché il giudice di appello, riletta i verbali dibattimentali, assegni ad una prova dichiarativa un risultato probatorio diverso da quello ritenuto dal giudice di primo grado, si realizza una situazione che potrebbe condurre tanto ad una condanna del prosciolti, quanto ad un proscioglimento del condannato.

Una scelta teoricamente in linea con il principio di *favor rei*, che attribuisce ad oralità, immediatezza e contraddittorio valore fondante del giudizio di colpevolezza e che lascia nutrire il ragionevole dubbio di cui all'art. 533 c.p.p., idoneo a tramutare una condanna in proscioglimento, della semplice lettura di un verbale.

Tuttavia, resta difficile comprendere perché non possa considerarsi indefettibile la diretta percezione della prova orale, condizione essenziale della completezza e correttezza del ragionamento sull'apprezzamento dei mezzi di prova, allorquando sia appellata dall'imputato una sentenza di condanna, contestandosi l'attendibilità della prova orale e la sua valutazione da parte del primo giudice.

In effetti, in questo caso, il riconoscimento del diritto alla riescussione della prova testimoniale al solo pubblico ministero impugnante e la correlata limitazione per l'imputato condannato induce a rilevare una certa dissimmetria che non appare giustificabile dall'indimostrabile assunto per cui il proscioglimento di primo grado sia un precedente più solido rispetto all'esito opposto, non godendo quest'ultimo di una affidabilità maggiore che ne inibisca la sindacabilità in fase di controllo.



All'imputato assolto in primo grado è assicurato un equo processo di appello, laddove quello condannato, pur criticando la sentenza per motivi attinenti alla valutazione della prova, deve appagarsi di un appello qualitativamente differente.

Ampia riflessione viene dedicata all'aspetto relativo alle modalità di "innesto" della rinnovazione nonché al tema riguardante l'ampiezza della rinnovazione ammissibile.

Da un lato, il novellato art. 581 c.p.p., alla cui applicazione non si sottrae l'appello del pubblico ministero, dovrebbe riuscire nell'intento di imporre rigore tanto nell'indicazione dei capi e dei punti della sentenza impugnata, quanto, e soprattutto, nella critica delle risultanze probatorie di prime cure (art. 581 c. 1 lett. b) c.p.p.), rispetto alla quale si portano al secondo giudice le "richieste, anche istruttorie" (lett. c).

Dall'altro, si sostiene che l'attinenza dei motivi "alla valutazione della prova dichiarativa", formula ampia ed estensiva, non vada circoscritta ai casi in cui la possibilità di *overturning* sia legata a un differente giudizio di credibilità della fonte o all'attendibilità delle sue dichiarazioni, ma possa anche riguardare il loro diverso apprezzamento derivante dalla rivalutazione del restante materiale probatorio acquisito.

Si promuove un concetto di "prova decisiva", estraneo alla lettera della legge, ma conosciuto dall'elaborazione giurisprudenziale, secondo cui dovrebbe essere tale quella che, sottoposta ad una nuova interpretazione, confluisca nel discorso giustificativo a supporto della condanna.

Il tempo dei rilievi e delle prospettive giunge al sesto e ultimo capitolo, in cui una prima riflessione attiene alla riconsiderazione della funzione di garanzia per il prosciolto che, *prima facie*, la rinnovazione *de qua* sembra assolvere.

Viene messo in luce come essa sia la condizione da soddisfare per il ribaltamento del proscioglimento, in vista del quale il pubblico ministero la richiede ed ha diritto ad ottenerla, laddove l'interesse dell'imputato non è tanto quello di rinnovare la prova dichiarativa, che già si è visto valutare favorevolmente, ma semmai quello di tener ferma tale considerazione.

Come l'iniziativa probatoria imposta al giudice perde il suo ancoraggio alla funzione di accertamento e verifica della ricostruzione sostenuta dal pubblico ministero, che invece ispira tutte le altre ipotesi di rinnovazione, finendo per limitare il grado di indipendenza e imparzialità del giudicante, perché la giurisdizione viene a dipendere dalle scelte dell'accusa e chi giudica rinuncia alla propria autonomia cognitiva.

Come la circolarità tra appello del pubblico ministero e rinnovazione della istruttoria dibattimentale istituita dal legislatore pregiudichi anche la terzietà del giudice: non solo le censure dell'accusa acquisiscono di fatto un peso normativo maggiore rispetto a quelle dell'imputato, ma il giudice stesso, di fronte alla *res iudicanda*, "mostra" un atteggiamento psicologico interessato alle ragioni dell'accusa.

Come il “ragionevole dubbio” di colpevolezza diventi anomalo presupposto propulsivo della rinnovazione dell’attività istruttoria in chiave riformatrice della sentenza di proscioglimento appellata dalla parte pubblica e si crei un evidente squilibrio tra pubblico ministero soccombente in primo grado, al quale si riconosce il diritto di ottenere in appello dall’organo giudicante la riassunzione delle prove dichiarative di cui contesta la valutazione operata con il correlato apprezzamento *ex novo* della credibilità dei dichiaranti e dell’attendibilità delle loro dichiarazioni, e il condannato in primo grado, che pur muovendo analoghe richieste e censure potrà vedersi respingere la richiesta di riassunzione della prova dichiarativa.

È il momento delle conclusioni.

Dinanzi alla constatazione che la riedizione della prova dichiarativa avvantaggi più che altro la parte pubblica ‘soccombente’, perde corpo l’idea stessa che la soluzione migliore per risolvere i problemi posti dall’*overturning in peius* sia quella di rifare il processo.

Anche configurando il giudizio di seconda istanza come *novum iudicium*, resterebbe valida l’obiezione secondo cui, pur riproducendo in appello tutte le garanzie del primo grado, non vi sarebbe alcun motivo razionale per considerare il secondo giudizio migliore del primo.

In secondo luogo, a parità di metodi di accertamento, è il risultato del secondo giudizio che appare meno attendibile del primo, perché la rinnovazione di prove già escuse può costituire uno sbiadito rituale di scarsa spontaneità e affidabilità.

In ultimo, si lascia il condannato per la prima volta in appello nella perdurante impossibilità di attivare un successivo controllo nel merito.

Almeno questi ultimi sono problemi sconosciuti alla soluzione radicale dell’inappellabilità del proscioglimento maturato nel primo giudizio.

Anche la (breve) storia della l. 20 febbraio 2006, n. 46 in punto di inappellabilità del proscioglimento viene puntualmente ripercorsa, in uno e contestualmente alle pronunce demolitorie della Consulta che, a ben guardare, non hanno ritenuto preclusa alcuna strada, neppure la più incisiva, cui l’Autore sembra “nostalgicamente” anelare in un’ottica che guarda all’appello come strumento di garanzia in chiave difensiva.

Ma vi è allo stesso tempo la consapevolezza che non sono questi i tempi per riproporre l’inappellabilità del proscioglimento (e – aggiungiamo noi – gli ultimi sviluppi della riforma c.d. “Cartabia” ne costituiscono la riprova).

Non resta che scandagliare tra le possibili alternative, di cui si analizzano contenuti, punti di forza e debolezze.

Le proposte sono varie e rilevanti: configurazione del giudizio di seconde cure in chiave rescindente; diversa modulazione dell’accessibilità al gravame per il titolare dell’azione penale, rendendo le sentenze di assoluzione appellabili solo per violazione di legge o per mancanza o illogicità della motivazione; tipizzazione dei motivi di impugnazione, sulla falsariga di quanto previsto per il ricorso in Cassazione; possibilità, in caso di condanna per la prima volta in seconda istanza, di dedurre

dinanzi alla Corte di Cassazione vizi di motivazione più ampi, indipendentemente dalla loro rilevanza dal testo del provvedimento impugnato, riconoscendo una possibilità sterminata di conoscenza degli atti del processo; sfruttamento delle tecnologie e possibilità di utilizzo da parte del giudice dell'impugnazione delle videoriprese effettuate al momento dell'acquisizione delle testimonianze, come valido – e certamente più efficace della lettura dei verbali – strumento di surrogazione della ripetizione dell'esame orale.

Tuttavia, l'illustrazione di ciascuna di queste pregevoli alternative viene effettuata con occhio critico, perché sia ben chiaro il 'rovescio della medaglia' della maggior parte di esse, soprattutto sotto il profilo della dilatazione della durata del processo e dei suoi costi, e perché non ci si lasci sopraffare da facili entusiasmi derivanti dalla sopravvalutazione della conoscenza mediata dalla tecnologia, che, se idonea a soddisfare l'aspetto percettivo diretto del giudice, comporta un rilevante sacrificio per l'efficace confutazione da parte dell'imputato delle argomentazioni svolte nell'appello della pubblica accusa.

Allo stesso tempo, viene apprezzato lo sforzo compiuto dalle diverse proposte di rendere il processo più giusto.

Uno sforzo che, per l'Autore, deve partire proprio dal tema oggetto dell'opera: l'*overturning* in appello si presta ad essere luogo della ricerca, della verifica e della misura del giusto processo, proprio come il ribaltamento del punto di vista è il primo strumento della ricerca, della scienza e del pensiero moderno.

L'auspicio conclusivo è quello che il legislatore si lanci in autentiche riforme, in maniera ben più coraggiosa, ampia e sistematica rispetto a quanto fatto con la l. 23 giugno 2017, n. 103 o rispetto agli interventi riformatori susseguenti.

Mario Martino Santoro



Il presente volume è stato chiuso per la pubblicazione in data  
31 dicembre 2021  
dall'editore "Dipartimento Jonico in Sistemi giuridici ed economici  
del Mediterraneo: società, ambiente, culture"  
dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro e messo in linea sul sito  
[https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni digitali](https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni_digitali)  
ed è composto di 339 pagine.

ISBN 9788894503074