UNIVERSITÀ DI CATANIA
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Nuova serie
314

SOCIETÀ, INDIVIDUO E INNOVAZIONE

IL RUOLO DEL DIRITTO COME STRUMENTO DI PROMOZIONE DEL CONTRASTO ALLE DISEGUAGLIANZE NELLA DIMENSIONE EUROPEA

a cura di
Maria Sole Testuzza

Edizioni Scientifiche Italiane

Il volume è finanziato dall'Unione europea - Next Generation EU, Missione 4 Componente 1, CUP E62B24000380001. Si ringrazia la Scuola Superiore di Catania per aver supportato l'iniziativa scientifica.

Testuzza, Maria Sole (*a cura di*)
Società, Individuo e Innovazione.
Il ruolo del diritto come strumento di promozione del contrasto alle diseguaglianze nella dimensione europea
Collana: Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, 314
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2026
pp. XIV+418; 24 cm
ISBN 978-88-495-6191-3

© 2026 by Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941, n. 633, ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTI-GIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale

L'autore dichiara, sotto la propria responsabilità, che l'eventuale utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale per la redazione del presente lavoro è avvenuto soltanto a fini strumentali e di supporto della sua attività intellettuale e professionale.

Indice

Prefazione di Salvatore Zappalà IX

Introduzione di Maria Sole Testuzza XI

PARTE I

Pluralismo, libertà e limiti: il bilanciamento dei diritti fondamentali nelle società complesse

Cristiana Pettinato, *Il diversamente credente e il limite aperto del buon costume* 3

Andrea Micciché, *Nuovi movimenti religiosi, "buon costume" e laicità: le frontiere dell'art. 19 Cost.* 15

Orazio Condorelli, *A proposito di «stravaganze» e «intollerabili aberrazioni»: note minime sui limiti della libertà religiosa* 27

Giovanna Razzano, *Maternità surrogata e diritti fondamentali: mercato riproduttivo, dignità della donna e tutela del minore* 37

PARTE II

Accesso ai beni essenziali: servizi pubblici e regolazione

Antonio Mandara, *Il rapporto pubblico-privato nel servizio idrico: uno studio definitorio* 61

Dario Bevilacqua, *La gestione e la regolazione dei servizi idrici: tre problemi aperti* 73

PARTE III

La giusta imposizione: tra predeterminazioni del reddito e restituzioni strutturali

Gabriele Ferlito, *Criticità del concordato preventivo biennale in relazione alla riserva di legge* ex *art. 23 Cost.* 85

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Alessandro Zuccarello, *In tema di crediti da dichiarazione* 95

PARTE IV
Innovazione tecnologica e trasformazioni delle categorie giuridiche

Arianna Visconti, *La tutela penale della reputazione e dell'onore 4.0* 105

Charissa Volponi, *Propaganda razzista e discorso politico antimmigrazione: verso una ricostruzione contestuale alla maniera di Strasburgo* 137

Beatrice Fragasso, *L'impatto dell'intelligenza artificiale sui principi e sulle categorie del diritto penale: la posizione del produttore di sistemi di I.A.* 149

Alfio Guido Grasso, *Uso professionale dell'intelligenza artificiale: tra regolazione e responsabilità* 167

Soroor Mahamedi, *Personalità giuridica e arbitro: ripensare l'assunto antropocentrico nel diritto dell'arbitrato* 179

PARTE V
Cultura, generazioni e dinamiche sociali

Marco Gaetano Pulvirenti, *Eredità culturale e impatto generazionale* 197

Laura Pergolizzi, *Spettacolo e impatto generazionale* 213

PARTE VI
Spazio europeo e sfide globali del diritto

Maria Manuela Pappalardo, *Considerazioni sul regime giuridico dei mari chiusi o semichiusi nella Convenzione ONU sul diritto del mare* 227

Maria Cristina Ruggieri, *Imprese multinazionali e cambiamento climatico: le istanze specifiche dinanzi al PCN* 245

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Patrizia Brambilla, *Frammentazione dei processi produttivi e sfruttamento del lavoro* 257

Giuseppe Di Vetta, *Il contrasto della* modern slavery *nelle catene globali del valore nella prospettiva del «diritto penale economico dei diritti umani»* 281

PARTE VII
La testimonianza tra psicologia e diritto

Santo Di Nuovo, *La psicologia della testimonianza: ci si può fidare della memoria umana?* 327

Giuseppe Sartori, *La testimonianza e gli errori nel ricordo* 335

Vania Patanè, *Dichiarazioni eteroincriminanti e metamorfosi dell'imputato in testimone assistito* 339

Angelo Zappulla, *La paura del testimone* 353

Angelo Costanzo, *Esigenze della regolazione giuridica e concetti della psicologia* 371

Vittorio Basile, *L'avvocato e le prassi nell'acquisizione della prova testimoniale* 381

Mattia Giangreco, Sentiment analysis *e dichiarazioni testimoniali* 387

Antonietta Curci e Pasquale Zappimpulso, *L'ascolto delle persone vulnerabili in ambito forense. Limiti dell'empatia e rischi di distorsione testimoniale* 395

Gli Autori 399

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Prefazione

Il presente volume, insieme al libro "gemello" incentrato sul diritto tributario (a cura del prof. Antonio Guidara, a cui vanno ringraziamenti per il coordinamento dell'intero progetto dipartimentale SAFI3), raccoglie la rielaborazione di alcune delle relazioni presentate e discusse nell'ambito delle attività del progetto "*Società, Individuo e Innovazione: il ruolo del diritto come strumento di promozione del contrasto alle diseguaglianze nella dimensione Europea*", organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania con un finanziamento della Scuola Superiore di UNICT, nel quadro dell'azione MUR "*Sinergie per orientare e promuovere un'Alta Formazione Innovativa, Interdisciplinare, Internazionale*" (progetto SAFI3).

Il Dipartimento, infatti, in sinergia con i progetti di ricerca dei propri docenti e ricercatori, e con il progetto dipartimentale su "*Law and Sustainaibility*" a 360° (nel quadro del Progetto MUR "Dipartimento di Eccellenza 2023-2027"), ha ritenuto di integrare uno specifico percorso di riflessione, nell'ambito dell'azione SAFI3 per l'appunto, destinato ad osservare in maniera trasversale le tematiche relative all'interazione tra il ricorso all'IA e la lotta alle diseguaglianze, nel contesto dell'integrazione europea, mettendo a raffronto gli interessi di individui e collettività nel confronto con una pubblica amministrazione sempre più guidata dall'innovazione nell'ambito di società democratiche.

Il progetto di Giurisprudenza per SAFI3 ha dato vita ad un'ampia serie di eventi a carattere seminariale sia in presenza sia online o in modalità mista, che ha coinvolto studenti, dottorandi, ricercatori e docenti, mettendo in evidenza gli aspetti problematici del mutare della posizione degli individui nella società alla luce della spinta dell'innovazione (specie l'IA), nel costante e indispensabile raffronto con il sistema di garanzie dei diritti e il perseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile (gli SDGs dell'Agenda 2030).

Naturalmente non è possibile pubblicare nella collana della Facoltà di Giurisprudenza di Catania tutte le relazioni e interventi svolti nel corso dei numerosi seminari di studio che sono stati tenuti tra settembre 2025 e maggio 2026 nel quadro delle attività del progetto SAFI3 di Giurisprudenza Unict. Si è fatta una selezione ed in particolare si sono privilegiate alcune delle relazioni svolte in occasione della *Giornata della Ricerca-Lex*,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

che si è tenuta l'11 febbraio 2026 presso l'Auditorium "Enzo Zappalà", nel complesso dell'*ex* Chiesa della Purità del Dipartimento di Giurisprudenza di Unict e che quest'anno è stata dedicata alla collega recentemente scomparsa, la Prof.ssa Eleonora Nicosia.

Questo bel volume curato, come la stessa Giornata della Ricerca, dalla Prof.ssa Maria Sole Testuzza che qui ringrazio di cuore per il coordinamento delle attività e del volume, rappresenta anche un segno tangibile del metodo che è stato seguito, secondo un classico modello accademico di qualità, ossia il confronto sistematico tra studiosi più giovani (inclusi i dottorandi di ricerca) e guide più esperte (in qualche caso "maestri" del settore) che hanno consentito di arricchire il dialogo e mettere alla prova le elaborazioni concettuali presentate contribuendo al loro ulteriore sviluppo.

Salvatore Zappalà
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza

ISBN 978-88-495-6191-3
© Edizioni Scientifiche Italiane

Introduzione

Il volume *Società, Individuo e Innovazione. Il ruolo del diritto come strumento di promozione del contrasto alle diseguaglianze nella dimensione europea* si colloca nel solco delle più recenti riflessioni scientifiche volte a indagare le trasformazioni delle società contemporanee e il ruolo che il diritto è chiamato a svolgere nel governarle. In un contesto caratterizzato da mutamenti economici, sociali, tecnologici e culturali particolarmente rapidi e dirompenti il tema delle diseguaglianze assume una rinnovata centralità, imponendo una rilettura delle categorie giuridiche tradizionali alla luce delle esigenze di inclusione, equità e coesione sociale.

I saggi qui raccolti rappresentano l'esito di un più ampio progetto di ricerca dell'Ateneo catanese, promosso dalla Scuola Superiore dell'Università di Catania e finanziato dal Ministero, intitolato "Sinergie per orientare e promuovere un'Alta Formazione Innovativa, Interdisciplinare, Internazionale" (SAFI3). Il progetto, coordinato dal Gran Sasso Science Institute (GSSI), ha coinvolto, oltre alla Scuola Superiore di Catania (SSC), anche le altre due Scuole Superiori del Mezzogiorno: l'Istituto Superiore Universitario di Formazione Interdisciplinare (ISUFI-Lecce) e la Scuola Superiore Meridionale (SSM - Napoli).

Il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania ha aderito con una propria proposta, designando in qualità di responsabili scientifici i professori Antonio Guidara (coordinatore), Rosario Sapienza, Aurelio Mirone, Maria Rosaria Maugeri, Ugo Salanitro, Vania Patané, Rosaria Sicurella, Gabriella Nicosia, Giuseppe Chiara, Adriana Di Stefano e Paolo Silvestri, e la dottoressa Rosetta Lo Iacono Pezzino come responsabile amministrativo.

Il Dipartimento, riconosciuto quale struttura di eccellenza nel panorama nazionale per i periodi 2018-2022 e 2023-2027, ha inteso valorizzare il diritto non soltanto come strumento di regolazione dei rapporti sociali, ma anche quale leva idonea a orientare i processi di innovazione, in particolare nei settori digitale e biotecnologico, verso modelli di sviluppo sostenibile.

In questa prospettiva, e nel segno di un'apertura interdisciplinare che prova a coniugare le diverse competenze (ed esperienze) giuridiche, tecnologiche e sociali è stata promossa un'intensa attività scientifica e formativa, articolata nell'organizzazione di convegni, laboratori e seminari. Tali iniziative hanno visto la partecipazione di ricercatori interni ed esterni

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

al Dipartimento, studiosi di riconosciuto rilievo, il Centro di ricerca sulla Giustizia dei minori e della famiglia "E. Zappalà", nonché il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Catania, insieme a una pluralità di destinatari, tra cui studenti universitari, dottorandi, professionisti e operatori del diritto. Alcuni incontri sono stati indirizzati anche agli studenti delle scuole superiori e alla società civile, nella convinzione che la diffusione della cultura giuridica e il dialogo tra università e comunità rappresentino elementi essenziali per lo sviluppo di una società più consapevole e responsabile.

Gli articoli qui raccolti offrono dunque testimonianza di alcune delle principali tappe e delle attività che hanno caratterizzato questo variegato percorso.

Alcuni contributi, inoltre, sono stati presentati e discussi nell'ambito della *Giornata della Ricerca-Lex* (10 febbraio 2026), incontro periodico organizzato dalla Commissione ricerca, che rappresenta ormai da qualche anno per il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania una consolidata occasione di condivisione dei risultati scientifici tra i gruppi di ricerca attivi nella comunità accademica. Tale appuntamento prevede la partecipazione anche di dottorandi e giovani studiosi, con l'obiettivo di favorire la formazione di nuove generazioni di ricercatori e di promuovere un ambiente scientifico aperto al confronto e allo scambio delle idee. In questa sede, è stato possibile valorizzare il carattere interdisciplinare delle riflessioni proposte e arricchire i contributi attraverso il dibattito sviluppatosi nel corso dell'iniziativa.

La struttura del volume riflette, pertanto, questa pluralità di voci e una precisa opzione metodologica, volta a porre in relazione non solo campi diversi del diritto, ma anche discipline estranee al sapere giuridico, evidenziandone le intersezioni e le reciproche influenze.

Le diseguaglianze contemporanee del resto si manifestano in forme molteplici – culturali, economiche, religiose, generazionali e nell'accesso ai servizi essenziali – e, dunque in un'ottica sistemica e di "circolarità tra le scienze", sollecitano una riflessione approfondita sulla capacità degli ordinamenti giuridici di garantire un equilibrio tra libertà individuali, pluralismo sociale e coesione collettiva, e di ridurre le asimmetrie informative e di potere. Le trasformazioni in atto hanno inciso profondamente sulle strutture sociali, sui modelli di convivenza e sulle modalità di esercizio dei diritti fondamentali. La dimensione europea si configura però, al riguardo, come uno spazio privilegiato di osservazione e di sperimentazione, nel quale il confronto tra livelli nazionali di regolazione, diritto dell'Unione e principi costituzionali concorre all'elaborazione di nuovi strumenti di tutela e di inclusione.

Questo volume collettaneo propone in tale direzione un itinerario interdisciplinare che attraversa diversi ambiti, accomunati tutti dall'attenzione al ruolo del diritto nella mediazione tra spinte contrapposte, nella

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

riduzione delle diseguaglianze e nella promozione di condizioni effettive di partecipazione.

La prima parte è dedicata al tema del pluralismo e al bilanciamento dei diritti fondamentali nelle società complesse. I contributi affrontano, in particolare, la libertà religiosa e i suoi limiti, interrogando criticamente la nozione di "buon costume" e la sua funzione quale parametro di equilibrio tra libertà individuali e valori collettivi, così come le trasformazioni dei modelli familiari e riproduttivi, che pongono nuove questioni in ordine alla tutela della dignità e dei diritti delle persone coinvolte.

La seconda parte affronta il tema dell'accesso ai beni essenziali attraverso la lente dei servizi pubblici e della loro regolazione. Con specifico riferimento al servizio idrico, i lavori esaminano le forme di interazione tra pubblico e privato e i modelli di governo delle risorse, evidenziando il ruolo del diritto nel garantire condizioni di uguaglianza sostanziale nell'accesso a beni fondamentali per la vita collettiva.

La terza parte si concentra sul diritto tributario, con particolare riguardo al tema della giusta imposizione connessa alle diverse posizioni giuridiche soggettive, attive e passive, del contribuente. Le riflessioni proposte evidenziano le tensioni tra esigenze di efficienza amministrativa e rispetto dei principi costituzionali.

La quarta parte esplora le implicazioni giuridiche dei processi di innovazione tecnologica e delle trasformazioni sociali ad essi connesse. I contributi analizzano, da diverse prospettive, le nuove forme di vulnerabilità e le esigenze di tutela emergenti, con particolare attenzione ai fenomeni di comunicazione digitale e alle nuove forme di responsabilità. In questo contesto, il diritto è chiamato a confrontarsi con fenomeni che mettono in discussione assetti consolidati, imponendo un costante adattamento delle proprie categorie interpretative. In tale quadro si colloca anche un contributo dedicato alla disciplina arbitrale, che, in prospettiva comparata, esamina la diversa configurazione normativa della figura dell'arbitro, distinguendo tra ordinamenti che ne riservano l'esercizio alle persone fisiche e altri che adottano una nozione più ampia di "persona". La riflessione si estende quindi alla teoria generale del diritto, con particolare riferimento al concetto di personalità quale tecnica di imputazione giuridica.

La quinta parte del volume analizza le dinamiche culturali e generazionali, soffermandosi sul ruolo dell'eredità culturale nella formazione delle identità collettive. In tale prospettiva, viene evidenziata la centralità di strategie volte alla valorizzazione delle risorse disponibili e al rafforzamento delle sinergie tra soggetti pubblici e privati, quali condizioni essenziali per assicurare un'efficace tutela e una piena valorizzazione del patrimonio culturale.

La sesta parte amplia lo sguardo estendendolo alla dimensione globale. Sulla scena grandi temi quali: l'ordine giuridico degli spazi, la responsabilità delle imprese multinazionali e le trasformazioni dei processi produttivi.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

In questa prospettiva, emerge con chiarezza come il contrasto alle diseguaglianze richieda strumenti giuridici capaci di operare su più livelli, integrando la dimensione nazionale con quella sovranazionale.

Infine, l'ultima parte, frutto di un seminario svoltosi nell'ottobre 2025 e organizzato dal Centro di ricerca sulla Giustizia dei minori e della famiglia "E. Zappalà", in collaborazione con il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Catania, si concentra sul tema della prova e della testimonianza, esplorato nell'intersezione tra diritto e scienze cognitive. Attraverso un dialogo tra prospettive giuridiche e psicologiche, i contributi analizzano i processi di formazione e valutazione della prova testimoniale, soffermandosi su profili quali la credibilità delle dichiarazioni, le dinamiche della memoria, la vulnerabilità dei soggetti coinvolti e il ruolo delle emozioni. Particolare attenzione è riservata anche alle trasformazioni indotte dalle nuove tecnologie, che incidono sulle modalità di acquisizione e valutazione della prova, aprendo a nuove opportunità ma anche a rilevanti criticità.

Maria Sole Testuzza

ISBN 978-88-495-6191-3
© Edizioni Scientifiche Italiane

PARTE I

Pluralismo, libertà e limiti: il bilanciamento dei diritti fondamentali nelle società complesse

Cristiana Maria Pettinato

Il diversamente credente e il limite aperto del buon costume

Sommario: 1. Dal monismo al pluralismo spirituale. – 2. Il limite del buon costume costituzionale e la dignità umana. – 3. Il precedente francese: la dignità umana come correttivo all'ordine pubblico. – 4. La persona umana come centro e fine dell'ordinamento. – 5. Pensieri in chiusura: uno sguardo sulla cronaca.

1. I termini "pluralismo e fluidità" possono rappresentare due tra le principali matrici di orientamento rispetto al tema di ricerca in merito al quale mi si chiede, in questa sede, un breve passaggio riflessivo. Per un giurista parlare di religione non significa giudicare una credenza nella sua sostanza, ma piuttosto tentare di catalogarla, confrontarla con il proprio modello storico di riferimento ed, eventualmente, valutarne la compatibilità con quest'ultimo, attraverso l'assegnazione di un limite che possa indicare ciò che va accettato ed integrato e ciò che, invece, va respinto, perché ritenuto non funzionale all'obiettivo della compatibilità e, quindi, non assimilabile. Questo è, però, da sempre il destino delle diverse esperienze religiose, nel momento della loro complessa epifania nella vita sociale all'interno della quale si intersecano e si condizionano tutta una serie di variabili che non si prestano ad essere inquadrate in rigide e limitanti categorie interpretative[1]. Nella storia delle religioni le nuove realtà spirituali sono state sociologicamente identificate ed etichettate negativamente, prima come *sectae*[2], elementi disturbanti, e finanche pericolosamente sovversivi, se non perfino criminogenici, rispetto ai quali la soluzione conservativa del quieto ordine sociale era *sectare*, tagliare fuori[3]. Solo in tempi più recenti, e tendenzialmente propensi almeno in potenza all'inclusività[4], impregnati

[1] V. Pacillo, B. Hussen, *Lezioni di diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2025, p. 38.

[2] Tali sono quelle aggregazioni ispirate alla predicazione di un capo spirituale o a dottrine di tipo iniziatico, i cui principi appaiono diversi da quelli delle confessioni religiose tradizionali. Tra i primi ad utilizzare il termine setta per applicarlo anche agli albori del Cristianesimo: M. Weber, *Kirchen und Sekten,* Frankfurter Zeitung, 13 aprile 1906 e 15 aprile 1906; E. Troeltsch, *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen,* J.G.B. Mohr, Tubinga, 1912.

[3] Altre letture fondamentali sul tema: D. Breese, *Know the marks of Cults,* Victor Books, Wheaton, Illinois, 1975; M.T. Singer, *Cults in Our Midst - Le sette tra noi,* Jossey Bass, Hoboken, 1995; M. Introvigne, *Le sette cristiane*, Mondadori, Milano, 1975 e Id., *Le nuove Religioni*, Sugarco, Milano, 1989.

[4] «Ma non vi può essere reale inclusione né integrazione vera, se non attraverso un processo di alfabetizzazione della società sui temi religiosi che promuova la conoscenza dell'altro

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

da nuove forme di religiosità che riflettono l'indifferentismo razionalista[5] o la parcellizzazione e la personalizzazione della fede («egoriferita» o «*self faith*»[6]) nella società moderna, le sette vengono riqualificate positivamente come "nuovi movimenti religiosi". In questo binomio si rispecchia una sintetica rappresentazione dell'identità del fenomeno: «nuovi» rispetto ad un vecchio sistema di credenze, conosciuto, consolidato e ritenuto vero (mi riferisco alle antiche confessioni religiose, specialmente le abramitiche predominanti nell'emisfero occidentale e mediorientale), e «movimenti», che rende l'idea di un processo dinamico di organizzazione ancora non concluso con procedure di riconoscimento, e che segna, quindi, la differenza con quelle che, a tutto tondo, possono essere qualificate come confessioni religiose, perché si distaccano da un *kosmos* indefinito di afflati mistici e rientrano nei più precisi parametri normativi e nelle più consolidate tradizioni condivise. Tale percorso avviene attraverso una progressiva integrazione o, quantomeno, accettazione anche delle pratiche cultuali peculiari dei nuovi movimenti[7]. Impossibile negare come l'ingresso delle originali sensibilità spirituali nel contesto della legalità abbia creato in passato, e per certi versi crei ancora, un sentimento misto tra curiosità e irritazione collettiva, finendo spesso per ostacolare di fatto, anche attraverso forme di discriminazione indiretta, le novità in tema di spiritualità[8].

da sé e stemperi l'ansietà che il non riconoscersi inevitabilmente genera», così E. Martinelli, in *Scuola, libertà religiosa del minore e politiche di integrazione*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente,* vol. 10, n. 15-16/2018, pp. 47-67, in particolare p. 49.

[5] «L'impressione preponderante dell'uomo di oggi è quella che tutte le religioni, pur con una policromia di forme e strutture, in ultima istanza sono e credono le stesse cose», J. Ratzinger, *Fede Verità Tolleranza. Il cristianesimo e le religioni del mondo*, Cantagalli, Siena 2005, p. 20.

[6] Benedetto XVI, *Udienza generale, mercoledì 17 ottobre 2012,* in *www.vatican.va/content/benedict-xvi/it/audiences/2012/documents/hf_ben-xvi_aud_20121017.html*, in cui il Pontefice avverte sui rischi di una personalizzazione della fede con il conseguente discostamento dei suoi contenuti dalla vera ricerca di Dio e dalla coerenza di vita vissuta; Id., *Lettera enciclica Caritas in veritate,* n. 78. Ed ancora sulla crisi del sacro o il ritorno del sacro come puro formalismo in Id., *Colonia - XX Giornata Mondiale della Gioventù*, omelia, in *Insegnamenti,* I (2005), pp. 459-460.

[7] Sul punto si rinvia alle considerazioni critiche di Andrea Micciché nello scritto pubblicato in questa sede dal titolo *Nuovi movimenti religiosi, "buon costume" e laicità: le frontiere dell'art. 19 Cost.*, in cui l'Autore rappresenta le singolari vicende riguardanti l'uso scopo religioso di sostanze stupefacenti da parte di un gruppo religioso minoritario alla luce di differenti orientamenti giurisprudenziali, i quali centrano il punto oggetto di questa nota, ossia l'intervento della clausola del buon costume all'interno dell'operatività dell'art. 19 Cost.

[8] Emblematico in Francia il caso della setta *Association Cultuelle du Temple Piramide,* discriminata al punto da subire una persecuzione tributaria che impediva la raccolta di fondi e la prosecuzione delle attività della comunità religiosa, la CEDU se ne occuperà ravvisando la violazione dell'art. 9 tutela della libertà religiosa. Mi si consenta il rinvio allo studio di C.M. Pettinato, *Sui controlli fiscali discriminatori in danno della libertà religiosa. Brevi spunti di riflessione*, in *Diritto e Religioni*, Anno VII, n. 2-2013, luglio-dicembre, pp. 191-216.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

2. Il nostro ordinamento si presta ad una consistente trasformazione con l'entrata in vigore del testo costituzionale che «canalizza» l'esperienza religiosa, un tempo percepita come monolitica[9], nel sistema descritto dagli articoli 7 ed 8, e decide, comunque, di mantenere in vita la legge 1159 del 1929 senza la quale verrebbe pregiudicata la tutela di chi, a vario titolo, non perviene ad accordi con lo Stato. Il primo comma dell'art. 8, con la sua generosa offerta di un'equidistante libertà a tutte le confessioni religiose va letto in combinato disposto con l'art. 19, che consacra il più generale diritto di libertà religiosa riconosciuto a tutti, singolarmente intesi. Ciò sta a significare che «il quantificatore universale "tutti", adoperato nelle norme richiamate, legittima discipline differenziate, bensì, purchè la differenza sia razionale, risponda cioè a diversità effettive, e non si tramuti in discriminazione fra soggetti e fra confessioni, non assurga cioè a "lesione qualificata e, perciò, diretta" dell'art. 3 cost.»[10].

L'incontro tra l'esperienza religiosa e l'ordinamento giuridico, entrambe esperienze umane tendenzialmente totalizzanti che offrono identità, regole e orizzonti valoriali[11], avviene attraverso la posizione di limiti finalizzati al raggiungimento del fine ultimo dell'ordinata convivenza civile nella società e, aspetto ancora più rilevante e definitivo, della realizzazione della giustizia, modernamente ricondotta oggi nel *totem* del *rule of law*[12]. I limiti sono raffigurabili come porte d'ingresso al, o di uscita dal, sistema di riconoscimenti e tutele che un ordinamento offre ai portatori di un valore religioso.

Una di queste "porte" è quella che chiude l'art. 19, presente anche nell'art. 21, ossia il buon costume: clausola elastica con andamento dinamico storico-evolutivo che assume la finalità di registrare, evidenziandola, un'eventuale dissonanza rispetto ad un sentire comune[13], un elemento di

[9] Si rinvia allo scritto di Orazio Condorelli, *A proposito di "stravaganze" e "intollerabili aberrazioni": note minime sui limiti della libertà religiosa,* in questa sede pubblicato, che ben rappresenta il clima storico politico del periodo pre e immediatamente post costituzionale, riguardante la percezione collettiva delle originali espressioni di religiosità.

[10] Così viene interpretata la sentenza della Corte Costituzionale del 22 ottobre 1982, n. 168, in N. Colaianni, *Per un diritto di libertà di religione costituzionalmente orientato*, in *www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Per%20un%20diritto%20%20-%20Colaianni.pdf*.

[11] S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica. Seconda edizione riveduta e ampliata*, Giuffrè, Milano, 1991, in cui l'Autore regiona sulla considerazione che la giuridicità non sia un'aggiunta artificiale, ma esattamente come la religione, una dimensione profonda che consente alla natura umana di identificarsi in regole; R. Dworkin in *Religione senza Dio*, il Mulino, Bologna, 2016, giunge ad ammettere che il diritto e la propensione religiosa verso il valore della vita siano entrambi modi totalizzanti di interpretare il mondo.

[12] Meccanismo che si fonda sulla continua oscillazione tra pessimismo potestativo e ottimismo normativo, così D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 35.

[13] S. Rodotà, *Ordine pubblico o buon costume*?, in *Giur. merito*, 1970, II, p. 104 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

quella tavola di valori assunta come assoluto riferimento[14]. Nella visionaria potenza normogeneratrice dei nostri padri costituenti l'impianto costituzionale affonda il suo substrato valoriale nel terreno fertile di una consolidata e stratificata civiltà storica, dalla quale si mutuano principi densi di contenuto assiologico, ma allo stesso tempo pregni di *vis espansiva*. Nel contesto pluralistico della nostra post-modernità si assiste ad una progressiva compressione della dimensione potestativa del diritto, originariamente esclusivo atto di creazione statale, per fare spazio al nuovo protagonismo dell'attività interpretativa[15], alla quale si deve il merito di meglio orientarsi nella complessità odierna, declinando i principi generali secondo le esigenze della società civile in evoluzione[16]. Questo passaggio ha inciso, ad esempio, anche sulla presentazione del concetto di buon costume come archetipo di un sentire comune che non può più essere contenuto nel recinto di ispirazione ottocentesca del semplice pudore sessuale[17], tendenza quest'ultima che accomuna molte esperienze giuridiche europee, nelle quali i *public morals* esondano i limiti della sfera sessuale. La tendenza delle Corti europee è, infatti, quella di non individuare nella «moralità pubblica» l'unica causa giustificativa delle misure limitative dei diritti dei singoli, ma di vederla affiancata dal riferimento alla necessità di tutelare altri centri di interesse più facilmente individuabili dal punto di vista interpretativo. Nonostante l'atteggiamento positivo nei confronti delle tendenze pluraliste, permane l'auspicio di predisporre una categoria concettuale che sincretizzi le esperienze nazionali in uno *standard* comune condiviso: un *ethos* che trovi nella dignità umana[18] una clausola limite assoluta e assolutizzante[19].

[14] A. Trabucchi, voce *Buon costume (dir. civ.),* in *Enc. dir*., V, Milano, 1959, p. 703. «Essendo tuttora individuabile una qualificata e differenziata porzione di costume, consistente nel "buon" costume, è a questo che il diritto può attingere attraverso lo strumento del rinvio, per una migliore realizzazione della giustizia», così A. De Cupis, *Costume, buon costume e diritto*, in *Giust. civ.,* 1982, II, p. 483.

[15] Per una riflessione complessiva sulle trasformazioni giuridiche del Novecento si rinvia a *Ordine, compattezza, complessità. La funzione inventiva del giurista,* ieri ed oggi, ora in P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico,* Laterza, Roma-Bari, 2012.

[16] L. Rovelli, *Principi, clausole generali, concetti indeterminati nell'applicazione giurisprudenziale*, in G. D'Amico, F. Di Marzio, C. Luzzati, F. Macario, S. Pagliantini, S. Patti, L. Rovelli e E. Scoditti, *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico,* a cura di Giovanni D'Amico, *Presentazione* di P. Grossi, Giuffrè, p. 2.

[17] Al fine di identificare le tappe della trasformazione di questo concetto si rinvia a V. Pacillo, *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 103-148.

[18] Di seguito alcuni riferimenti bibliografici sul tema: G. Alpa, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali,* in *Nuova giur. civ. com.,* 1997, II, p. 415 ss.; F. Viola, *voce Dignità umana*, in *Enciclopedia filosofica,* Giuffrè, Milano, 2006, p. 2863 ss.; A. Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015; G. Repetto, *La dignità umana e la sua dimensione nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl*., 2016, 1, p. 247 ss.; R. Ferrajoli, *Dignità e libertà,* in *Riv. filos. dir.,* 2019, 1, p. 23 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Nell'ormai lontano 2000, con la sent. 293, la Corte Costituzionale ha individuato nella categoria del buon costume costituzionale un minimo comune denominatore etico, i cui parametri di riferimento sono correttamente individuati nei valori interni alla Costituzione, nei suoi principi supremi, potremmo dire in quei valori che vanno riconosciuti, tutelati e vissuti nell'ottica ormai ineludibile del *vivre ensemble*[20], imperativo ineludibile e programmatico della nostra società multiculturale. Trattasi di un'eccezione ai tradizionali canoni ermeneutici perché viene proposta un'interpretazione estensiva piuttosto che restrittiva dei limiti all'esercizio delle libertà. La Corte Costituzionale ha intuito che lo spirito della Costituzione è un valore permanente, non impermeabile rispetto alla realtà sociale mutevole sottostante, ma è richiesto per la stabilità del sistema giuridico che in questa realtà possa di volta in volta inverarsi, e ha ritenuto, dunque, necessario convergere verso una nuova visione dell'idea del buon costume che abbia un nucleo applicabile a realtà diverse non tra loro omegenee. Il frutto di questa decisione è la specificazione di un contenuto essenziale minimo, che altro non è se non il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione, corollario di libertà ed uguaglianza. Su tutti i principi componenti la struttura del buon costume costituzionale deve, dunque, primeggiare la tutela del metavalore rappresentato dalla dignità umana, che forse meglio di altri è in grado di imporsi come ciò che è comune alla pluralità delle concezioni etiche e religiose che convivono – o si apprestano a farlo – nel tessuto sociale. «Quello della dignità della persona umana è, infatti, valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo e deve dunque incidere sull'interpretazione di quella parte della disposizione in esame che evoca il comune sentimento della morale»[21]. Lo Stato esercita,

[19] Un chiaro riferimento alla questione dei *public morals* in ECHR (Plenary), Handyside v. United Kingdom, app. no. 5493/72, 7 December 1976. Sul punto si veda anche R. Perrone, *Public Morals and the European Convention on Human Rights*, in *Israel Law Review*, Volume 47, Issue 3, November 2014, pp. 361-378.

[20] L'espressione che ormai indica una sorta di imperativo programmatico nel campo della convivenza multireligiosa a non ostacolare il processo di fraternizzazione in Europa nasce con la sentenza Case of S.A.S. v. France. Sul punto si vedano le riflessioni di A. Licastro, *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: guardarsi in faccia è condizione minima del vivere insieme*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 28/2014; E. Olivito, *Egalité de combat e "vivre ensemble". La Corte di Strasburgo e il divieto francese del velo integrale nei luoghi pubblici*, in *www.diritticomparati.it*, 2014; I. Ruggiu, *S.A.S vs France. Strasburgo conferma il divieto francese al burqa con l'argomento del "vivere insieme"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 12, settembre 2014; G. Casuscelli, *Il divieto di indossare il niqab del codice penale belga all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo: un passo in avanti per la formazione del "precedente" che mette a rischio il pluralismo religioso,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 26/2017; E. Camassa, *Il volto coperto delle donne nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, speciale 2018.

[21] Cass. sent. n. 293/2000 in *www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2000/293*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

quindi, la funzione di selezionare quelle concezioni etiche e religiose che si rivelino, eventualmente, incompatibili con i principi di una società liberal-democratica, alla cui base si trova la dignità umana; principi che non possono quindi sperare, nemmeno se ampiamente diffusi tra i consociati, in un *legal enforcement* da parte dello Stato. L'interpretazione evolutiva portata a termine dalla Corte costituzionale consente di superare obsolete visioni rigide e permette al concetto di adattarsi all'evoluzione del costume sociale, mantenendo fermo il nucleo costituzionale di protezione della persona e dei suoi diritti. Pluralismo sociale e rispetto dei valori di fondo dell'ordinamento appaiono così conciliati e sembra allontanata la temuta imposizione di una morale di Stato[22].

3. Dottrina e giurisprudenza successive a questa pronuncia allertano sull'attenzione da tenere affinchè la clausola del buon costume costituzionale mantenga una vera e propria autonomia concettuale, e non si atrofizzi, divenendo poco più che una vuota «clausola di stile». Il rischio paventato è, in verità, che si esaurisca nella clausola dell'ordine pubblico costituzionale, sempre più svincolato dai riferimenti statalistici[23] ma, tuttavia, storicamente più propenso a filtrare un principio di autorità, che nella sua perversa espressione diverrebbe moralità di regime, predominio ideologico in contrasto palese con l'essenziale ed irrinunciabile cifra di equilibrata laicità che il dialogo interreligioso deve mantenere per districarsi nella fitta rete delle opzioni fideistiche[24].

Gli interventi della giurisprudenza sul tema del buon costume non si esauriscono al nostro Paese; il Consiglio di Stato francese[25] ha fornito interessanti suggestioni sulla costruzione dinamica di concetti e principi supremi

[22] La sentenza n. 9 del 1965 afferma chiaramente la pertinenza della morale alla sfera interiore dell'individuo e l'impossibilità di imporre una concezione etica con strumenti giuridici.

[23] C. Lavagna, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto,* 1967, p. 360 ss.

[24] D'obbligo il rinvio alle pronunce della Consulta che costruiscono il concetto di laicità: 12 aprile 1989, n. 203, 10 novembre 1997, n. 329, 13 novembre 2000, n. 308 e 1 luglio 2002, n. 327. Per un commento si rinvia a libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale». Sul punto, cfr. F.P. Casavola, *Costituzione italiana e valori religiosi*, in *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea,* a cura di G. Dalla Torre, Giappichelli, Torino, 1993, p. 67; F. Onida, *Il problema dei valori nello Stato laico*, in *Dir. eccl.,* 1996, 3, pp. 672-686; A. Albisetti, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza costituzionale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2000; S. Prisco, *Il principio di laicità nella recente giurisprudenza*, in *costituzionalismo.it*, fascicolo 1, 2007, online il 13 febbraio 2007.

[25] Conseil d'État, Ass., 27 ottobre 1995, Commune de Morsangsur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence, in RDP, n. 96, p. 536, con nota di M. Gros. Sul tema si rinvia anche a M. Gros, *"Prima lezione di diritto": ordine morale, dignità umana e "neutralità" del diritto. Dal lancio del nano al comico razzista,* con note di G. Serges, in *Diritto e Società,* 2015, III serie (2/2015), pp. 237-276, in particolare p. 247 in cui si sottolinea la natura giurisprudenziale della nozione di ordine pubblico che elasticamente si modella sulla base del regime politico che la ispira.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

che hanno il metavalore della dignità umana come fulcro, e sembra non essersi preoccupato di dilatare il concetto di ordine pubblico, introducendovi un elemento di moralità: la protezione della dignità umana, come elemento unificante di coesione sociale. Il caso esaminato fu quello dello spettacolo del «lancio del Nano», pratica vietata, anche se realizzata sul consenso, per favorire il rispetto della dignità della persona umana anche in assenza di circostanze particolari di disordine. Si assiste ad una dilatazione del concetto di ordine pubblico materiale e, conseguentemente, dei poteri di polizia, per far emergere la tutela dell'individuo non solo nei confronti degli altri consociati ma anche nei confronti di sè stesso, delle proprie convinzioni e scelte personali. Il punto di svolta risiede nel non avere ritenuto necessario che all'eventuale turbamento dell'ordine morale seguisse un disordine materiale. Sufficiente è stato il mero pericolo di intaccare la dignità umana[26], protetta anche contro il suo stesso titolare. Il Conseil d'État si è limitato a rilevare la lesione della dignità umana, sull'assunto implicito che solo essa avrebbe potuto integrare la nozione (legislativa) di ordine pubblico. Germina in questo fertile transnazionale contesto l'idea di una sorta di ordine pubblico filantropico e non più relegato alla funzione di protezione di beni ed interessi giuridici[27]. In Italia sarà Gaetano Silvestri ha privilegiare l'idea che la tutela della dignità umana non necessiti neppure un'operazione di bilanciamento, poiché essa stessa è la bilancia, l'immagine stessa della persona umana, il «punto "archimedico" di tutto il sistema costituzionale dei diritti e dei poteri»[28].

Si configura almeno un vantaggio nell'individuare nella tutela della dignità umana la sostanza e il fine ultimo del buon costume costituzionale: evitare di incorrere in un conformismo di Stato ai valori predominanti che può essere non solo pericoloso, ma anche lesivo del principio di laicità, di quel principio il cui uso consente un rinvio a valori reali della società nell'ottica del vivere fraternamente insieme, obiettivo prioritario e allo stesso tempo necessità ineludibile, in una realtà ormai irreversibilmente protesa verso la multiculturalità, che esprime sensibilità religiose differenti dalle tradizionali, incarnate nei c.d. nuovi movimenti religiosi.

4. Il dialogo nella sua duplice dimensione interconfessionale e interistituzionale ispirato al principio supremo della laicità[29], di cui il nostro paese

[26] M. Gros, *"Prima lezione di diritto": ordine morale, dignità umana e "neutralità" del diritto. Dal lancio del nano al comico razzista*, cit., p. 254.

[27] G. Resta, *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, VI, *Interferenze*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 15 ss.

[28] G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *dirittopenitenziarioecostituzione.it*, p. 1.

[29] *Ex multis* si vedano: G. Dalla Torre, *Laicità dello Stato: una nozione giuridicamente inutile?,* in *Riv. int. fil. dir*., n. 2 del 1991, pp. 274-300; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 74 ss.; M. Tedeschi, *Il principio di laicità nello stato democratico*,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

è portatore del modello forse più complesso e funzionale alla soluzione dei problemi di convivenza multireligiosa e multiculturale[30], consente, dunque, di trovare incontro nel terreno comune che è la dignità umana di cui il buon costume diventa strumento di tutela, e in qualche modo chiave ermeneutica[31]. Nel dedalo delle possibili definizioni di buon costume ne emerge una che trovo compatibile con queste riflessioni e forse anche con le due differenti visioni dell'uomo, quella di matrice cristiana e quella proveniente dalla cultura liberale-radicale: il buon costume nasce da una comprensione razionale della morale, che è anche influenzata dalla fede religiosa, in sostanza deriva dalla ricerca e dalla pratica del bene che ha come centro l'essere umano. Questo in estrema sintesi il magistero di Benedetto XVI sul tema del buon costume inserito nel contesto di una più ampia riflessione critica sul relativismo etico contemporaneo[32], che ci suggerisce di orientare

Rubbettino, Soveria Mannelli, 1996; J. Pasquali Cerioli, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2006; M. Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2007, pp. 106-110; R. Coppola, C. Ventrella, *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive*, Cacucci, Bari, 2012; F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, a cura di A. Bettetini, G. Lo Castro, 13ª ed., Zanichelli, Bologna, 2020, pp. 43-50; S. Berlingò, *Libertà di religione e laicità nella comunità politica: dalla "laicità all'italiana" alla "laicità europea",* in S. Berlingò, G. Casuscelli, *Diritto ecclesiastico italiano. I fondamenti. Legge e religione nell'ordinamento e nella società di oggi*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 216 ss.; F. Alicino, *Laicità e bilateralità a trent'anni dalla sentenza madre. I test dell'Islam italiano e dell'ateismo militante,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1 del 2021, p. 22 ss.; N. Colaianni, *Trent'anni di laicità,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 21 del 2022, p. 52 ss.

[30] Cfr. M. Ricca, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale,* Dedalo, Bari, 2008; G. Anello, *"Fratture culturali" e "terapie giuridiche". Un percorso giurisprudenziale tra multiculturalità e soluzioni interculturali,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2009, pp. 1-34; P. Consorti, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013. Per la letteratura straniera sul punto si rinvia a C. Taylor, K.A. Appiah, J. Habermas, S.C. Rockefeller, M. Walzer, S. Wolf, *Multiculturalism: Expanded Paperback Edition*, The University Center for Human Values Series, 1994; H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000; R.H. Williams, *Religion and Multiculturalism: A Web of Legal, Institutional, and Cultural Connections*, in *The Sociological Quarterly*, 56, 2015, pp. 607-622; A.S. Roald, *Multiculturalism and Pluralism in Secular Society: Individual or Collective Rights?*, in *https://www.cmi.no/publications/file/4239-multiculturalism-and-pluralism-in-secular-society.pdf*, pp. 147-165.

[31] Questa in estrema sintesi la lettura di Roberto Bin sul caso del «nano», la cui volontà di utilizzare la sua peculiare condizione fisica per lucrare al solo fine della sua sopravvivenza non può essere prevalente sulla percezione del disvalore della condotta in essere alla luce di una comune convinzione che si tratti di comportamento che violi il buon costume e pregiudichi il valore assoluto della dignità umana, così R. Bin, *La corte, i giudici e la dignità umana*, in *www.robertobin.it/ARTICOLI/editoriale_biodiritto.pdf*.

[32] Benedetto XVI, *Missa pro eligendo Romano Pontifice*, 18 aprile 2005, in *www.vatican.va/gpII/documents/homily-pro-eligendo-pontifice_20050418_it.html*.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

l'attenzione su un problema non certo di minore impatto: ammesso che si convenisse nel ritenere la dignità umana come il contenuto essenziale del concetto limite di buon costume, condiviso da qualsivoglia possibile concezione etica, quale concezione antropologica sarebbe, a sua volta, sottesa alla definizione del concetto di dignità umana? Esiste accordo sul valore supremo da assegnare alla persona umana e convergenza sull'idea di persona umana stessa, così continuamente alterata dall'uso della biotecnologia e percepita come fluida perfino nei suoi tratti biologici determinanti, fino ad essere deprivata di quelle ataviche certezze attinenti al momento della sua apparizione nel grembo materno fino alla determinazione della sua fine; certezze divenute, ormai, momenti disponibili e oggetto di richieste egoriferite?[33]. Questa è forse l'eterna sfida dell'uomo prima ancora che del giurista[34], chiamato a risolvere, correggere, integrare, interpretare, garantire, districandosi tra «diritti infelici»[35] e pretese eccentriche, avendo sempre presente un'idea di autodeterminazione individuale che si fa sempre più vasta, inclusiva non solo dei profili meramente fisici, ma complessivamente esistenziali e ontologici della persona in tutte le fasi e i settori in cui si declina la sua vita, non ultimo quello delle opzioni religiose che, per dirla con Foucault, rientrano, dunque, nel controllo del *bios* da parte dello Stato[36]. Se le istituzioni da una parte si aprono ad accogliere ed integrare semi di diversità, culturale e religiosa, in nome della democratica laicità, dall'altra predispongono limiti ed eventuali correttivi alle situazioni che dovessero pregiudicare la tenuta del sistema, anche osteggiando o circoscrivendo la

[33] Il concetto di dignità umana diviene argomento principe nelle questioni biotiche sul diritto alla salute e all'autodeterminazione ultimamente esaminati e diversamente inquadrati dalla giurisprudenza. P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2000, II, p. 1 ss.; sull'autodeterminazione si vedano *ex multis* M. Fioravanti, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in *www.astrid-online*, 9-10 gennaio 2008 e L. Luciani, *"L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacrónica",* in *Diritto e società*, 2009, p. 20 ss.

[34] La questione antropologica nasce nel momento in cui si verifica con una forza ed estremismo crescenti una trasformazione-diluizione di modelli di vita e valori di riferimento, che vengono trasferiti nelle scelte legislative, amministrative e giudiziarie, al punto da modellare gli «assetti sociali e i profili di una civiltà formatasi attraverso i secoli con il contributo determinante del cristianesimo», si veda *I 90 anni di Ruini, dal Vangelo una cultura che dà vita,* 19 febbraio 2021, in *www.vaticannews.va/it/chiesa/news/2021-02/90-anni-cardinale-camillo-ruini-progetto-culturale.html*. Per una breve ma illuminante lettura sul punto si rinvia a V. Costa, *La questione antropologica nell'analisi fenomenologica*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics,* XII, 2010, 2, pp. 137-163;

[35] L'espressione è di M. Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5283-la-necessita-di-diritti-infelici-il-diritto-di-morire-come-limite-allintervento-penale*, 15 marzo 2017.

[36] M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I [ed. or.: *La volonté de savoir*, Gallimard, Parigi, 1976], Feltrinelli, Roma, 2016, pp. 120-123.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

volontà stessa del singolo che, in nome del buon costume, viene ricondotto ad una correzione delle bizzarre manifestazioni della propria personalità. La clausola oggetto del nostro discorrere diviene baluardo di tutela di quella *eterna veritas* che deve essere la dignità umana, soprattutto in questa nostra post-modernità, che avendo abdicato al discorso metafisico sembra aver perduto i suoi postulati fondamentali, naufragando in un desolante trans-umanesimo, falsamente significante una sorta di *enhancement*[37].

5. A motivo di queste suggestioni rifletto su una vicenda, rimbalzata agli onori della cronaca italiana nelle ultime settimane, apostrofata come la «storia della famiglia nel bosco», che ha portato i giudici del tribunale dell'Aquila a prendere decisioni duramente criticate dall'opinione pubblica, come l'allontanamento dei bimbi dai genitori e, successivamente, la separazione dei figli dalla madre[38], la quale si rifiuta di transigere sulle sue rigide credenze riguardanti educazione e modalità di vita dei figli minori. Sebbene il clamore iniziale suscitato dalle scelte spirituali non conformiste della donna sia in qualche modo scemato e gli organi competenti precisano che non vi siano pregiudizi di sorta a motivare le decisioni, la limitazione della potestà genitoriale potrebbe, invece, anche leggersi alla luce di un impatto sociale negativo generato dalla visione spirituale radicale della madre, ritenuta, nella sua applicazione al quotidiano, non adatta ai minori e confliggente con alcuni diritti dei piccoli ad usufruire di garanzie costituzionalmente garantite per il loro corretto sviluppo psicofisico. Nelle pronunce si parla chiaramente di «ostatività della convivenza materna e la sua incidenza pregiudizievole sul percorso educativo e relazionale dei minori», ai quali deve essere riconosciuto un percorso educativo che consenta di maturare una personalità in grado di determinarsi in modo autonomo, facendo propri i valori della comunità a cui appartiene e realizzando proficui rapporti interpersonali[39]. L'ordinamento giuridico si interroga anche alla luce delle normative europee in questo senso[40], evidenziando la necessità di

[37] Sulla teoria del transumanesimo si vedano: J. Habermas, *The Future of Human Nature*, Cambridge, UK, Polity, 2003; *www.transhumanism.org*. Inoltre, si possono trovare numerosi spunti sulla teoria nel volume di N. Bostrom, *A History of Transhumanist Thought,* in *Journal of Evolution and Technology*, 14 (1), 2005, pp. 1-25; S. Young, *Designer Evolution: a transhumanist manifesto,* New York, Prometheus Books, 2006.

[38] Corte d'Appello di L'Aquila, Sezione Minori, Ordinanza del 16 dicembre 2025, Consigliere Relatore Dott.ssa Carla Ciofani e successivo Decreto del 5 marzo 2026.

[39] F. Zullo, *Le relazioni che fortificano: la rete affettiva dei ragazzi fuori dalla famiglia di origine*, in *Cittadini in crescita*, consultabile online in *www.minori.gov.it/sites/default/files/CIC_26-31.pdf*, pp. 26-31.

[40] Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77; il riferimento ai *best interests* anche nel regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

vigilare su pratiche che, pur riconducibili all'esercizio del diritto di libertà religiosa, potrebbero, nei fatti, ledere la salute fisica o psichica dei giovani o impedire loro l'istruzione obbligatoria e la corretta e sana maturazione come individui completi[41]. In questa vicenda, le istituzioni si fanno portavoce dell'interesse a proteggere la «moralità» e l'integrità dei cittadini, in questo caso dei tre bambini[42], riconducibili al senso più ampio di dignità, e questo metavalore finisce per prevalere, sull'autonomia religiosa del singolo genitore, specialmente se portatore di una spiritualità innovativa, non istituzionalizzata secondo i parametri giuridici abituali, non ancora innestata nel tessuto sociale e non divenuta parte del senso morale comune. Le sfide di bilanciamento e garanzia di una equilibrata convivenza civile cui è chiamata la strategia della laicità[43], in un fervido contesto multiculturale, sono destinate a non esaurirsi[44], lungo il cammino della storia percorsa e da percorrere, e, forse, a trovare composizione nel riconoscimento della dignità di ogni persona umana, «ciascuno con la ricchezza della sua fede o delle sue convinzioni, ciascuno con la propria voce»[45].

[41] G. Vannoni, *L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione*, in *Consulta online*, 2, 2017, pp. 298-309; R. Rivello, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *MINORIGIUSTIZIA*, Fascicolo 2011/3, pp. 15-27; M.Tamponi, *L'educazione religiosa del minore nella società multiculturale*, in *Società multiculturale e diritto delle relazioni familiari*, a cura di G. Cataldi e R. Montinaro, Università degli Studi L'Orientale di Napoli, Napoli, 2021, pp. 187-205.

[42] Un esempio di provvedimento restrittivo può trovarsi nella decisione del Tribunale di Prato (11.02.2009) dove un padre chiese l'affidamento esclusivo in quanto la madre del minore, avendo abbracciato la confessione dei testimoni di Geova, ripetutamente attuava comportamenti che avevano causato degli effetti negativi sul figlio di cinque anni, privato delle comuni possibilità di interagire socialmente con i coetanei e a rischio anche di vita per la volontà dichiarata della donna di non procedere con alcuni tipi di cure mediche ove fosse stato necessario.

[43] G. Cimbalo, *Laicità come strumento di educazione alla convivenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Marzo 2007; M. Ricca, *Dike meticcia. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, p. 104.

[44] L. Guerzoni, *Il principio di laicità tra società civile e Stato*, in *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1996, p. 60.

[45] Francesco, Lettera enciclica *Fratelli tutti*, 3 ottobre 2020, n. 8, in *www.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Andrea Micciché

Nuovi movimenti religiosi, "buon costume" e laicità: le frontiere dell'art. 19 Cost.

Sommario: 1. Un mutamento di sensibilità lungo sessant'anni. – 2. L'art. 19 Cost. alla prova dei nuovi movimenti religiosi. – 3. Il caso della Chiesa del Santo Daime. – 4. A modo di conclusione: il «buon costume» costituzionale e la dignità della persona.

1. Sfogliando le pagine di uno dei classici della disciplina del diritto ecclesiastico italiano, il *Manuale* di Vincenzo Del Giudice nell'edizione del 1959, all'interno del cap. III della parte generale, dedicato alle previsioni costituzionali in materia di fattore religioso, il lettore si imbatterà nel paragrafo 42, intitolato *Osservazioni conclusive sull'esercizio dei culti*[1]. In modo sagace e utilizzando un linguaggio che oggi sarebbe considerato scorretto, l'Autore enumerava le devianze religiose da prevenire e reprimere. Secondo lui, l'espansione della libertà religiosa – o meglio, del libero esercizio dei culti acattolici –, qualora non frenata da appositi presidi di pubblica sicurezza, avrebbe condotto a «risultati paradossali»[2].

Nel dimostrare l'assunto, Del Giudice faceva riferimento alla proliferazione in Italia e in Europa di gruppi religiosi che diffondevano idee che si distinguevano dal comune sentire della società di poco più di sessant'anni fa, che si presentava tendenzialmente omogenea sul piano culturale:

> Basterebbe seguire le cronache quotidiane per convincersi che veramente, come ammonisce l'*Ecclesiaste* (I, 15), «*stultorum infinitus est numerus*», e che anche gruppi confessionali di nuovissimo conio, informati alle dottrine più bislacche, che ricadono talvolta nel dominio della vera psicopatologia, pullulino un po' dovunque, fuori d'Italia e in Italia (dove, seppure alcuni d'essi ora non manchino, potrebbero, prima o poi, infiltrarsi e dilagare), e trovino incremento tra moltitudini di semplici o tra turbe di profittatori, aggiungendosi a quelli preesistenti, già numerosi[3].

L'osservazione riguardava non soltanto culti ben strutturati, come i Testimoni di Geova – che venivano censurati per la loro contrarietà alla vita

[1] V. Del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 9ª ed., Giuffrè, Milano, 1959, pp. 154-157.

[2] Ivi, p. 154.

[3] *Ibidem*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

politica e per l'obiezione di coscienza avanzata rispetto alla leva militare e alla difesa della patria –, ma anche altre denominazioni difficili da ricostruire nella loro fisionomia, sia per le incomprensioni delle fonti coeve, sia per il carattere localistico di alcune entità. Erano menzionati, per esempio, i «Testimoni di Cristo», che predicavano l'astensione da qualunque trattamento medico; gli «Eletti Figli di Kempten», che pretendevano di sottrarsi agli obblighi tributari; i «Misteriosi culti di Haiti», che officiavano riti palesemente contrari al pudore; la «Confraternita giurisdavidica», che ebbe risonanza nella stampa per la pratica del battesimo del fuoco, a causa della quale alcuni abitanti della Maremma avevano subito lesioni.

Ma i reali destinatari degli strali dell'ecclesiasticista erano le autorità statali, in particolare la magistratura e le forze di polizia, perché, a suo parere, avevano considerato implicitamente abrogate dalle disposizioni costituzionali le previsioni contenute nel TULPS relative ai controlli preventivi all'attività delle confessioni diverse dalla cattolica, e si erano spinte al di là degli equilibri tracciati dalla Corte costituzionale[4].

Nel sessantennio intercorso tra la pubblicazione del *Manuale* e i giorni nostri, la sensibilità è notevolmente mutata, come dimostrano le acquisizioni in tema di laicità, pluralismo, centralità della persona e tutela dei diritti fondamentali che connotano il nostro ordinamento, sempre più inserito nelle dinamiche sociali della globalizzazione, della secolarizzazione e dell'ibridazione culturale, e sempre più segnato dai processi di integrazione europea e di uniformazione degli standard di protezione delle libertà a livello sovranazionale[5].

[4] Il riferimento di Del Giudice (ivi, pp. 147-152) è alle sentenze della Corte costituzionale che, nei primi anni d'attività, censurarono molteplici disposizioni del TULPS e della l. n. 1159 del 1929 per contrasto con le libertà sancite nella Costituzione repubblicana (Corte Cost., 14 giugno 1956, n. 1; 18 marzo 1957, n. 45; 24 novembre 1958, n. 59). Cfr. A. Pace, *Le libertà individuali*, in *Costituzionalismo.it*, 2008, 2, pp. 1-54 (soprattutto, pp. 7-10); A. Albisetti, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 2010, pp. 1-12; V. Pacillo, *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 41-55; G.P. Dolso, *Origine ed evoluzione della giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta online*, 2025, 3, pp. 1827-1885 (in particolare, pp. 1852-1864). Una prospettiva sul progressivo superamento della concezione di Vincenzo Del Giudice circa i limiti alla libertà religiosa è offerta da vedasi O. Condorelli, *Attualità di Francesco Scaduto. Riflessioni a margine di uno scritto del 1914 in tema di libertà religiosa e uguaglianza*, in *Diritto e Religioni*, 2015, X, 2, pp. 163-206 (soprattutto, pp. 196-200).

[5] Sulle trasformazioni della laicità nel diritto italiano segnalo, senza pretesa di esaustività: N. Bobbio, *Laicità. Domande e risposte in 38 interviste (1988-2003)*, a cura del Comitato torinese per la laicità della scuola, Claudiana, Torino, 2003; O. Chessa, *La laicità come uguale rispetto e considerazione*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, pp. 27-49; G. Casuscelli, *Le laicità e le democrazie: la laicità della "Repubblica democratica" secondo la Costituzione italiana*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2007, 1, pp. 169-202; M. Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2007, pp. 106-110; S. Troilo, *La libertà religiosa a sessant'anni dalla Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, dicembre

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Non solo: in un clima di generale sfiducia per il legalismo occidentale, i consociati, più che riconoscersi nell'appartenenza alla comunità statale, danno maggiore importanza all'adesione al gruppo religioso di cui condividono la fede, e rivendicano il diritto a un modo di vivere e agire «differente» dal resto della popolazione; parallelamente, le confessioni religiose divengono protagoniste nello spazio pubblico, perché chiedono margini sempre più ampi di libertà e azione per esercitare la propria influenza non soltanto sui propri membri, ma anche sulle istituzioni[6].

In questo contesto la fisionomia culturale dei Paesi europei muta, creando così un panorama disomogeneo nel quale è difficile orientarsi. Per il vero, le reali chiavi di lettura del fenomeno sono proprio la frammentazione e la multiculturalità, delle quali gli ordinamenti sono sempre più chiamati a farsi carico, da un lato, per garantire un'effettiva tutela alle libertà consacrate nelle Carte dei diritti, dall'altro, per mantenere la coerenza del sistema e la pacifica convivenza[7].

2008, pp. 1-49; A. Ferrari, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Carocci, Roma, 2012; G. Dalla Torre, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 36-47; P. Cavana, *Confessioni religiose, pluralismo e convivenza: osservazioni sulla recente esperienza italiana*, in *Democrazie e religioni. Libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del Convegno Nazionale ADEC Trento, 22-23 ottobre 2015*, a cura di E. Camassa, Università degli Studi di Trento, Trento, 2016, pp. 195-222; C. Cardia, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2019, pp. 115-154; F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, a cura di A. Bettetini, G. Lo Castro, 13ª ed., Zanichelli, Bologna, 2020, pp. 43-50.

[6] Cfr. P. Glenn, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 2ª ed., OUP, Oxford 2004, pp. 48-57; S. Ferrari, *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 9-13; G. Pino, *Identità personale, identità religiosa e libertà individuali*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2008, 1, pp. 119-151; G. Macrì, M. Parisi, V. Tozzi, *Diritto civile e religioni*, Laterza, Bari, 2013, pp. 111-127; G. Macrì, *Il ruolo delle organizzazioni religiose in Italia e in Europa tra rappresentanza degli interessi e attività di lobbying*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2013, 8, pp. 1-15; Id., *Il lobbying religioso. Il caso italiano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, 3, pp. 669-686; P. Lillo, *Rilevanza pubblica delle comunità religiose nella dimensione giuridica europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, 28, pp. 1-45; V. Pacillo, B. Hussen, *Lezioni di diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2025, pp. 38-46.

[7] Cfr. M. Ricca, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008; Id., *Dike meticcia. Rotte di diritto interculturale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008; Id., *Norma, autorappresentazione identitaria, memoria culturale. Alterità e storia nell'agire giuridico interculturale*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2010, 2, pp. 521-552; P. Consorti, *Hanno ragione tutti!» Profili di gestione dei conflitti interculturali ed interreligiosi*, in *Gestire i conflitti interculturali ed interreligiosi. Approcci a confronto*, a cura di P. Consorti, A. Valdambrini, Edizioni Plus, Pisa, 2009, pp. 9-30; Id., *Nuovi razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regolamenti condominiali nella società multiculturale*, in *Intercultura, nuovi razzismi e migrazioni*, a cura di I. Possenti, Edizioni Plus, Pisa, 2009, pp. 99-128; Id., *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013; G. Anello, *"Fratture culturali" e "terapie giuridiche". Un percorso giurisprudenziale tra multiculturalità e soluzioni interculturali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2009, pp.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Pertanto, per quanto sia anacronistica l'impostazione di Del Giudice, permane quantomai attuale la sfida lanciata, ossia l'identificazione dei criteri che possano guidare il decisore pubblico nel compiere il delicato bilanciamento tra l'esercizio della libertà religiosa e gli altri valori e principi irrinunciabili e «laicamente non negoziabili», che caratterizzano l'ordinamento nella sua essenza costitutiva.

2. Queste considerazioni, che già impegnano l'operatore del diritto con riguardo ai crescenti conflitti con le confessioni religiose «tradizionali» o con un radicamento in Italia – basti pensare, per rimanere nel campo dei monoteismi, ai dibattiti suscitati dalla circoncisione o dalla macellazione rituale praticate nell'ebraismo o nell'islam[8] – acquistano ben altro spessore

1-34; I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano, 2012, pp. 217-267; T. Groppi, *Multiculturalismo 4.0*, in *Osservatorio AIC*, 2018, 1, pp. 1-14; F. Oliosi, *Giustizia divina, diritti umani. Il conflitto tra diritti umani e diritti religiosi nell'Europa multiculturale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020. Una revisione della denominazione di diritto interculturale in favore di quella di diritto transculturale è offerta da S. Berlingò, *Pluralismo religioso e democrazia transculturale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022. In chiave critica, nella prospettiva della laicità come "antidoto" contro le forme di multiculturalismo che sfociano nella negazione dei valori costitutivi dell'Europa e dei diritti umani, si esprime C. Cardia, *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, islam*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo, 2007, pp. 147-195.

[8] Per quanto riguarda la circoncisione, mi limito a segnalare il lavoro monografico di A. Angelucci, Dietro *la circoncisione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, Giappichelli, Torino, 2018, nonché P. Lillo, *La circoncisione ebraica: profili di diritto ecclesiastico*, in *Arch. Giur. F. Serafini*, 2001, 3, pp. 377-394, F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 224-229, A. Ceserani, *Quando la circoncisione rituale maschile diventa reato culturalmente motivato*, in *Dir. eccl.*, 2012, 1-2, pp. 389-402, A. Licastro, *La questione della liceità della circoncisione "rituale" tra tutela dell'identità religiosa del gruppo e salvaguardia del diritto individuale alla integrità fisica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2019, 22, pp. 28-67, e V. Fronzoni, *La circoncisione maschile in Occidente. Discriminazioni e pronunce giurisprudenziali*, in *Libertà religiosa ed uguaglianza. Casi di discriminazione in Europa e nel contesto internazionale*, Quad. Monografico 2 della Rivista *Diritto e Religioni*, Luigi Pellegrini, Cosenza, 2020, pp. 121-132. Circa la macellazione rituale, si vedano i contributi di P.P. Onida, *Macellazione rituale e status giuridico dell'animale non umano*, in *Diritto@Storia*, 2007, 6, pp. 1-24, S. Pitto, *La compatibilità tra macellazione rituale e indicazione di origine biologica fra libertà religiosa e tutela dei consumatori*, in *DPCE online*, 2019, XXXIX, 2, pp. 1789-1796; A. Palmieri, *"De esu carnium" La macellazione rituale: tra protezione del benessere animale e tutela delle minoranze religiose*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2021, XV, 3, pp. 63-68; R. Benigni, *La macellazione rituale nel diritto dell'UE. Vecchi e nuove ragioni di una deroga in favore della libertà religiosa*, in *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, a cura di E.M. Incutti, E. Battelli, G. Spoto, M. Lottini, Roma Tre-Press, Roma, 2022, pp. 131-144; G. De Ruggiero, *Macellazione Religiosa e Morale Pubblica: la Corte EDU nel caso "Executief van de Moslims van België e a. c. Belgio"*, in *Rivista di diritti comparati*, 2025, 2, pp. 354-366; S. Aceto di Capriglia, *Benessere animale come parametro della "morale pubblica" europea: un focus alla luce della libertà religiosa*, in *Diritto e Religioni*, 2025, XX, 2, pp. 90-122.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

non appena si sposti l'attenzione sui nuovi movimenti religiosi, sulle cui caratteristiche identificative neppure vi è consenso in dottrina.

Il campo dei nuovi movimenti religiosi, definiti efficacemente come «una minoranza tra le minoranze»[9], è, infatti, ancora saldamente in mano agli studi antropologici e sociologici, ma poco approfondito dalla scienza ecclesiasticistica. Gli stessi ordinamenti non sembrano cogliere la sfida del pluralismo confessionale che si manifesta in forme sempre nuove e imprevedibili e, in mancanza di un aggiornamento della normativa auspicato in dottrina[10], bisogna ancora fare i conti con la legge sui culti ammessi, risalente al ventennio fascista, e non adatta a cogliere le specificità delle «esperienze del sacro» che emergono nella contemporaneità.

Un primo interrogativo che il giurista si può porre è circoscrivere il perimetro definitorio: studiare i nuovi movimenti religiosi dalla prospettiva delle relazioni con lo Stato e la comunità civile significherebbe, dunque, comprendere se esistano differenze di fatto o di diritto tra detti movimenti e le confessioni religiose vere e proprie, ed eventualmente quali siano. In un secondo momento, bisognerebbe valutare le declinazioni del principio di uguaglianza nei confronti di queste formazioni sociali, così da adempiere al precetto fondamentale di giustizia dell'*unicuique suum tribuere*, anche mediante lo strumento della bilateralità pattizia[11].

Se si segue l'orientamento classico degli studi sociologici, vi sarebbero differenze sostanziali tra una confessione e un nuovo movimento religioso o, per usare una terminologia risalente e con indubbia valenza negativa, setta; tuttavia, come si è già detto, persistono dissensi sul discrimine: a titolo esemplificativo, vi è chi sottolinea l'aspetto della strategia di comunicazione del

[9] N. Tonti, *Il nuovo pluralismo religioso. Le minoranze confessionali emergenti e la politica ecclesiastica italiana*, Bologna University Press, Bologna, 2025, p. 91.

[10] Per una panoramica sulle proposte di superamento della l. n. 1159 del 1929, si veda L. Di Gregorio, *Laicità e progetti per una legge generale sulla libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, 21, pp. 67-87.

[11] Rimane sempre attuale l'insegnamento di F. Ruffini, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1901, p. 18. Sulle intese come strumenti di garanzia dell'uguaglianza nella libertà, rinvio a F. Finocchiaro, *Art. 8 Cost.*, in *Comm. Cost.* Branca, Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, pp. 390-399, 418-434; E. Vitali, *Accordi con le confessioni e principio di uguaglianza*, in Id., *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 162-178; N. Colaianni, *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Cacucci, Bari, 1990, pp. 198-258; F. Alicino, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 37-41, 44-64; M. d'Arienzo, *Autonomia confessionale e principio di bilateralità*, in *Le intese: attualità e prospettive, prendendo spunto dalla recente Intesa con la Chiesa d'Inghilterra*, a cura di M. d'Arienzo, M. Ferrante, F. Di Prima, Luigi Pellegrini, Cosenza, 2023, pp. 84-95; F. Di Prima, *Specificità religioso-cultuali dell'intesa*, ivi, pp. 152-178; O. Condorelli, *Considerazioni 'in libertà' su intese e libertà religiosa*, ivi, pp. 193-197; M. Ventura, *Le confessioni religiose «egualmente libere»: brevi note sulla attualità e l'inattualità di una formula costituzionale*, in *Dir. eccl.*, 2024, 3-4, pp. 849-857.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

fattore religioso, che mette in secondo piano gli aspetti organizzativo-istituzionali e si focalizza sulla capacità di «mobilitare» le masse e creare esperienze spirituali[12]; vi è, poi, chi fa leva sul sincretismo e l'eclettismo delle dottrine veicolate[13]; ancora, vi è chi mette in luce l'approccio divergente e non dogmatico rispetto alle domande esistenziali che interpellano l'uomo, ossia l'origine della vita, l'esistenza ultraterrena, l'unicità dell'uomo nel cosmo[14]; e così via.

Ricerche più recenti, invece, tendono a considerare in modo unitario il fenomeno religioso e sostengono che tutte le confessioni attraversano uno stadio fondativo nel quale si evidenziano maggiormente le proprietà correntemente attribuite ai nuovi movimenti religiosi, per poi istituzionalizzarsi e, in un certo senso, normalizzarsi: centralità del leader carismatico, chiusura verso l'esterno, percorsi iniziatici segreti, senso di "elezione" degli adepti da parte della divinità, profezie di imminenti scenari apocalittici, opposizione alla morale corrente e critica alle strutture di potere sarebbero profili comuni a molti culti, compresi quelli tradizionali al tempo della loro comparsa[15].

Senza volere entrare nel dilemma sull'identità dei nuovi movimenti religiosi, credo che il nocciolo della questione sia la misura in cui tali elementi «socialmente distonici» incidano sulla vita giuridica del gruppo, rendendolo un pericolo per il *vivre ensemble*, o, al contrario, una formazione meritevole di tutela[16].

Tale approccio trova conforto negli strumenti di *soft law* adottati dalle istituzioni internazionali e sovranazionali europee negli anni Novanta. Le raccomandazioni nn. 1178/1992 e 1412/1999 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa e la risoluzione n. 259/1996 del Parlamento Europeo[17],

[12] Cfr. M. Klenk, *New Religious Movements in Global Perspective. A Systems Theoretical Approach*, in *Zeitschr. für junge Religionswissenschaft*, 2012, 7 (*http://journals.openedition.org/zjr/364*).

[13] Cfr. *Encyclopaedia of New Religious Movements*, a cura di P. Clarke, Routledge, London-New York, 2006, pp. vi-xiii.

[14] Cfr. E. Barker, *New religious movements: their incidence and significance*, in *New religious movements: challenge and response*, a cura di B. Wilson, J. Cresswell, Routledge, London, 1999, pp. 15-32.

[15] Cfr. O. Hammer, M. Rothstein, *The Cambridge Companion to New Religious Movements*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 1-9.

[16] Cfr. N. Tonti, *op. cit.*, pp. 91-157.

[17] Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, Raccomandazione *Sects and new religious movements*, n. 1178 del 1992 (*https://pace.coe.int/en/files/15212/html*); Ead., Raccomandazione *Illegal activities of sects*, n. 1412 del 1999 (*https://pace.coe.int/en/files/16713/html*); Parlamento Europeo, *Risoluzione sulle sette in Europa*, n. 259 del 1996 (*https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:51996IP0259&qid=1772732029385*). Su questi strumenti legali, cfr. M. Introvigne, *Rapporti parlamentari e governativi sulle "sette" in Europa occidentale, 1996-1999*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1999, 2, pp. 397-421.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

distinguendo tra sette che operano nella piena legalità e sette che agiscono illecitamente, hanno invitato gli Stati membri di entrambe le organizzazioni internazionali ad approfondire il controllo sulle comunità di fede di più recente istituzione o diffusione, al fine di valutare i rischi sulla collettività e sugli individui.

Il punto critico dello scrutinio che i singoli ordinamenti dovrebbero operare è quello dell'apparire del culto nel territorio nazionale: proprio in tale momento nevralgico avviene il contatto tra visioni del mondo, costumi e riti, in grado di suscitare non soltanto disorientamento e preoccupazione, ma anche messa in pericolo dei beni giuridici.

Tuttavia, nella prospettiva contemporanea, in cui le istituzioni sono un presidio per la libertà, l'uguaglianza e i diritti della persona, i provvedimenti limitativi sull'esercizio del culto non potranno che essere successivi e rivolti alla repressione degli illeciti che si siano verificati concretamente nell'ambito confessionale.

Ciò è ancor più vero nell'assetto italiano: al contrario di altri ordinamenti europei non esiste un sistema di registrazione delle confessioni, come in Spagna[18], né una legislazione speciale contro le sette e le loro attività eventualmente illecite, come in Francia[19].

Anzi, l'art. 19 Cost., per marcare il superamento della legislazione previgente, menziona espressamente quale limite alla libertà religiosa soltanto la contrarietà dei riti al buon costume[20], con la conseguente inammissibilità di un controllo astratto sul contenuto di fede e sull'ideologia diffusi dalla confessione[21]. Se si aggiunge l'art. 8 Cost., che riconosce l'autonomia organizzativa delle confessioni e formalizza il dialogo interistituzionale tra queste e lo Stato, si giunge alla conclusione che anche i nuovi movimenti religiosi hanno, in sé considerati, diritto di cittadinanza.

La questione, dunque, si sposta sul potenziale eventualmente deviante di cui si fanno portatori e sulla carica lesiva che detta devianza ha sui beni giuridici protetti: peraltro, quand'anche si rilevi una messa in pericolo di valori

[18] Cfr. M. Garcimartín Montero, *Las confesiones religiosas*, in *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, a cura di J. Ferrer Ortiz, 7ª ed., EUNSA, Pamplona, 2026, pp. 230-235, nonché E. Herrera Ceballos, *El registro de entidades religiosas. Estudio global y sistemático*, EUNSA, Pamplona, 2012.

[19] Cfr. M.C. Ivaldi, *Alcune considerazioni sulla regolamentazione dei movimenti a carattere settario nell'ordinamento francese*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, 29, pp. 1-31; C.M. Pettinato, *Sui controlli fiscali discriminatori in danno della libertà religiosa. Brevi spunti di riflessione*, in *Diritto e Religioni*, 2013, VIII, 2, pp. 193-216; F. Jerrari, *Les sectes dans le contentieux administratif: de la mobilisation du droit au profit des groupements à celle au profit des adeptes*, in *La Revue des droits de l'homme. Actualités Droits-Libertés*, gennaio 2024 (*https://journals.openedition.org/revdh/19160*).

[20] Cfr. F. Finocchiaro, *Art. 19 Cost.*, in *Comm. Cost.* Branca, cit., pp. 472-477.

[21] Cfr. D. Barillaro, *Considerazioni preliminari sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1968, pp. 132-139.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

essenziali per l'ordinamento, l'insegnamento della Corte EDU impone che l'intervento statale sia, a parità di efficacia, il meno intrusivo possibile[22].

3. Per passare dalla teoria alla prassi, propongo all'attenzione il caso emblematico delle Chiese del Santo Daime. Nella galassia dei nuovi movimenti religiosi, questo gruppo non è tra i più conosciuti in Italia, sebbene abbia alle spalle più di cento anni di storia. La sua origine è da collocare nella foresta amazzonica per opera di Raimundo Irineu Serra (São Vicente Ferrer, Maranhão, 1892 - Alto Santo, Acre, 1971), il quale, intorno agli anni Venti del Novecento, unì sincreticamente le pratiche devozionali cristiane e le credenze animistiche latinoamericane[23]. In Italia, il culto è presente tramite l'organizzazione denominata ICEFLU, che sarebbe la sigla in portoghese di *Igreja do Culto Ecléctico da Fluente Luz Universa*[24].

L'elemento che ha acceso i riflettori su questa esperienza religiosa è l'assunzione del «Santo Daime» da parte degli adepti durante le liturgie: esso consiste in una bevanda allucinogena a base di ayahuasca, che è il decotto di alcune piante originarie della Foresta Amazzonica. A seguito del decreto del Ministero della Salute del 23 febbraio 2022, l'ayahuasca e i suoi composti sono stati inseriti nella Tabella I del T.U. sugli stupefacenti, con la conseguenza che l'ICEFLU si è trovata nell'impossibilità di celebrare i propri riti. L'Associazione si è così rivolta alla giustizia amministrativa domandando l'annullamento del provvedimento.

Sebbene il ricorso sia stato rigettato in entrambi i gradi di giudizio, alcuni nodi motivazionali della sentenza di appello permettono di ricostruire un quadro che può orientare il giurista anche al di là della vicenda esaminata[25].

[22] Cfr. D. Durisotto, *Istituzioni europee e libertà religiosa. CEDU e UE tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pp. 109-125, e M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, ETS, Pisa, 2018, pp. 166-187.

[23] Cfr. *Biografia - Mestre Raimundo Irineu Serra*, in *Santo Daime. A Doutrina da Floresta* (*www.santodaime.org/site/religiao-da-floresta/mestre-irineu/biografiamestre*); E. Macrae, *Guiado por la Luna. Shamanismo y uso ritual de la ayahuasca en el culto del Santo Daime*, ed. spagnola di L. Endara, Ediciones Abya-Yala, Quito, 1998; Id., *El Santo Daime y la espiritualidad brasileña*, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2000; A. Groisman, *Santo Daime*, in *Encyclopedia of New Religious Movement*, cit., pp. 504-506; B. Caiuby Labate, G. Pacheco, *The Historical Origins of Santo Daime: Academics, Adepts, and Ideology*, in *The Internationalization of Ayahuasca*, a cura di B. Caiuby Labate, H. Jungaberle, Lit Verlag, Münster, 2011, pp. 72-84; M.G. Blainey, *Christ Return from the Jungle. Ayahuasca Religion as Mystical Healing*, Suny Press, Albany, 2021.

[24] Cfr. *Le Chiese del Santo Daime*, in *Le religioni in Italia*, a cura di M. Introvigne, P. Zoccatelli (*https://cesnur.com/movimenti-profetici-iniziati-nei-paesi-in-via-di-sviluppo/le-chiese-del-santo-daime/*); S. Bigliardi, *Santo Daime Narratives in Italy. Walter Menozzi, Stella Azzurra, and the Conceptualization of Ayahuasca and Science*, in *Alternative Spirituality and Religion Review*, 2018, IX, 2, pp. 190-219.

[25] La vicenda è stata approfondita da R. Rolli, M. D'Ambrosio, *Il "perimetro" della*

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Infatti, mentre il TAR Lazio aveva perentoriamente affermato che l'assunzione di sostanze psicotrope non fosse mai giustificata, neppure in un contesto religioso, in quanto contraria al «limite implicito che è connaturato a tutti i diritti […] rappresentato dalla necessità di tutelare altri diritti o interessi aventi rilevanza costituzionale»[26], il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 9897 del 2023, ha rintracciato nel sistema delle autorizzazioni previste dal T.U. un possibile punto di equilibrio.

Infatti, secondo il Collegio d'appello, «nel sistema del d.P.R. n. 309 del 1990 l'inserimento delle sostanze nelle tabelle di cui agli artt. 13 e 14 non implica di per sé un divieto assoluto di uso controllato delle predette sostanze, ma esclusivamente la sottoposizione di tali sostanze alla vigilanza e al controllo del Ministero della salute»[27].

Dopo avere confermato la correttezza dell'agire dell'amministrazione nell'inserire l'ayahuasca nella tabella delle sostanze psicotrope, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che nella legislazione residua lo spazio per un bilanciamento della protezione dell'integrità fisica e psichica con altri beni, ugualmente meritevoli, tra cui la libertà di culto. Sebbene in un *obiter dictum* della sentenza, gli strumenti per raggiungere l'equilibrio tra le posizioni sono stati individuati nel protocollo tra ente religioso e Ministero per l'approvvigionamento del Santo Daime e nella concessione di apposite autorizzazioni per l'uso controllato della sostanza[28].

In questo modo, il movimento religioso dovrebbe designare un componente con «la qualifica di autorizzato all'esercizio dell'officina farmaceutica», ai sensi dell'art. 36 d.P.R. n. 309 del 1990, che diventerebbe il responsabile davanti all'autorità del corretto impiego del Santo Daime, con la possibilità di importare la sostanza dal Brasile attraverso canali istituzionali gestiti dagli enti di ricerca, in possesso del permesso di cui all'art. 26 del medesimo d.P.R.; in alternativa, evitando il coinvolgimento di altri soggetti, la confessione potrebbe assumersi l'onere della produzione del Santo Daime sul territorio nazionale soggiacendo alle direttive dell'autorità di regolazione.

Aderendo al suggerimento offerto dal massimo organo di giustizia amministrativa, si riuscirebbe a tutelare l'interesse religioso (*rectius*, il diritto) del movimento, senza mettere a repentaglio l'incolumità dei consociati, giacché si prevedrebbero un costante monitoraggio e una cornice normativa definiti.

libertà di culto e la discrezionalità tecnica. Commento alla sentenza del Consiglio di Stato n. 9897 del 20 novembre 2023, in *Diritto e Religioni*, 2023, XVIII, 2, pp. 452-460, e da A. Miccichè, *Il consumo di ayahuasca per fini cultuali: il Santo Daime tra ordine pubblico sanitario e libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2024, 9, pp. 69-93.

[26] TAR Lazio, sez. III-*quater*, 7 aprile 2023, n. 6031, § 2.9.

[27] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 novembre 2023, n. 9897, «Diritto», § 3.

[28] Cfr. *ivi*, «Diritto», § 20.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Preme dire che, ad oggi, il Ministero ha risposto negativamente alla proposta di protocollo e all'istanza di autorizzazione avanzate dall'ICEFLU e che l'impugnazione del diniego è stata rigettata dal TAR Lazio nel settembre 2025, con una motivazione che si focalizza sulla carenza di garanzie sulla sicurezza del ciclo di produzione, stoccaggio, distribuzione e somministrazione della sostanza[29].

In chiave comparatistica, la pronuncia del Consiglio di Stato è accostabile all'indirizzo della Corte Suprema statunitense, espresso nella decisione *Gonzales v. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal* del 2006[30]. La magistratura federale, in quell'occasione, aveva ritenuto che la legislazione americana consentisse deroghe per ragioni cultuali alla proibizione di assunzione di composti contenenti DMT, ossia il principio attivo allucinogeno contenuto nell'ayahuasca. Nell'argomentare la soluzione, la Corte statunitense, da un lato, distinse tra consumo di ayahuasca notevolmente diluita, e ingestione di elevati quantitativi del composto; dall'altro, applicando lo *strict scrutiny test*[31], negò l'esistenza di un interesse inoppugnabile del Governo all'applicazione uniforme del *Controlled Substances Act*. Era, peraltro, la stessa legge a concedere all'*Attorney General* il potere di derogare ai requisiti di registrazione di alcuni produttori, distributori o rivenditori dei composti vietati, quando ritenesse la flessibilità coerente (*consistent*) con la salute pubblica e la sicurezza[32].

4. La vicenda sopra analizzata dimostra come l'Italia si distingua per un approccio caso per caso al fenomeno dei nuovi movimenti religiosi: invece di adottare una disciplina unitaria, il nostro ordinamento tende ad aprire canali di dialogo con gli attori istituzionali e a mantenere una certa flessibilità nell'adozione delle misure di compressione degli spazi di libertà.

È questa una delle conquiste della laicità «all'italiana»: non è sufficiente che gli organi pubblici si astengano dal compimento di atti che pregiudicano immotivatamente la libertà; essi, altresì, dovranno tentare di approntare,

[29] Cfr. TAR Lazio, sez. III-*quater*, 22 settembre 2025, n. 5387.

[30] Supreme Court of the United States, *Gonzales, Attorney General et al. v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal et al.*, n. 04-1084, 21 febbraio del 2006, in *United States Reports*, vol. 546, *Cases Adjudged in the Supreme Court at October Term, 2005*, a cura di F.D. Wagner, U.S. Government Printing Office, Washington, 2008, pp. 418-439. Il *casus belli* era la proibizione amministrativa del consumo del Santo Daime da parte del movimento religioso in attuazione del *Controlled Substances Act*. Cfr., inoltre, C.A. Dranka, M. Martins Casagrande, *Religious Freedom and Transnationalization. The Regulation of Brazilian Ayahuasca Religions under United States and Netherlands Jurisdiction*, in *SUR. International Journal on Human Rights*, 2019, XVI, 29, pp. 73-81.

[31] Cfr. S.H. Barclay, *Strict Scrutiny, Religious Liberty, and the Common Good*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2023, XLVI, 3, pp. 937-955.

[32] Cfr. *United States Code*, 21, § 822 (d)

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

secondo canoni di equità e proporzionalità, le precauzioni per contenere lo svantaggio derivante dall'impossibilità legale di esercitare il culto[33].

La stessa clausola limitativa della libertà religiosa di cui all'art. 19 Cost., ossia il buon costume, in una visione «laica» e «inclusiva», è ormai ricostruita dalla dottrina ecclesiasticistica in modo diverso dall'accezione tradizionale di pudore sessuale[34]. Infatti, valorizzando l'aspetto della dignità umana, alla cui promozione devono cooperare gli organi della Repubblica, essa è assunta quale categoria costituzionalistica autonoma, corrispondente alla «condizione di onorabilità e di rispetto che spetta a qualunque membro della famiglia umana; tale condizione impedisce a chiunque di degradare la persona ad oggetto, a semplice strumento, a entità fungibile, di trattarlo cioè […] come una cosa»[35]. Onorabilità e riconoscimento della dignità assurgono a presupposti fondamentali affinché le formazioni sociali, e tra esse le confessioni, concorrano proficuamente all'elevazione della società nella concordia e nella pace[36].

Per quanto fluido sia l'assunto, è un punto di partenza per perimetrare l'area dell'irrinunciabilmente illecito, in un'ottica personalista e non paternalistica, compatibile con l'assetto dato dai Costituenti alla Repubblica e rispondente al panorama globalizzato e pluralista che descrive la società italiana contemporanea.

[33] La definizione della laicità come principio supremo dell'ordinamento risale a Corte Cost., 12 aprile 1989, n. 203. La sentenza sancisce che tale principio, «quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale». Sul punto, cfr. F. Onida, *Il problema dei valori nello Stato laico*, in *Dir. eccl.*, 1996, 3, pp. 672-686; L. Elia, *A proposito del principio di laicità dello Stato e delle difficoltà di applicarlo*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Jovene, Napoli, 2005, pp. 1065-1074; S. Prisco, *Laicità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3335-3345; P. Cavana, *Laicità dello Stato: da concetto ideologico a principio giuridico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, settembre 2008, pp. 1-15; M. Ferrante, *Diritto, religione, cultura: verso una laicità inclusiva*, ivi, 2017, 35, pp. 1-21; N. Colalanni, *Trent'anni di laicità (Rileggendo la sentenza n. 203 del 1989 e la successiva giurisprudenza costituzionale),* ivi, 2020, 21, pp. 52-66; F. Alicino, *Il procedimento di mediazione e il principio di laicità*, in *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti,* Giuffrè, Milano, 2022, pp. 303-328; J. Pasquali Cerioli, *Laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2023, 2, pp. 83-92.

[34] Cfr. V. Pacillo, *Buon costume e libertà religiosa*, cit., pp. 103-148.

[35] Ivi, p. 138.

[36] Sono di stringente attualità, a tal riguardo, anche fuori del contesto cattolico, Concilio Ecumenico Vaticano II, *Dignitatis Humanae*, 15, nonché Benedetto XVI, Messaggio per la celebrazione della XLIV Giornata Mondiale della Pace *Libertà religiosa, via per la pace*, 1° gennaio 2011, AAS 103 (2011), 46-58. Per un commento, rinvio a O. Condorelli, *Le radici storiche del dualismo cristiano nella tradizione dottrinale cattolica: alcuni aspetti ed esempi*, in *Diritto e Religioni*, 2011, VI, 2, 450-486; G. Feliciani, *La laicità dello Stato negli insegnamenti di Benedetto XVI*, in *L'année canonique*, 2012, 1, pp. 333-344; V. V. Alberti, *La Dignitatis Humanae e la nuova laicità oltre la rivoluzione e la controrivoluzione*, in *Anuario de historia de la Iglesia*, 2012, 21, pp. 303-320.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Orazio Condorelli

A proposito di «stravaganze» e «intollerabili aberrazioni»: note minime sui limiti della libertà religiosa

La ricerca che ci è stata presentata va dritto al cuore dei problemi che la società multiculturale e multireligiosa pone oggi alle democrazie liberali occidentali, che fanno dei diritti di libertà una bandiera e un segno costitutivo e irrinunciabile dello Stato di diritto[1].

Nella prospettiva della scienza del diritto ecclesiastico, la materia, per sua natura, è connessa alle enormi evoluzioni sociali e istituzionali che hanno investito l'ordinamento giuridico italiano dopo l'unità d'Italia. Altrettanto conclamata è l'incidenza di ideologie multiformi, non necessariamente collegate a opzioni politiche.

Nell'ultimo decennio del secolo XIX Francesco Scaduto (1858-1942), uno dei due fondatori dell'odierna disciplina accademica, ragionando a partire dall'art. 1 dello Statuto albertino, che dichiarava il cattolicesimo romano come sola religione dello Stato e gli altri culti «tollerati» conformemente alle leggi, sosteneva che i culti islamico e mormone non godessero di tale tolleranza legale, e al contempo confessava di ignorare se vi fossero stati dei tentativi di introdurli in Italia e quali fossero eventualmente state le misure adottate dal governo[2].

La società italiana era ancora religiosamente molto omogenea al tempo in cui scriveva Vincenzo Del Giudice (1884-1970): stando ai dati forniti dal Ministero dell'Interno, che egli stesso riportava, nel 1955 in Italia erano

[1] Queste pagine nascono dalla discussione – svolta nella Giornata della Ricerca del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania (10 febbraio 2026) – intorno alla relazione di A. Miccichè, *Nuovi movimenti religiosi, «buon costume» e laicità: le frontiere dell'art. 19 Cost*., in questo volume.

[2] F. Scaduto, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia. Manuale*, 2ª edizione riveduta e ampliata, specialmente delle nuove leggi e giurisprudenza, della bibliografia, e delle fonti del Diritto Canonico del prof. Huebler, I-II, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1892-1894, II, pp. 770-771. Sul tema più ampie considerazioni in O. Condorelli, *Attualità di Francesco Scaduto. Riflessioni a margine di uno scritto del 1914 in tema di libertà religiosa e uguaglianza*, in *Diritto e Religioni*, 2015, X.2, pp. 163-206 (177-178); Id., *1924-2024. Cento anni dopo: Scaduto, Ruffini e i principi del diritto ecclesiastico italiano*, in Aa.Vv., *L'Università di Napoli e l'istituzione della prima Cattedra di Diritto Ecclesiastico nell'Italia post-unitaria*, a cura di M. d'Arienzo, *Quaderno monografico* 6, Supplemento alla Rivista *Diritto e Religioni*, 2024, 1, pp. 77-111 (103). Nelle due sedi ho documentato anche le posizioni, nella sostanza aderenti a quella di Scaduto, di Francesco Ruffini, Domenico Schiappoli, Santi Romano.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

presenti circa 120.000 acattolici[3]. Ai giorni nostri, la dissoluzione di questa omogeneità religiosa (e indirettamente culturale) è testimoniata dalle stime offerte dal Cesnur (Centro Studi sulle nuove religioni) per il 2023: il 4,3% dei cittadini italiani (2.297.000) appartiene a confessioni diverse dalla cattolica, e ad essi si aggiungono più di 5 milioni di immigrati, la metà circa dei quali non sono cristiani[4].

Il Del Giudice, che valutava l'allora pur minima dimensione del pluralismo religioso italiano attraverso la frase biblica «stultorum infinitus est numerus»[5], non era una singolare figura di italiano retrogrado, né mai si potrebbe dire che questa sua valutazione fosse il risultato di opzioni politiche reazionarie o peggio totalitarie. Aveva aderito al Partito Popolare sin dalla sua istituzione, e nel maggio 1925 era stato tra i sottoscrittori del Manifesto degli intellettuali antifascisti promosso da Croce, ciò che ebbe anche implicazioni negative in alcuni momenti della sua carriera accademica[6].

A testimonianza di un approccio non singolare a ciò che oggi definiamo positivamente come pluralismo religioso, e di un modo di pensare che era in qualche misura trasversale alla società italiana di quegli anni, ricordo ciò che il generale Umberto Nobile (coetaneo di Del Giudice: 1885-1978), eletto all'Assemblea Costituente nelle liste del Partito Comunista Italiano, diceva a proposito di questi fenomeni. La discussione verteva sull'art. 14 del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione (nella parte che sarebbe divenuta l'art. 19 nel testo definitivo), che sul modello della vigente legge sui culti ammessi (l. 1159/1929) configurava come limiti alla libertà

[3] V. Del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 60-61 nota 17. È la decima e ultima edizione del *Manuale*, che ebbe larga diffusione nell'uso universitario.

[4] *Dimensioni del pluralismo religioso in Italia*, in *Le Religioni in Italia. Edizione 2024*, sotto la direzione di M. Introvigne, P.L. Zoccatelli, con la collaborazione di R. Di Marzio e A. Menegotto e l'ausilio di N. Ippolito Macrina e V. Roldán, *https://cesnur.com/dimensioni-del-pluralismo-religioso-in-italia/* (ultima consultazione 12.03.2026). Sull'evoluzione del pluralismo religioso in Italia v. P. Cavana, *Minoranze religiose e pluralismo confessionale in Italia. Realtà e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino, 2025, pp. 1-26. N. Tonti, *Il nuovo pluralismo religioso. Le minoranze confessionali emergenti e la politica ecclesiastica italiana*, Bologna University Press, Bologna, 2025.

[5] V. Del Giudice, *Manuale*, cit., p. 58 nota 16, con citazione di Ecclesiaste 1.15. A partire da questo passaggio del *Manuale* ho svolto più ampie considerazioni in *Attualità di Francesco Scaduto*, cit., p. 198 ss.

[6] Si veda il denso profilo tracciato da F. Margiotta Broglio, *Del Giudice, Vincenzo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, consultato in rete su *www.treccani.it*; O. Condorelli, *L'insegnamento del Diritto ecclesiastico e canonico nelle Università dell'Italia meridionale (Palermo, Napoli, Catania, Messina, Bari)*, in Aa.Vv., *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia*, a cura di M. Miele, il Mulino, Bologna, 2015, pp. 139-186 (151-152, 163-165).

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

religiosa la professione di principî o l'esercizio di riti contrari all'ordine pubblico o al buon costume[7]. Portando esempi tratti dagli anni in cui era vissuto negli Stati Uniti d'America, Nobile affermava[8]:

> badate, onorevoli colleghi, che vi sono sette religiose, i cui riti, pur non essendo contrari all'ordine pubblico od al buon costume, costituiscono, per la loro stravaganza, intollerabili aberrazioni. Sette di tal genere sono numerose specialmente in America. A me stesso è capitato di assistere a taluni dei loro riti. Nulla in essi vi era che offendesse il buon costume o potesse turbare l'ordine pubblico; ma erano per se stessi talmente ridicoli che mi sembrerebbe davvero inconcepibile che, in un paese di antica civiltà come il nostro, se ne potesse tollerare l'esistenza. Mi sembra perciò giusto che l'articolo 14, insieme con i riti che offendono la morale, proscriva anche quelli stravaganti.

Nella sua valutazione, la società italiana era ancora sostanzialmente immune dalle stravaganze americane, ma occorreva porre un limite alla loro propagazione:

> Dopo il contatto che abbiamo avuto con truppe straniere di ogni razza o colore, non mi par fuor di luogo che siano prese misure per impedire che culti stravaganti del genere che ho accennato possano propagarsi anche tra noi. Mi direte che ciò è estremamente improbabile, e sono d'accordo; ma altrettanto improbabile è, allora, che possano attecchire fra noi culti che offendano il buon costume. Perciò, visto che nella Costituzione si parla di questi, ritengo necessario aggiungere nel divieto anche quelli.

La posizione di Nobile non era ritenuta «stravagante» (mi si passi il gioco di parole) in sede assembleare, tanto è vero che Meuccio Ruini, presidente della Commissione per la Costituzione, svolgendo la sua relazione sull'art. 14 del progetto e sugli emendamenti che erano stati presentati, prese spunto da essa per sostenere che, se pure poteva discutersi sull'eliminazione del limite dell'ordine pubblico, quello del buon costume doveva essere mantenuto[9]:

[7] V. Pacillo, *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 41-51 e 106-107; N. Marchei, *Ordine pubblico ideale e materiale: quale libertà religiosa?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2024, 15, pp. 1-11 (in particolare 2-4).

[8] Umberto Nobile, intervento svolto in Assemblea Costituente nella seduta pomeridiana di giovedì 27 marzo 1947. Nobile ribadì la sua posizione, rincarando la dose, nella seduta antimeridiana di sabato 12 aprile 1947. Le citazioni sono tratte dagli Atti pubblicati sul sito della Camera dei Deputati, *https://legislature.camera.it/*.

[9] Meuccio Ruini, Assemblea Costituente, seduta pomeridiana di sabato 12 aprile 1947. Il riferimento agli evangelici si spiega con quanto aveva detto appena prima circa la proposta di Walter Binni di cancellare tutta la frase relativa ai limiti concernenti prin-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

> si potrebbe, andando più in là di quanto chiedono gli evangelici, togliere la parola "principî", che potrebbe prestarsi a discussioni più teoriche; e lasciar soltanto "rito": un limite occorre. Vi possono essere riti contrari al buon costume ("stravaganti", dice in un suo emendamento l'onorevole Nobile); si è accennato ai nudisti, ai tremolanti, alla setta russa degli eviratori, che predica il sacrificio di Origene. Vi saranno o no in Italia, e comunque deciderà volta per volta lo Stato se il buon costume sia o no offeso; ma non si può dar senz'altro via libera.

Torno a Vincenzo Del Giudice. Egli criticava l'opinione di quanti ritenevano che l'art. 19 fosse meno restrittivo della disposizione dell'art. 1 della legge sui culti ammessi, per il fatto che la versione approvata dalla Costituente risulta dall'eliminazione dei limiti quanto ai principî e all'ordine pubblico, lasciando solo il limite del buon costume relativamente ai riti[10]. Egli riteneva che la portata dell'articolo 19 Cost. dovesse misurarsi in stretta relazione col secondo comma dell'art. 8 Cost., che pone il limite del contrasto con l'ordinamento giuridico italiano quanto al diritto di organizzazione delle confessioni diverse dalla cattolica. In questa lettura sistematica, il limite del buon costume dell'art. 19, a suo modo di vedere, incorporava il «sentimento etico comune» e doveva necessariamente congiungersi «con le basi stesse dell'ordinamento giuridico italiano, e quindi con l''ordine pubblico' che di quello è, per così dire, il risultato pratico», essendo «il riflesso immanente dell'ordinamento giuridico e il limite onnipresente per qualsiasi attività che si spieghi nel campo del diritto». Il che era quanto un autorevolissimo costituzionalista, il democristiano Costantino Mortati, già aveva affermato in Assemblea Costituente osservando, nel contesto del dibattito in questione, che «il limite dell'ordine pubblico è imminente (*sic*) a ciascun ordinamento», e che pertanto

cipî e riti quanto all'ordine pubblico e al buon costume: «L'onorevole Binni propone di cancellare tutta la frase, ispirandosi ad un apprezzabile riguardo verso le attuali chiese minori, che non sono in contrasto con il buon costume e l'ordine pubblico; ma vi sono proposte di tali chiese, ad esempio delle evangeliche, che fanno proprio, almeno in parte, il testo della Commissione, e dicono: "purché non si tratti di principî o riti contrari al buon costume"».

[10] V. Del Giudice, *Manuale*, cit., pp. 65-66, da cui traggo le citazioni nel testo. Nello stesso senso G. Catalano, *Il diritto di libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1957, ristampa con prefazione di S. Bordonali, Cacucci, Bari, 2017, p. 71. Per Jemolo, invece, l'ordine pubblico espunto dall'art. 19 non era «rientrato» attraverso l'art. 8: A.C. Jemolo, *Le libertà garantite dagli artt. 8, 19 e 21 della Costituzione*, in *Dir. eccl*., 1952, 1, pp. 393-426. M. Madonna, *Libertà religiosa e principi costituzionali. Un breve itinerario di lettura nella dottrina di Arturo Carlo Jemolo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, 8, pp. 1-27 (20). Su questi e altri snodi interpretativi relativi all'art. 8 cfr. G. Anello, *Organizzazione confessionale, culture e Costituzione. Interpretazione dell'art. 8 cpv. cost*., Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, pp. 54-56 e *passim*; P. Floris, *Autonomia confessionale. Principi-limite fondamentali e ordine pubblico*, Jovene, Napoli, 1992.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

la soppressione della menzione dell'ordine pubblico non avrebbe avuto l'effetto auspicato[11].

Si può condividere o no l'impostazione di Del Giudice, ma mi pare che egli avesse in un certo senso precorso problemi che oggi, in un mondo enormemente trasformato rispetto a quello in cui egli pensava e scriveva, sono come «nodi venuti al pettine» nella società multireligiosa e multiculturale contemporanea. Ai nostri giorni si avverte l'esigenza di elaborare una nozione costituzionale di buon costume che possa costituire da «misura» per valutare fenomeni che ottant'anni fa potevano apparire come «stravaganze», «aberrazioni», o manifestazioni di «stoltezza», ma che sono divenuti termini ricorrenti di confronto per il Governo, le pubbliche amministrazioni, la magistratura, in generale per l'opinione pubblica, che si tratti dell'ayauasca della Chiesa del Santo Daime, o del kirpan dei Sikh, o dell'elettro-psicometro di Scientology, per tacer di molto altro[12].

Per molti anni, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, l'ordine pubblico è stato come uno «spettro» da esorcizzare per una parte consistente e qualificata della scienza ecclesiasticistica italiana, propensa a escludere con nettezza che esso possa costituire un limite costituzionalmente legittimo del diritto di libertà religiosa[13]. Questa posizione si spiega bene non solo in ragione di una fedeltà formale e sostanziale all'intenzione del legislatore costituzionale chiaramente dimostrata dai lavori preparato-

[11] Costantino Mortati, Assemblea Costituente, seduta pomeridiana di venerdì 28 marzo 1947, in relazione all'art. 14 del Progetto e all'emendamento di Walter Binni menzionato sopra alla nota 9. È da sottolineare che per Mortati il limite dell'ordine pubblico non avrebbe posto la libertà religiosa in balia dell'arbitrio della polizia, perché l'osservanza dei limiti costituzionali rimane demandata al «magistrato, al quale, del resto, è affidata la tutela di ogni altra forma di libertà. Ed allora la preoccupazione deve essere quella di formare una magistratura che sia veramente capace di esprimere quello che è il sentimento popolare: ed appunto a questo scopo è diretto il nuovo ordinamento che alla magistratura dà questo progetto di Costituzione. Attraverso un'interpretazione delle leggi in materia, che traduca fedelmente lo spirito di libertà, che ha mosso i compilatori del progetto, si potrà far valere in pratica la parità dei culti, parità che però non potrà non incontrarsi in certi limiti naturali che derivano dalla situazione di fatto, e che neppure il legislatore può eliminare». E qui si riferiva alla richiesta avanzata dal costituendo Consiglio delle Chiese evangeliche, che le festività e il riposo settimanale fossero osservati secondo le prescrizioni dei diversi culti.

[12] Sul tema è mirato lo studio di Pacillo, *Buon costume e libertà religiosa*, cit.; J. Pasquali Cerioli, *Appunti ragionati di diritto ecclesiastico. Fattore religioso e costituzione*, Giappichelli, Torino, 2025, pp. 135-138; cfr. le considerazioni perplesse di P. Consorti, *Diritto e religione. Basi e prospettive*, Laterza, Bari-Roma, 2023, pp. 108-109.

[13] Emblematica in tal senso è la posizione di F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, 14ª ed. a cura di A. Bettetini, Zanichelli, Bologna, 2024, pp. 85-89, 228-231, con gli autori ivi citati. Più problematica la posizione espressa da S. Lariccia, *Diritto ecclesiastico*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1982, pp. 114 e 124-125.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

ri[14], ma anche se pensiamo che essa emergeva negli anni in cui si doveva dare attuazione alla Costituzione repubblicana, e depurare l'ordinamento da disposizioni limitative della libertà religiosa risalenti al periodo precedente[15]. Si pensi alla famigerata circolare Buffarini Guidi, del 1935, che scioglieva le associazioni pentecostali e ne vietava il culto, la quale dovette essere formalmente revocata nel 1955 perché i prefetti persistevano nell'applicarla considerandola ancora vigente[16]. E si pensi che alcune fra le prime sentenze della Corte Costituzionale concernevano limiti all'esercizio della libertà di culto stabiliti con norme di pubblica sicurezza o con la legge sui culti ammessi[17].

E tuttavia, qualche decennio dopo, fu la stessa Corte Costituzionale ad affermare il primario rilievo che assume l'ordine pubblico nella materia in cui vengono in rilievo interessi religiosi. Nel 1982 si trattava dell'ordine pubblico (c.d. internazionale) matrimoniale, da proteggere all'atto del riconoscimento civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale. «La inderogabile tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato», e pertanto è individuata come «principio supremo dell'ordinamento costituzionale dello Stato» (Corte Costituzionale, sentenza 18/1982)[18]. Da un quindicennio a questa parte ci stiamo rendendo conto di quanto il limite di ordine pubblico – nell'interpretazione, per così dire, «creativa», e certamente espansiva, che ne ha dato la Corte di Cassazione – possa incidere non solo sul diritto di

[14] Si vedano soprattutto i resoconti delle sedute citate sopra alle note 8, 9, 11.

[15] S. Lariccia, *La libertà religiosa nella società italiana*, in Aa.Vv., *Teoria e prassi delle libertà di religione*, il Mulino, Bologna, 1975, pp. 313-422 (in particolare 320-376); M. Madonna, *Profili storici del diritto di libertà religiosa nell'Italia post-unitaria*, Libellula edizioni, Tricase, 2012, pp. 54-60; A. Ferrari, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto (1848-2024)*, Carocci, Roma, 2025, pp. 65-70.

[16] G. Peyrot, *La circolare Buffarini-Guidi ed i pentecostali*, Associazione italiana per la libertà della cultura, Roma, 1955.

[17] A. Albisetti, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 2014, pp. 1-12.

[18] G. Casuscelli, *Il diritto ecclesiastico italiano «per principi»: profili teorici e processi autoritativi in attuazione*, in S. Berlingò, G. Casuscelli, *Diritto ecclesiastico italiano. I fondamenti. Legge e religione nell'ordinamento e nella società d'oggi*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 140. Presidente della Corte era Leopoldo Elia, relatore e redattore della sentenza fu Antonino De Stefano. Egli era libero docente in Diritto ecclesiastico, del quale tenne per incarico l'insegnamento a Catania nel biennio 1957-1959, prima di vincere il concorso presso la Corte dei Conti, dalla quale fu eletto alla Corte Costituzionale, di cui divenne vicepresidente nel 1982. O. Condorelli, *L'insegnamento*, cit., p. 172.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

libertà religiosa degli individui (in concreto: coloro che hanno compiuto la scelta del matrimonio concordatario), ma anche sulla tenuta degli impegni assunti dallo Stato con la Santa Sede all'atto della modifica del Concordato[19].

La piena «riabilitazione» dell'ordine pubblico come limite implicito al diritto di libertà religiosa è cosa dei tempi recenti[20], ed è in certa misura collegata alla declinazione sovranazionale del diritto di libertà religiosa, in particolar modo al quadro delle possibili restrizioni previste nell'art. 9.2 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo[21]. In Italia questo cammino presuppone l'enunciazione, a far data dal 1989, della laicità quale principio supremo dell'ordinamento costituzionale (Corte Costituzionale, sentenza 203/1989). A una valutazione storica, non appare casuale che ciò sia avvenuto in tempi nei quali la multiculturalità e la multireligiosità fanno emergere inedite pretese e generano nuove quotidiane sfide per i poteri pubblici. Non è un caso che, in tempi recenti, la Corte Costituzionale abbia individuato nella sicurezza, nell'ordine pubblico e nella pacifica convivenza gli interessi costituzionali da tenere in considerazione nel bilanciamento col diritto di libertà religiosa (Corte Costituzionale, sentenza 63/2016)[22]. In questa prospettiva la libertà re-

[19] Mi riferisco al criterio della convivenza triennale quale ragione ostativa alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, n. 16379 e n. 16380 del 2014). Una sintesi dei plurimi aspetti critici di questa giurisprudenza in G. Dalla Torre, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 6ª ed., Giappichelli, Torino, 2019, pp. 175-178; P. Cavana, *L'evoluzione del concetto di ordine pubblico nel giudizio di delibazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, 10, pp. 21-52 (44-46); N. Marchei, *Le relazioni familiari in crisi tra diritto civile e diritti religiosi*, in Aa.Vv., *Relazioni familiari e libertà di religione. «Beni di rilievo costituzionale» a confronto*, Atti del Convegno dell'Associazione dei docenti della disciplina giuridica del fenomeno religioso (Messina, 21 e 22 settembre 2023), a cura di S. Domianello, F. Freni, A. Licastro, A. Madera, M. Tigano, Pisa University Press, Pisa, 2023, pp. 111-128.

[20] La recente impostazione al problema, data dalla Corte Costituzionale, «trova ampi consensi in dottrina», come nota A. Licastro, *Corso di diritto ecclesiastico*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024, p. 103; cfr. A. Bettetini, A. Perego, *Diritto ecclesiastico*, Cedam Wolters Kluwer, Milano, 2023, pp. 73-74; J. Pasquali Cerioli, *Appunti ragionati*, cit., pp. 108-112.

[21] Legge 4 agosto 1955 n. 848, Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, art. 9.2: «La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui». Sul tema cfr. N. Marchei, *Ordine pubblico ideale e materiale*, cit., pp. 9-11.

[22] N. Marchei, *Ordine pubblico e sicurezza: il caso dei luoghi di culto*, in *Coscienza e libertà*, 2024, 67, pp. 163-172. Tutto il fascicolo della rivista è dedicato al tema *Religione e sicurezza integrata*, al quale la dottrina ecclesiasticistica rivolge significativa

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

ligiosa, come qualsiasi altro diritto sancito dalla Costituzione, non può pretendere una tutela «assoluta e illimitata»: al limite esplicito del buon costume, predicato dall'art. 19, se ne affianca uno implicito e immanente all'ordine costituzionale. Ci si potrebbe chiedere se questa «riabilitazione» dell'ordine pubblico nell'ambito delle relazioni fra diritto e religione possa aprire le porte a interpretazioni, da parte dei pubblici poteri, restrittive del diritto di libertà religiosa. Il pericolo, in astratto, sussiste, ma non è questa la via indicata dalla Corte Costituzionale. Presupposta l'esigenza di dare risposte adeguate alle sfide della multireligiosità, la deriva verso pericolosi regressi sembrerebbe essere scongiurata nella misura in cui il concetto di limite sia interpretato nell'orizzonte pluralistico alla luce del principio di laicità. È questo l'orientamento dato dalla Corte Costituzionale, allorché configura il compito positivo della laicità nel senso della «tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità» (Corte Costituzionale, sentenza 67/2017).

Sono da riservare ad altra sede più approfondite considerazioni sulla riformulazione che la Corte Costituzionale ha dato del principio originariamente enunciato nel 1989, una riscrittura che dilata, attribuendo ad esso nuovi contenuti, un principio già suscettibile di essere, per così dire, «stiracchiato» in molteplici direzioni. Prendiamo atto che il pluralismo, in sé e per sé, è divenuto un bene oggetto di autonoma tutela nella prospettiva di espandere al massimo la libertà di tutti[23]. L'interpretazione della Corte, che possiede un evidente potenziale di «indirizzo politico», offre una generalissima indicazione da tenere presente nel difficilissimo processo di selezione degli interessi e delle esigenze da tutelare o promuovere per realizzare una «laicità accogliente» nel quadro dei valori e dei principî sanciti dalla Costituzione[24]. Il panorama del pluralismo religioso, etico e culturale rimane in costante movimento; la scienza del diritto ecclesiastico continua

attenzione: R. Mazzola, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Giuffrè, Milano, 2005; Aa.Vv., *Libertà religiosa e sicurezza*, a cura di G. Fattori, Pacini, Pisa, 2021; Aa.Vv., *Freedom of Religion, Security and the Law. Key Challenges for a Pluralistic Society*, a cura di N. Marchei, D. Milani, Routledge-Giappichelli, Torino, 2024.

[23] J. Pasquali Cerioli, *Appunti ragionati*, cit., pp. 157-158; M. Toscano, *La parabola della laicità «all'italiana» nelle controversie sull'esposizione dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, in Aa.Vv., *I simboli contesi. Simboli religiosi tra rappresentazioni pubbliche e conflitti giuridici*, UTET, Torino, 2023, pp. 129-188 (164-168).

[24] Leggo l'espressione in C. Cardia, *Democrazia, multiculturalismo, diritti religiosi* (2007), in Id., *Pagine scelte*, a cura di R. Benigni, D. Durisotto, P. Floris, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 253-264 (con concrete proposte), e in S. Prisco, *La laicità accogliente. Nota minima su simboli religiosi e discorso pubblico*, in Id., *Laicità. Un percorso di riflessione*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2009, pp. 57-63.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

a offrire il suo contributo[25] tra gli attriti, le inerzie o le incresciose assenze della politica[26].

[25] Aa.Vv., *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di A. Fuccillo, Giappichelli, Torino, 2008; Aa.Vv., *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, a cura di S. Domianello, il Mulino, Bologna, 2012; M. Ricca. *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del vento, Palermo, 2012; N. Colaianni, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 35-56 (multiculturalismo e risposta della «laicità pluralista»); G. Casuscelli, *Diritto e religione nell'ordinamento italiano, ovvero cosa è il «diritto ecclesiastico»*, in S. Berlingò, G. Casuscelli, *Diritto ecclesiastico italiano*, cit., pp. 1-47 (20-26); S. Berlingò, *L'eguale libertà di tutte le credenze in un regime di pluralismo religioso e culturale alla stregua del principio di laicità negli ordinamenti democratici coevi*, in S. Berlingò, G. Casuscelli, *Diritto ecclesiastico italiano*, cit., pp. 263-315 (che a p. 314 parla di «pluralismo aperto e inclusivo in materia di credenze di religione o ad esse equiparabili»); P. Floris, *In tema di libertà religiosa collettiva: nuovi problemi, vecchie norme, possibili soluzioni*, in *Università degli studi di Cagliari. Studi economico-giuridici. Annali*, 2022, 1, pp. 423-436; G. D'Angelo, *Eguale libertà delle confessioni religiose e sistema delle intese. Il tema della qualificazione soggettiva (e dei suoi effetti giuridici)*, in *Laicidad y libertades*, 2023, 22, pp. 271-298; P. Consorti, *Diritto e religione*, cit., pp. 351-382; Aa.Vv., *Le intese: attualità e prospettive, prendendo spunto dalla recente Intesa con la Chiesa d'Inghilterra*, a cura di M. d'Arienzo, M. Ferrante, F. Di Prima, Pellegrini, Cosenza, 2023; Aa.Vv., *Riconoscere la libertà religiosa. Tra normativa ulilaterale e bilaterale*, a cura di F. Alicino, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2024; A. Ferrari, *La libertà religiosa*, cit., pp. 218-221 (il principio di laicità come «via italiana al pluralismo»); V. Pacillo, B. Hussen, *Lezioni di diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2025, pp. 34-46.

[26] Aa.Vv., *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, a cura di V. Tozzi, G. Macrì, M. Parisi, Giappichelli, Torino, 2010; Aa.Vv., *La legge che non c'è. Proposta per una legge sulla libertà religiosa in Italia*, a cura di R. Zaccaria, S. Domianello, A. Ferrari, P. Floris, R. Mazzola, prefazione di G. Amato, il Mulino, Bologna, 2019; P. Floris, *Intorno all'intesa con i Testimoni di Geova*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, 13, pp. 119-149; G. Boni, *A quarant'anni dall'Accordo di Villa Madama: riflessioni dal punto di vista dei rapporti dello Stato con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, in L'Accordo di Villa Madama (1984-2024). La stagione concordataria: tradizione e prospettive*, a cura di M. d'Arienzo, P. Palumbo, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2025, pp. 25-39.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Giovanna Razzano

Maternità surrogata e diritti fondamentali: mercato riproduttivo, dignità della donna e tutela del minore

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Uno sguardo oltre i confini nazionali. – 3. Le tesi a sostegno della «gestazione per altri». – 4. Il Rapporto ONU e la critica alla regolazione del mercato. – 5. Maternità surrogata *e best interests of the child*. – 6. La tutela del nato da maternità surrogata in Italia e cenni alla Spagna. – 7. Considerazioni conclusive: tutela del minore e limiti dell'analogia con il figlio incestuoso.

1. Il tema della maternità surrogata solleva interrogativi particolarmente complessi sotto il profilo costituzionale, poiché coinvolge simultaneamente la tutela della dignità della donna, la protezione dei diritti del minore e il ruolo dell'autonomia privata nelle scelte riproduttive. La questione centrale può essere sintetizzata in una domanda che negli ultimi anni è emersa con crescente intensità nel dibattito giuridico e politico[1]: la materni-

[1] Cfr. in ordine cronologico M. Castellaneta, *Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo*, in *Famiglia e minori*, maggio 2009, n. 5; L. Poli, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3/2015; S. Niccolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla* ratio *del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS - Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale*, 2/2017; B. Pezzini, *Nascere dal corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, II, p. 183; S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017; G. Luccioli, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *Consulta online*, 2017, II, 325; E. Olivito, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2018; S. Agosta, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. Cost*., 1/2018, p. 69; M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzioni e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019; G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Famiglia e diritto*, 7/2019, 677 ss.; B. Liberali, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 5/2019, p. 197; F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020; A.G. Grasso, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Roma, 2020; M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2021; V. Calderai, *Ordine pubblico internazionale e* Drittwirkung *dei*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

tà surrogata costituisce un fenomeno da regolamentare all'interno del mercato dei servizi riproduttivi oppure, al contrario, deve essere contrastata in quanto pratica incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali?

La questione centrale investe direttamente il modo in cui l'ordinamento giuridico intende proteggere alcuni valori fondamentali: la dignità della persona, il divieto di commercializzazione del corpo umano[2], la tutela delle relazioni di filiazione e della stessa maternità, ai sensi dell'art. 31, comma 2, della Costituzione.

Nell'ordinamento italiano la risposta legislativa è stata formulata da oltre vent'anni. La legge n. 40 del 2004 ha qualificato come reato il comportamento di chi realizza, organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità, indipendentemente dall'esistenza di un corrispettivo economico e dalle motivazioni. Il divieto è dunque assoluto[3]. Inoltre, sono state di recente approvate ulteriori norme di contrasto alla surrogazione di maternità (legge n. 169 del 2024)[4], le quali hanno esteso la punibilità del reato anche ai cittadini italiani che lo realizzino all'estero, al fine di contrastare l'aggiramento delle norme interne attraverso il c.d. "turismo procreativo" e l'elusione di

diritti dell'infanzia, in *Riv. dir. civ.*, 3/2022, p. 478; E. Bilotti, *Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della c.d. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata*, in G. Passagnoli, F. Addis, G. Capaldo, A. Rizzi, S. Orlando (a cura di), *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, 2022; A. Morace Pinelli, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita: in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite,* in *Famiglia e Diritto (12)*, 2022, pp. 1175-1183.

[2] Com'è noto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 3) e la Convenzione di Oviedo (art. 21) affermano che il corpo umano e le sue parti non possono essere fonte di profitto; l'art. 5 del Codice Civile italiano (Atti di disposizione del proprio corpo) vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o siano contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume. Cfr. al riguardo R. Romboli, *Art. 5*, in *Commentario al Codice civile, Persone fisiche*, a cura di A. Pizzorusso, R. Romboli, U. Breccia, A. De Vita, Zanichelli-Il Foro italiano, 1988, p. 229; in ambito civilistico A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 125; M. Messinetti, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, § 20; V. Calderai, *Consenso informato*, in *Ann. Enc. dir.*, VIII, Milano, 2015, p. 251.

[3] Come osserva Cass. Sez. un. civili, n. 38162 del 2022, su cui ci si soffermerà in seguito, «il nostro sistema vieta qualunque forma di surrogazione di maternità, sul presupposto che solo un divieto così ampio è in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento di condizioni di fragilità» (punto n. 18 dei Motivi della decisione).

[4] La Legge 4 novembre 2024, n. 169, consiste nell'introduzione di un articolo che modifica l'articolo 12 della Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Il comma 6 di tale articolo stabilisce: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti, embrioni o la surrogazione di maternità, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con una multa da 600.000 a un milione di euro». A questa disposizione è stato aggiunto un paragrafo che prevede quanto segue: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

un divieto che integra un principio di ordine pubblico internazionale, posto a tutela di valori fondamentali[5].

Da parte sua, la Corte costituzionale ha più volte affermato, fin dalla sent. n. 272/2017, che la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Tale affermazione rappresenta uno dei punti di riferimento più significativi per comprendere l'orientamento dell'ordinamento italiano.

Negli ultimi anni, tuttavia, il fenomeno ha assunto una dimensione sempre più transnazionale. La crescente mobilità delle persone e l'esistenza di sistemi normativi profondamente differenti hanno favorito lo sviluppo di un vero e proprio mercato globale della *surrogacy*, in forte espansione[6] e sostenuto anche da un rilevante supporto mediatico[7]. Questa trasformazione ha posto nuove questioni, a cominciare proprio da quella concernente la tenuta dei menzionati valori fondamentali a fronte della diffusione della pratica oltre i confini nazionali.

Viene inoltre in rilievo il tema della tutela dei nati da maternità surrogata realizzata all'estero da cittadini di Paesi in cui la pratica è vietata, e la posizione giuridica dei minori rispetto alla madre surrogata e ai committenti (o genitori d'intenzione). In assenza di norme specifiche, la giurisprudenza – in particolare quella di legittimità – ha cercato di individuare soluzioni capaci di conciliare la tutela del minore con il divieto della maternità surrogata sancito dal legislatore, come si vedrà oltre.

[5] Cfr. Cass. Sez. un. civili, n. 12193 del 2019 e soprattutto Cass. Sez. un. civili, n. 38162 del 2022, dove si spiega: «Nella nozione di ordine pubblico internazionale rientrano, quindi, anzitutto quei principi fondamentali, quei valori della nostra Costituzione che esprimono la fisionomia inconfondibile della comunità nazionale. L'ordine pubblico internazionale comprende anche quelle altre regole che, pur non collocate nella Costituzione, danno concreta attuazione ai principi costituzionali o esprimono un principio generale di sistema […] Il concetto di ordine pubblico internazionale si allarga ai valori condivisi dalla comunità internazionale […] si pone nel punto di intersezione di tendenze diverse: clausola generale per eccellenza, naturalmente portata a recepire le evoluzioni socio-culturali, anche sotto l'influenza della giurisprudenza della CEDU, ma anche a non dimenticare la propria radice identitaria in una cornice costituzionale. L'apertura all'altro non è perdita del sé. E il sé di un ordinamento – la sua identità, appunto – è quanto risulta tanto dalla Costituzione quanto dalle fondamentali e consolidate opzioni che tracciano le grandi linee della legislazione».

[6] Si stima che abbia superato i 26,45 miliardi di dollari nel 2025, con previsioni di 238,56 miliardi di dollari entro il 2035. La crescita annuale composta tra il 2026 e il 2035 (CAGR) è stimata attorno al 24,6%. Fonte: *www.researchnester.com/it/reports/surrogacy-market/6177#*.

[7] Le attuali strategie di marketing si avvalgono, com'è noto, di strumenti e modalità ulteriori rispetto a quelle tradizionali, tra cui l'inserimento, all'interno di *fiction* e serie televisive, di situazioni narrative che presentano, la maternità surrogata come una scelta socialmente accettabile e come espressione di altruismo. Si veda ad es. la serie *Friends*, dove un personaggio si offre con disinteresse come madre surrogata per suo fratello e la moglie. Durante la prima visione, la serie registrava negli USA una media di circa 25-30 milioni di spettatori a settimana.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Negli ultimi mesi ha poi assunto particolare rilievo il Rapporto della Relatrice speciale delle Nazioni Unite sulla violenza contro le donne, Reem Alsalem, presentato nell'ottobre 2025 all'Assemblea generale (d'ora innanzi Rapporto ONU). Il documento offre un'analisi sistematica del fenomeno e giunge a conclusioni che incidono profondamente sul dibattito contemporaneo, offrendo una risposta alla domanda che si era prima formulata. Secondo il Rapporto, infatti, la maternità surrogata rappresenta una forma di sfruttamento incompatibile con la tutela dei diritti umani e nessun modello regolatorio è in grado di eliminare i rischi connessi a tale pratica.

Alla luce di queste premesse, il presente contributo si propone di esaminare il fenomeno della maternità surrogata (d'ora innanzi MS) principalmente nella prospettiva del diritto costituzionale, di analizzarne il contesto internazionale ed europeo e di sottoporre a valutazione critica le tesi favorevoli alla sua regolazione, anche alla luce delle argomentazioni sviluppate dalla giurisprudenza di legittimità.

2. L'espansione del mercato della MS è strettamente collegata alla dimensione globale del fenomeno. La domanda proveniente da Paesi nei quali la pratica è vietata o fortemente limitata ha favorito lo sviluppo di circuiti transnazionali che coinvolgono Stati con legislazioni più permissive.

Il diritto comparato mostra un panorama estremamente variegato. Alcuni ordinamenti prevedono un divieto assoluto della MS, considerata incompatibile con i principi fondamentali di tutela della persona[8]. Altri, invece, consentono forme di surrogazione non commerciale o c.d. "altruistica", prevedendo ipotesi in cui alla donna gestante siano riconosciuti soltanto rimborsi per le spese mediche sostenute[9]. In alcuni casi, invece, sono ammessi e disciplinati veri e propri modelli commerciali[10].

[8] Oltre all'Italia anche la Francia, la Germania e la Svizzera prevedono un divieto assoluto di MS, penalmente sanzionato. Cfr. l'art. 16 del codice civile francese, gli artt. 227-12 e 511-24 del codice penale e l'art. L. 2162-5 del *Code de la santé publique*. Cfr. inoltre, per l'ordinamento tedesco, l'*Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG* del 21 giugno 2021, *Part 2, Surrogacy* e l'*Embryonenschutzgesetz (ESchG)*, del 1990. Quanto alla Svizzera, cfr. il *Federal Act on Medically Assisted Reproduction (Reproductive Medicine Act, RMA*), entrato in vigore nel 2001 (cfr. in particolare *Chapter 2 Techniques of Medically Assisted Reproduction*, art. 4 *Prohibited Practices* e *Chapter 4 Criminal Provisions*, art. 31). É assai significativo inoltre che in Svizzera sia la stessa Costituzione a vietare la maternità surrogata (art. 119, par. 2, lett. d), disponendo che la donazione di embrioni e ogni altra forma di maternità sostitutiva sono inammissibili.

In Spagna gli accordi sono nulli, a prescindere dal fatto che siano conclusi o meno a titolo oneroso (art. 10 l. 14 del 2006). Il Tribunale costituzionale, con la sent. n. 277 del 2022, ha dichiarato la contrarietà all'ordine pubblico dei contratti di surrogazione di maternità in quanto contrari alla dignità della donna e del bambino.

[9] Cfr. ad es. il Portogallo, con la legge n. 90 del 2021, di modifica delle legge n. 32 del 2006, *Gestação de substituição*; il Regno Unito, con *Surrogacy Arrangements Act* del 1985,

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Questa pluralità di soluzioni normative riflette differenti concezioni del rapporto tra libertà individuale e limiti posti dall'ordinamento a tutela della dignità umana. Nei sistemi che optano per il divieto, la MS è considerata incompatibile con il principio secondo cui la persona umana e il suo corpo non possono essere strumentalizzati e divenire oggetto di negoziazione economica. Nei modelli più permissivi, al contrario, si ritiene che la libera autodeterminazione degli individui possa legittimare accordi di questo tipo.

Il Parlamento europeo, in una risoluzione del 2022 relativa all'impatto della guerra contro l'Ucraina sulle donne[11], ha richiamato l'attenzione anche sul tema della MS, dal momento che questo Paese, che copre una quota superiore al 25% del mercato globale della *surrogacy*, presenta una disciplina normativa che non offre garanzie rispetto alla vulnerabilità delle madri surrogate e ai rischi di sfruttamento. Il documento europeo ha sottolineato come la MS possa esporre le donne, soprattutto quelle in condizioni economiche svantaggiate, a forme di mercificazione incompatibili con il rispetto della dignità umana.

Un ulteriore passo significativo è stato compiuto con la direttiva europea del 2024 in materia di tratta di esseri umani[12], che ha incluso lo sfruttamento connesso alla MS tra le possibili forme di sfruttamento rilevanti ai fini della disciplina della tratta. Pur non configurando un divieto generalizzato della pratica, tale intervento dimostra come le istituzioni europee riconoscano l'esistenza di rischi particolarmente elevati per le donne coinvolte.

Questi sviluppi confermano che la MS non può essere considerata esclusivamente come una questione di autonomia contrattuale o di libertà individuale, ma deve essere analizzata nel più ampio quadro della tutela dei diritti fondamentali.

integrato dal *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990, così come modificato nel 2008; l'Irlanda (Éire), con l'*Health (Assisted Human Reproduction) Bill* del 2022. Il Canada mostra un modello altruistico, che tuttavia risulta solo apparente (cfr. al riguardo, già dieci anni or sono, P.M. White, *Hidden from view: Canadian gestational surrogacy practices and outcomes*, 2001-2012, 2016, *www.tandfonline.com/doi/full/10.1016/j.rhm.2016.06.006*).

[10] Emblematico in Europa è il caso dell'Ucraina, con *Family Code of Ukraine by the Law of Ukraine* No. 2947-III del 2002, art. 123, che dispone (paragr. 2): «If a human embryo conceived by a couple (man and woman) as a result of the use of assisted reproductive technologies is transferred into another woman's body, the parents of the child are the spouses». Inoltre (paragr. 3): «The couple is recognized as the parents of a child born to the wife after the transfer into her body of a human embryo conceived by her husband and another woman as a result of the use of assisted reproductive technologies». Infine (art. 139) «Disputing maternity is not allowed in the cases provided for by the second and third parts of Article 123 of this Code». Negli Stati Uniti la stragrande maggioranza degli Stati presenta legislazioni permissive e modelli di MS commerciali.

[11] Risoluzione del 5 maggio 2022 (2022/2633(RSP)).

[12] Direttiva (UE) 2024/1712, adottata a giugno 2024, che modifica la precedente normativa 2011/36/UE.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

3. Nel dibattito giuridico degli ultimi anni, si registrano alcune posizioni che sostengono l'ammissibilità, entro determinati limiti, della MS, che si preferisce definire «gestazione per altri». La scelta di questa espressione non è priva di significato: essa risulta meno connotata in senso negativo, poiché evita il termine «surrogazione», che richiama immediatamente la dimensione contrattuale dell'accordo, e ricorre invece a una formula capace di evocare logiche solidaristiche più facilmente compatibili con i principi degli ordinamenti costituzionali. Si lasciano in tal modo sullo sfondo i profili critici, quali la contrattualizzazione di una nascita e tutto ciò che ne deriva, come la reificazione del corpo femminile, la strumentalizzazione del bambino e lo sfruttamento di condizioni di vulnerabilità.

Secondo tali prospettive, la MS c.d. altruistica dovrebbe essere valutata favorevolmente e distinta da quella commerciale[13]. La prima ricorrerebbe quando la donna che porta avanti la gravidanza rinunci a un compenso economico, salvo un mero rimborso-spese, e agisca per spirito di solidarietà nei confronti dei genitori intenzionali. In questa ottica, si sostiene che anche il legislatore italiano dovrebbe differenziare le fattispecie e rivedere l'attuale assetto normativo, consentendo forme di «gestazione per altri» di carattere altruistico o solidale. Tuttavia, sebbene tali modelli siano previsti in alcune legislazioni straniere, permangono seri dubbi sulla loro effettiva consistenza: da un lato, perché i rimborsi spese celano compensi economicamente significativi[14]; dall'altro, perché esperienze come quella della Grecia[15] evidenziano come il richiamo all'altruismo possa in realtà mascherare abusi ancora peggiori nei confronti delle donne, fino a integrare fattispecie di riduzione in schiavitù e tratta di esseri umani.

[13] Così, ad es., A.G. Grasso, *La maternità surrogata altruistica*, cit. Hanno rimarcato la distinzione fra MS altruistica e commerciale P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, in *Maschere del diritto. Volti della vita*, Giuffrè, 2009, p. 219 ss.; S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, 2014, p. 52; V. Scalisi, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Jus civ.*, 2017, p. 1097 ss. Favorevole alla MS altruistica è il documento del 2023 della Commissione di studio delle Chiese battiste, metodiste e valdesi in Italia per i problemi etici posti dalla scienza, *La gestazione per altri. Una prospettiva etico-teologica*.

[14] Cfr. in particolare le considerazioni del menzionato Rapporto ONU, pp. 4-8 e 19, nonché lo studio di K. Horsey, *The future of surrogacy: a review of current global trends and national landscapes*, in *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 48, 2024.

[15] La legge greca n. 3089 del 2005, ha dato luogo nel tempo a fenomeni di sfruttamento sistematico di donne provenienti da Paesi terzi, spesso in condizioni di forte vulnerabilità economica. Nel 2023 sono emersi, in particolare, gravi episodi di traffico di esseri umani riconducibili a una clinica di Creta, nei quali risultava coinvolto anche l'organismo nazionale incaricato della vigilanza sulla procreazione medicalmente assistita. Alla luce di tali vicende, nel 2024 la *Special Rapporteur on violence against women and girls* ha indirizzato una comunicazione al governo greco, nella quale sono state segnalate numerose violazioni dei diritti umani (documento AL GRC 2/2024, 8 luglio 2024). In seguito, la Grecia ha modificato la propria normativa con l'art. 46 della legge n. 5197 del 2025, introducendo il requisito della residenza legale in Grecia sia per la committente, sia per la donna gestante, e precludendo l'accesso alla MS ai non cittadini.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Secondo altre posizioni, a prescindere da logiche solidaristiche, la libertà procreativa deve essere interpretata in senso ampio, ricomprendendo anche la possibilità di ricorso alla MS, purché ben remunerata. In questa prospettiva le «madri portatrici» svolgerebbero un vero e proprio lavoro ed esprimerebbero la propria autodeterminazione nel contesto delle nuove tecniche riproduttive[16].

Merita attenzione anche la posizione – a mio avviso solo apparentemente moderata – secondo cui, se da un lato è opportuno mantenere un atteggiamento critico nei confronti della MS, in ragione dei possibili abusi nei confronti delle donne, dall'altro sarebbe comunque necessario riconoscere automaticamente i contratti di MS stipulati all'estero, procedendo alla loro trascrizione nell'ordinamento interno e accettando che il bambino nato attraverso tali pratiche sia considerato figlio dei committenti, con esclusione di qualsiasi diritto in capo alla donna che lo ha partorito. Questa prospettiva si richiama al principio del *best interests of the child* ma ne offre una lettura discutibile: si sostiene, infatti, che la mancata trascrizione automatica degli accordi di *surrogacy* determinerebbe una situazione di incertezza giuridica per il minore, con esiti negativi sul suo benessere psico-fisico[17].

Una simile lettura, tuttavia, finisce per alimentare il mercato della MS e per agevolare l'operato delle agenzie che vi operano, le quali possono promettere ai clienti il risultato finale – il "figlio in braccio" – garantendo la piena efficacia internazionale della costruzione giuridica contenuta nei contratti. Inoltre, lungi dal garantire la tutela del minore, ciò comporta in realtà legittimare accordi per i quali il bambino è ricondotto alla logica della consegna, e il corpo della donna è posto al servizio degli interessi dei committenti, senza che venga neppure accertata la loro idoneità ad assumere responsabilità genitoriali.

[16] E. Landes, R.A. Posner, *The Economics of Baby Shortage*, in *J. Legal Studies*, 1978, p. 323 ss.; R.A. Posner, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, in *J. Contemp. Health Law & Policy*, 1989, p. 21 ss., 22. R.A. Epstein, *Surrogacy: the Case for Full Contractual Enforcement*, in *Virginia L. Rev.*, vol. 81, 1995, p. 2305 ss. Cfr. inoltre M.R. Marella, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, in *Pol. dir.*, 2023, p. 365 ss. Per una critica nei confronti di tali tesi A. Jannarelli, *Osservazioni preliminari per una definizione giuridica delle forme contemporanee della schiavitù*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, p. 335 ss.; L. Muraro, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Milano, 2016; V. Pazè, *Libertà in vendita. Il corpo fra scelta e mercato*, Torino, 2023. Cfr. inoltre la trasformazione del significato del consenso informato a fronte dell'avvento di un mercato "delle cure" in V. Calderai, *Consenso informato*, cit.; e ora Ead., *Il lavoro "gestazionale" preso sul serio*, relazione al Convegno su *Maternità surrogata: un mercato da regolare?*, Facoltà di Economia della Sapienza Università di Roma il 5 giugno 2025, in corso di pubbl. su *Jus civile*.

[17] Questa tesi emerge con particolare nitidezza da alcuni atti processuali, come l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del giudice *a quo* che ha poi dato luogo alla sent. n. 272 del 2017; cfr. anche l'ordinanza della Prima Sezione Civile della Corte di cassazione, che ha poi dato luogo alla sentenza n. 38162/2022, pronunciata a Sezioni Unite.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Come si vedrà ancora nel prosieguo, invece, il superiore interesse del minore non può essere ricondotto a una presunzione automatica – e quindi astratta e presuntiva – fondata sulla volontà degli adulti e sul loro progetto procreativo, ma richiede piuttosto una verifica concreta dell'esistenza di legami effettivi e continuativi di cura e responsabilità fra costoro e il bambino. Verifica che non può che realizzarsi attraverso accertamenti ad opera del Tribunale dei minorenni e di tutte le professionalità necessarie (psichiatri, psicologi, assistenti sociali, etc.).

In definitiva tutte le prospettive richiamate, pur senza dichiararlo in modo esplicito, finiscono per porre in discussione quel principio fondamentale secondo cui la MS «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Queste tesi ammettono, in fin dei conti, che potrebbero anche esserci situazioni nelle quali la MS non offenderebbe in maniera intollerabile la dignità della donna, né minerebbe nel profondo le relazioni umane. La pratica, secondo costoro, sarebbe posta in essere "a fin di bene", per cui occorrerebbe essere indulgenti con coloro che se ne avvalgono.

4. Il menzionato Rapporto presentato nel 2025 dalla Relatrice speciale delle Nazioni Unite rappresenta, come si è detto, uno dei contributi più significativi al dibattito contemporaneo sulla MS. Il documento analizza il fenomeno sotto il profilo dei diritti umani, evidenziando come la diffusione delle pratiche di *surrogacy* sia strettamente connessa alla crescente commercializzazione della riproduzione umana.

Per molti versi il Rapporto esprime anche una critica argomentata alle tesi enucleate in precedenza, favorevoli ad ammettere la MS, almeno in alcune sue forme, o a dare efficacia automatica ai contratti di surrogazione e alle dichiarazioni legali in essi contenuti, a cominciare da quella che afferma il rapporto di genitorialità fra i committenti e il nato.

Secondo il Rapporto, la MS implica una forma di sfruttamento strutturale del corpo femminile, poiché presuppone che una donna accetti di portare avanti una gravidanza con l'impegno di rinunciare preventivamente al bambino che nascerà. Tale dinamica è spesso aggravata da condizioni economiche di vulnerabilità che limitano la reale libertà di scelta delle donne coinvolte[18].

Il documento mette inoltre in evidenza il ruolo svolto dalle agenzie e dalle piattaforme digitali nella costruzione di un mercato globale dei servizi riproduttivi. Attraverso tali strumenti, la ricerca di madri surrogate e di donatrici di ovociti avviene spesso in contesti caratterizzati da normative deboli o scarsamente applicate[19].

[18] Cfr. in particolare p. 10 ss.
[19] Cfr. p. 8 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

In questa prospettiva, il Rapporto contesta l'idea secondo cui la regolazione del mercato della MS sarebbe sufficiente a prevenire gli abusi. Al contrario, l'esperienza di diversi ordinamenti dimostrerebbe che anche i sistemi regolati continuano a presentare gravi problemi di sfruttamento e di disuguaglianza e quindi di violazione dei diritti umani, in riferimento alla dignità personale delle donne e dei bambini nati attraverso tali pratiche[20].

Il Rapporto esclude, in particolare, che quello delle madri portatrici possa essere un lavoro come gli altri e, in particolare, un «*decent and productive work*», secondo l'accezione data a questa espressione in ambito internazionale[21]. In molti contratti, come evidenzia il Rapporto, le madri surrogate sono tenute a rinunciare in anticipo al loro diritto di prendere in autonomia decisioni mediche. Vi sono inoltre pratiche dannose, come l'impianto di un notevole numero di embrioni per aumentare le possibilità di un parto riuscito, il ricorso all'aborto selettivo, il monitoraggio costante da parte dei genitori committenti, anche attraverso una sorveglianza ininterrotta tramite telecamere, e restrizioni alla libertà di movimento. Vi è inoltre scarsa informazione, assenza di una tutela legale indipendente, mancato pagamento in caso di aborto spontaneo, considerato come "inadempienza". Vi sono clausole contrattuali vessatorie, pressioni emotive e morali, proprio laddove si vuole ricondurre il "lavoro" delle gestanti all'"atto d'amore" o di "solidarietà". Il documento riporta poi, in base all'istruttoria svolta, alti livelli di depressione per le donne, traumi legati alla separazione forzata dal neonato, ansia e disturbi da stress. Riporta inoltre parti cesarei imposti per convenienza, casi documentati di donne recluse, con limitazioni alla libertà di movimento e situazioni assimilabili alla riduzione in schiavitù e alla tratta di esseri umani[22].

Il Rapporto giunge ad affermare che il consenso prestato dalle donne, da solo, non rende etica la maternità surrogata[23]. Secondo il Rapporto, il consenso prestato dalle donne in circostanze che in svariati casi somigliano a quelle della schiavitù, rende quest'ultimo non libero, non informato, invalido ed irrilevante[24]. Si ricorda, nella prospettiva del diritto internazionale, che il consenso non può compensare la violazione dei diritti umani: ai sensi del Protocollo sulla tratta di persone[25] (art. 3), il consenso della vittima allo

[20] Cfr. *Conclusions*, p. 22 ss.

[21] International Labour Office, *Report of the Director-General: Decent Work*, 87th session (Geneva, 1999); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, art. 7 (d).

[22] Cfr. p. 11 ss.

[23] Cfr. § 61 ss. del Rapporto.

[24] Cfr. § 62-64 del Rapporto. Sul tema più generale della patologia negoziale e sulla violenza morale cfr. l'approfondita monografia di M. Zinno, *Abusi dell'autonomia e scelta negoziale. Contributo allo studio della violenza morale*, Torino, 2025.

[25] *www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/protocol-prevent-suppress-and-punish-trafficking-persons*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

sfruttamento è infatti irrilevante e lo stesso vale per la persona ridotta in schiavitù.

La conclusione della Relatrice speciale è pertanto netta: la tutela dei diritti delle donne e dei bambini richiede un impegno internazionale volto non già a regolare e disciplinare il fenomeno, ma a proibire la MS in tutte le sue forme.

5. Con riferimento al principio del superiore interesse del minore, il Rapporto pone poi in luce come la MS sia idonea a rovesciare la logica stessa della tutela dell'infanzia: il bambino non costituisce il fine della protezione giuridica, ma il risultato di un progetto contrattualmente programmato, la cui realizzazione è subordinata a un accordo tra adulti. In tale prospettiva, il nato finisce per essere considerato non più come soggetto titolare di diritti, quanto piuttosto come oggetto di una prestazione pattuita e di una successiva consegna.

La reificazione del bambino si pone così in contrasto con il principio di dignità della persona umana e con il criterio del preminente interesse del minore. Risulta compromesso, in particolare, quanto previsto dall'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza[26].

Tali considerazioni si traducono in altrettante critiche alla tesi – che abbiamo per questo definito "solo apparentemente moderata" – secondo cui, sebbene la MS sia da censurare, occorre riconoscere automaticamente gli effetti dei relativi accordi, attribuendo ai committenti la qualità di genitori ed escludendo qualsiasi pretesa da parte della donna che ha partorito. Una simile impostazione legittima un meccanismo contrattuale in cui il bambino è subordinato interamente alla volontà degli adulti, ridotto a strumento per la realizzazione dei loro desideri e progetti procreativi, invece di essere considerato, come impone il principio del *best interests of the child*, un soggetto titolare di diritti propri. In questa logica, ciò che conta non è l'accoglienza, la protezione e il pieno riconoscimento giuridico del minore, ma il soddisfacimento della volontà contrattualizzata degli adulti, trasformando la nascita in un atto strumentale e mercificato, incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali del bambino.

Il Rapporto ha documentato inoltre casi in cui i bambini nati da MS sono stati rifiutati o abbandonati dai committenti, soprattutto quando presentavano disabilità, erano del sesso "sbagliato" (solitamente femminile) o derivavano da gravidanze multiple indesiderate. Sono state inoltre evidenziate clausole contrattuali che prevedono l'aborto selettivo in caso di malformazioni, di sesso diverso da quello voluto o di gravidanze plurime, mostrando come la MS comporti pratiche di selezione ed esclusione che

[26] *www.unicef.it/convenzione-diritti-infanzia/*.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

riguardano non solo embrioni e feti, ma anche bambini già nati. Tali pratiche riflettono una logica di reificazione, che trasforma i bambini in oggetti, e una logica selettiva che porta allo scarto di tutto ciò che non risponde ai criteri prefissati[27].

Il Rapporto denuncia inoltre come la MS di tipo commerciale, ma spesso anche quella apparentemente altruistica, possa configurare una vera e propria vendita di bambini, vietata in qualsiasi forma ai sensi dell'articolo 35 della menzionata Convenzione sui diritti dell'infanzia. Si sottolinea che, secondo il *Trafficking in Persons Protocol*[28], il trasferimento a titolo oneroso di un minore costituisce di per sé una violazione dei diritti umani, senza bisogno di dimostrare lo sfruttamento.

Per quanto riguarda la separazione del bambino dalla madre gestazionale, il Rapporto evidenzia come essa sia intenzionale, contrattualizzata e motivata dagli interessi degli adulti, piuttosto che dai bisogni del minore. Tale distacco può causare danni relazionali precoci con effetti negativi sulla salute psico-fisica del bambino, configurando una violazione della Convenzione sui diritti dell'infanzia, che agli articoli 7 e 9 tutela il diritto del minore a conoscere i propri genitori, a essere allevato da loro e a non esserne separato, se non nel suo interesse.

Il Rapporto ha richiamato l'attenzione anche sul problema della segretezza relativa all'identità dei donatori di gameti e della madre gestazionale, solitamente prevista nei contratti di MS. Tale segretezza incide sul diritto all'identità personale e contrasta con il diritto fondamentale a conoscere le proprie origini, riconosciuto dagli artt. 7 e 8 della Convenzione sui diritti dell'infanzia.

D'altra parte anche la Corte costituzionale ha qualificato il diritto a conoscere le proprie origini come fondamentale, sottolineando che la ricostruzione della propria identità e della storia familiare costituisce un elemento essenziale della tutela della persona e può incidere profondamente sulla vita individuale e relazionale[29]. Per questo ha ritenuto che l'irreversibilità del segreto sulle origini contrasti con gli artt. 2 e 3 della Costituzione. In senso analogo si è espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, affermando che il diritto al rispetto della vita privata, tutelato dall'art. 8 della Convenzione, comprende anche la possibilità di conoscere aspetti fondamentali della propria identità, tra cui l'identità dei propri genitori[30].

Alla conoscenza delle proprie origini e al diritto alla propria biografia si affianca un'ulteriore e distinta questione, concernente l'accesso ai pro-

[27] Cfr. § 56 e 57 testo e note.

[28] *www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/protocol-prevent-suppress-and-punish-trafficking-persons*.

[29] Corte cost., sent. 278/2013.

[30] Cfr. sentenza Godelli c. Italia, 25 settembre 2012

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

pri dati genetici. Si tratta di informazioni che assumono particolare rilievo in relazione al fondamentale diritto alla salute, anche alla luce del ruolo sempre più centrale che la genetica riveste nella medicina contemporanea, soprattutto sul piano diagnostico e preventivo.

Tra le «Conclusioni e Raccomandazioni» contenute nel Rapporto, è significativo l'invito rivolto agli Stati a non riconoscere gli accordi di MS, compresi quelli conclusi all'estero, poiché tali intese attribuiscono automaticamente la genitorialità legale a soggetti privi di un legame genetico con il bambino. Al tempo stesso, il Rapporto sottolinea la necessità che le decisioni relative alla costituzione dei rapporti genitoriali siano trattate con la massima priorità.

Il Rapporto raccomanda inoltre che i bambini nati da MS e abbandonati dalla donna che li ha partoriti siano considerati minori non accompagnati e temporaneamente affidati a forme di accoglienza alternative, in vista dell'adozione, privilegiando soluzioni di tipo familiare. Il partner del genitore biologico – auspica ancora il Rapporto – dovrebbe poter accedere all'adozione del bambino soltanto qualora ciò risulti conforme al superiore interesse del minore nato da MS, ferma restando l'esigenza di evitare qualsiasi forma di legittimazione o normalizzazione di tale pratica e di preservare la genitorialità originaria.

Il Rapporto auspica inoltre che ogni eventuale trasferimento dei diritti genitoriali dalla madre biologica ad altri avvenga esclusivamente attraverso procedure adottive che prevedano una verifica dell'idoneità genitoriale, analogamente a quanto avviene nelle ordinarie procedure di adozione.

In sostanza, alla luce del Rapporto e delle considerazioni che precedono, emerge come la tutela del bambino nato da MS richieda un duplice livello di intervento.

Da un lato, è necessario garantire in concreto i diritti del singolo minore già nato, assicurandogli protezione, stabilità e pieno riconoscimento giuridico, verificando in concreto che la relazione venutasi a determinare con i committenti sia effettivamente nel suo miglior interesse e cercando di garantire, altresì, il diritto a conoscere le proprie origini, le modalità della propria nascita, la propria biografia, l'identità della donna che lo ha partorito.

Dall'altro, la tutela dei diritti dei minori impone di contrastare e proibire le pratiche di MS, che comportano strutturalmente la violazione di diritti fondamentali del bambino e risultano incompatibili con il principio del suo superiore interesse.

In ogni caso, tutelare il bambino già nato non può significare legittimare la pratica che lo ha generato. La protezione del minore deve garantire pienamente i suoi diritti e il suo benessere, senza tollerare meccanismi che riproducano per altri bambini le stesse violazioni, esponendoli alla logica strumentale del "figlio a tutti i costi".

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

6. Alla luce di quanto precede, emerge chiaramente che la tutela del minore richiede, da un lato, interventi concreti a protezione del bambino già nato e, dall'altro, la prevenzione di pratiche che ne violano i diritti fondamentali. Occorre dunque interrogarsi su come l'ordinamento italiano si ponga di fronte a questa esigenza e su quali strumenti giuridici siano effettivamente disponibili per garantire la protezione del bambino nato da pratiche di MS realizzate in violazione del divieto vigente, senza tuttavia svuotare di significato tale divieto.

Come si è già ricordato, infatti, la legge n. 40 del 2004 prevede sanzioni penali per chi realizza, organizza o pubblicizza pratiche di MS e la punibilità è stata di recente estesa, attraverso la legge n. 169 del 2024, anche ai cittadini italiani che le realizzino all'estero.

Quest'ultima norma ha provocato un ampio dibattito, in quanto ritenuta da alcuni inappropriata ed eccessivamente restrittiva. Si è sostenuto, in particolare, che «se l'obiettivo è la tutela dei nati da maternità surrogata, non è vietando penalmente la condotta posta in essere dai genitori che si salvaguarda lo *status* del minore»[31]. Un'affermazione in linea con la tesi, in precedenza criticata, secondo cui, per quanto la MS sia censurabile, non può che darsi piena efficacia ai relativi contratti, e quindi assicurare, fin dall'inizio del "progetto procreativo", il titolo di genitori ai committenti, negandolo a colei che partorisce il bambino e disinteressandosi del diritto a conoscere le proprie origini.

Questa tesi è stata giustamente rigettata dall'ordinamento italiano o, meglio, dal diritto vivente così come interpretato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione[32]. Queste hanno escluso categoricamente la trascrivibilità automatica dei provvedimenti stranieri che attribuiscono la genitorialità ai committenti privi di legame biologico col nato. La giurisprudenza di legittimità, infatti, prendendo sul serio il principio secondo cui la MS «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», ha considerato le relative pratiche contrarie all'ordine pubblico, dal momento che incidono su valori fondamentali quali la dignità della persona e la tutela dell'infanzia[33]. L'alternativa rappresentata

[31] Così M. D'Amico, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in *Osservatorio AIC*, 4/2023. Cfr. inoltre M. Zincani, *Il turismo procreativo non è reato universale*, in *Giurisprudenza penale*, 2024, n. 10 e il dibattito fra C. Leotta e M. Pelissero, *Punire la surrogazione di maternità commessa dal cittadino anche all'estero?*, in *Altalex - Il Quotidiano giuridico*, 1° agosto 2023; N. Zammarchi, *La sanzione all'estero della "maternità surrogata". Considerazioni sulla Legge n. 169/2024*, in *Giur. penale web*, 7-8/2025.

[32] Il riferimento è alle sentenze n. 12193 del 2019 e n. 38162 del 2022, su cui a breve ci si soffermerà.

[33] Sul concetto di ordine pubblico in relazione alla MS rappresenta tuttora un punto di riferimento C. Tripodina, *C'era una volta l'ordine pubblico,* in S. Niccolai, E. Olivito

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

dalla trascrivibilità automatica di quanto formalizzato all'estero finirebbe per rappresentare, invece, il riconoscimento implicito di una pratica vietata e contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento e una tutela del nato solo astratta, basata su mere presunzioni.

Alla ricerca di uno strumento capace di offrire una forma di tutela al nato, senza legittimare una pratica che viola i diritti delle donne e dei bambini, e in mancanza di una disciplina legislativa specifica, le Sezioni Unite della Cassazione hanno indicato un'altra soluzione. Si tratta, com'è noto, dell'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Diritto del minore ad una famiglia". La soluzione, nel contesto dell'ordinamento vigente, implica che se, da un lato, non può porsi in discussione la relazione genitoriale fra il nato da MS e il committente a lui biologicamente legato (donatore/trice di gamete), dall'altro è necessario procedere all'adozione per l'altro – eventuale – committente (se c'è una coppia), ossia quello/a privo di legame biologico col nato.

Con il procedimento di adozione in casi particolari, infatti, l'interesse del minore non viene presunto sulla base di automatismi, ma valutato accortamente, caso per caso, attraverso il Tribunale dei minorenni e attraverso l'ausilio delle figure professionali previste, al fine di verificare le relazioni affettive concretamente instauratesi fra i minori e i committenti, e la capacità di questi ultimi di assumersi responsabilità genitoriali, nonostante abbiano fatto ricorso ad una pratica che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

Questo esito è il risultato di un percorso giurisprudenziale complesso, in cui le pronunce delle Sezioni Unite si sono intrecciate con quelle della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo. Non potendo nello spazio di queste pagine ripercorrere l'intera vicenda, sembra preferibile dirigere l'attenzione sulle motivazioni delle sentenze della Suprema Corte, e saggiarne la coerenza con i principi costituzionali. Le due menzionate sentenze, infatti, del 2019 e del 2022, pur giungendo alla stessa conclusione – il divieto di trascrizione dei provvedimenti stranieri e il ricorso all'adozione in casi particolari – si distinguono per le argomentazioni adottate.

Nel primo caso infatti, con la sent. n. 12193 del 2019, le Sezioni Unite hanno ribadito ancora una volta che il divieto di MS integra un principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione[34]. Le Sezioni Unite, tuttavia, con questa pronuncia del 2019, mostrano ancora di operare in una logica di bilanciamento fra interessi delle

(a cura di), *Maternità filiazione genitorialità,* cit., p. 119 ss.

[34] Punto 13 dei Motivi.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

donne e interessi dei minori, e paiono sottendere l'idea che la miglior tutela per il nato sarebbe il riconoscimento automatico dello *status filiationis* dichiarato all'estero, se non fosse per l'esigenza di scoraggiare la MS.

La successiva sentenza n. 38162 del 2022, invece, ha fondato su altre basi la medesima soluzione, ossia l'esclusione dell'automatismo nella trascrizione e il ricorso all'adozione. Viene infatti abbandonata la logica del bilanciamento[35] per mostrare come la verifica concreta dell'interesse preminente del minore, da accertare caso per caso e non da presumere, sia funzionale non solo a contrastare la pratica della MS, ma sia funzionale proprio al superiore interesse del minore[36].

Le Sezioni Unite, nel 2022, giungono infatti ad affermare che il *best interests of the child* consiste nel verificare che le relazioni di fatto instaurate si con i committenti privi di legame biologico siano davvero conformi al superiore interesse del minore. In altri termini, questa decisione, definita di sistema[37], mostra come non siano l'automatismo e la trascrizione di quanto formalizzato all'estero a tutelare davvero il nato, quanto piuttosto l'accertamento dell'esistenza di relazioni di cura ininterrotta e di accudimento fra i committenti privi di legame biologico e i nati[38]. Interesse che non sempre coincide con quello dei committenti a vedersi riconosciute le relazioni di genitorialità con i bambini nati da MS: l'automatismo nel riconoscimento, affermano infatti le Sezioni Unite, «non è funzionale alla realizzazione del miglior interesse del minore, attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi»[39].

Tale pronuncia inoltre, pur tenendo conto delle perplessità espresse dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2021 con riguardo all'adozione in casi particolari, considerata una soluzione non del tutto soddisfacente[40], non giunge a concludere che questa soluzione debba essere abbandonata.

[35] E. Bilotti, *Surrogazione di maternità: una problematica decisione della Corte di Strasburgo, il vincolo internazionale e la prospettiva de iure condendo dopo l'intervento delle Sezioni Unite del 2022,* in *Famiglia e Diritto,* 8-9/2024.

[36] Cfr. al riguardo V. Calderai, *La dignità umana, legal irritant del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 3/2023, p. 668 ss.

[37] Così M. Bianca, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *Giustizia insieme*, 6.2.2023 *www.giustiziainsieme.it*). Cfr. inoltre V. Calderai, *Back to the Basics. Indisponibilità dei diritti fondamentali e dignità umana dopo Sezioni Unite n. 38162/2022*, in *Giustizia insieme*, 15 marzo 2023.

[38] A. Renda, *Maternità surrogata all'estero e* status *del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*, in *Corti supreme e salute*, 1/2023.

[39] Punto 21.1 dei Motivi.

[40] Le perplessità manifestate dalla Corte costituzionale sono riassumibili in tre ordini di ragioni: a) l'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità piena all'adottante;

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Al contrario, ha ritenuto comunque preferibile, in assenza di norme specifiche, procedere all'accertamento concreto previsto dall'adozione in casi particolari rispetto all'alternativa rappresentata da automatismi e presunzioni[41]. Spiega infatti la Suprema Corte che le criticità dell'adozione in casi particolari, a confronto con quelle dell'automatismo nella trascrizione, rendono in ogni caso preferibile la prima soluzione, in quanto «l'automatico riconoscimento della genitorialità intenzionale già accertata all'estero non realizza la pienezza di tutela del minore, che richiede invece una particolare conformazione, con i caratteri della effettività e della stabilità, impressa dalla concomitante e acclarata situazione di fatto»[42].

La stessa Corte costituzionale, nella più recente sent. n. 68 del 2025, ha escluso che la tutela dei nati da MS possa realizzarsi attraverso modalità analoghe a quelle indicate dalla stessa Corte, rispetto al caso di bambino nato da una coppia di donne che abbiano fatto ricorso all'estero alla PMA. La Corte costituzionale ha così ribadito la consolidata soluzione dell'adozione in casi particolari, pur mostrando di rimanere ancorata ad una logica di bilanciamento, che sembra presupporre l'idea – superata dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2022 – secondo cui il preminente interesse del minore richiederebbe l'automatismo della trascrizione, se non fosse per l'esigenza di disincentivare la pratica della MS[43].

Di grande importanza, nella sentenza del 2022 delle Sezioni Unite della Cassazione è il passaggio in cui afferma che «l'ordinamento italiano mantiene fermo il divieto di MS e, non intendendo assecondare tale metodica di

b) non consente di stabilire vincoli di parentela fra il bambino e i parenti dell'adottante; c) richiede il necessario assenso del genitore "biologico", che potrebbe non esservi nel caso di crisi della coppia "committente". In seguito, tuttavia, è stata la stessa Corte costituzionale ad ovviare alle obiezioni indicate *sub a)* e *b)*. Con la sentenza n. 79 del 2022, ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. La Corte ha così affermato il pieno riconoscimento dello *status filiationis* e dei legami parentali che ne conseguono anche al figlio adottato secondo il procedimento di cui all'art. 44 della medesima legge n 184. Quanto al problema dell'assenso del genitore "biologico", le stesse Sezioni Unite della Corte di cassazione, sent. n. 38162 del 2022, hanno affermato che in via interpretativa è già possibile fornire un'interpretazione del consenso del coniuge legato biologicamente al nato, *ex* art. 46, l. n. 184/1983, che sia funzionale alla tutela dell'adottato, tutelando il suo interesse.

[41] Punto 12 dei Motivi.

[42] *Ibidem*.

[43] Cfr. il punto 12.1 della sent. n. 68/2025 della Corte costituzionale: «Sotto tale profilo, la situazione in esame si distingue radicalmente dall'ipotesi di ricorso alla cosiddetta maternità surrogata, in cui viene in considerazione la finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera meritevole di sanzione penale e violativa di un principio di ordine pubblico, in quanto offende la dignità della donna». Cfr. al riguardo E. Bilotti, *La Corte costituzionale e la tutela dei nati a seguito della violazione dei divieti previsti dalla L. n. 40 del 2004,* in *Famiglia e Diritto*, 10/2025.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

procreazione, rifugge da uno strumento automatico come la trascrizione, ma non volta le spalle al nato»[44]. Rispetto alla trascrizione, è preferibile la soluzione dell'adozione in casi particolari, perché «la costituzione dello stato è fondato non sull'intenzione di essere genitore, ma sulla condivisione del progetto genitoriale seguita dalla cura e dal rapporto affettivo costanti; il provvedimento del giudice presuppone, inoltre, un giudizio sul miglior interesse del bambino e una verifica in concreto dell'idoneità del genitore istante»[45].

Peraltro, la soluzione dell'adozione in casi particolari appare in linea con la giurisprudenza della Corte EDU[46]: «Secondo la Corte di Strasburgo infatti, in un ordinamento che disapprova la gestazione per altri, non è affatto necessario che il rapporto del nato da madre surrogata con il committente privo di legame genetico con esso sia formalizzato *ab initio* mediante trascrizione del provvedimento estero che ne accerti il carattere genitoriale». Dall'insieme delle pronunce della Corte di Strasburgo emerge che, stante la grande varietà di approcci degli Stati alla MS, ogni ordinamento ha in linea di principio un certo margine di discrezionalità. E nella scelta dello strumento attraverso cui giungere al risultato di tutelare il bambino, vi è anche l'adozione in casi particolari, sempre che sia idonea a creare un reale legame di filiazione tra adottante e adottato, e a condizione che le procedure previste dal diritto interno ne assicurino l'effettività e la rapidità, nel pieno rispetto dell'interesse superiore del bambino[47]. Nessun contrasto con la CEDU, dunque[48].

Alle stesse conclusioni è giunto peraltro anche l'ordinamento spagnolo. Infatti il *Tribunal Supremo* spagnolo, *Sala de lo Civil*, con la sent. n. 1626 del 4/12/2024[49], ha affermato che la tutela del superiore interesse dei minori non può essere conseguita accettando acriticamente le conseguenze dei

[44] Punto 26 dei Motivi.

[45] *Ibidem*.

[46] Cfr. n. 25 dei Motivi, dove la Corte di Cassazione cita in particolare la sent. 16 luglio 2020, *D. contro Francia*.

[47] *Ibidem*.

[48] Nella recente sentenza del 31 agosto 2023, ricorso n. 47196/21 C. c. Italia, la Corte EDU, facendo applicazione dei principi desumibili dalla propria giurisprudenza a partire dai noti casi Mennesson c. Francia (65192/11) e Labassee c. Francia (65941/11), dal parere consultivo del 10 aprile 2019 e dalle più recenti decisioni D. c. Francia del 2020 (n. 11288/18) e D.B. e altri c. Svizzera del 2022 (n. 58817/15 e n. 58252/15), ha affermato che, se l'art. 8 CEDU impone allo Stato di riconoscere quale rapporto di filiazione il legame di fatto sia con il genitore biologico, sia con il genitore puramente intenzionale, non viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare la previsione di un mezzo diverso dalla trascrizione dell'atto se la formalizzazione del rapporto può comunque avvenire in maniera effettiva e celere.

[49] Disponibile al seguente indirizzo: *www.poderjudicial.es/search/openDocument/33d0a3dbc2a6eafca0a8778d75e36f0d*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

contratti di MS stipulati all'estero, in base ai quali si stabilisce la filiazione a favore di coloro che eseguono e pagano il servizio. Piuttosto, secondo il *Tribunal*, la protezione accordata a questi minori deve basarsi sulle disposizioni delle leggi e delle convenzioni applicabili in Spagna e sulla giurisprudenza che le interpreta e le applica, tenendo conto della loro situazione attuale, e stabilendo il rapporto genitori-figli attraverso la determinazione della filiazione paterna biologica, l'adozione o l'affidamento[50]. Questa soluzione, sempre secondo il *Tribunal Supremo*, soddisfa l'interesse superiore del minore, valutato specificamente, come richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ma allo stesso tempo cerca di salvaguardare i diritti fondamentali che la Corte ha anch'essa ritenuto meritevoli di tutela, come i diritti delle madri surrogate e dei minori in generale[51]. Questi sarebbero gravemente lesi se la MS fosse incoraggiata facilitando l'azione delle relative agenzie, permettendo loro di garantire ai potenziali clienti il riconoscimento quasi automatico, in Spagna, della filiazione derivante dal contratto di surrogazione. Un simile meccanismo finirebbe infatti per tollerare la violazione dei diritti delle madri surrogate e degli stessi bambini, trattati come semplici merci, senza neppure verificare l'idoneità degli aspiranti genitori ad assumere le responsabilità genitoriali nei confronti del minore nato tramite MS (*pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones*).

7. Le considerazioni svolte mostrano come la MS non possa essere ricondotta a una semplice espressione dell'autonomia privata nelle scelte procreative. Il fenomeno coinvolge infatti interessi e diritti di rilievo costituzionale, che travalicano la dimensione della libertà contrattuale, incidendo sulla dignità della donna, sulla protezione del bambino e sulla stessa configurazione delle relazioni di genitorialità.

In questa prospettiva, il divieto previsto dall'ordinamento italiano non si presenta come una scelta paternalistica, ma come l'espressione di una precisa opzione di garanzia dei diritti fondamentali. La giurisprudenza co-

[50] In seguito il Ministero della Giustizia, con l'*Instrucción* del 28 aprile 2025, ha inteso rendere effettiva la proibizione, vietando la trascrizione automatica di un certificato di nascita straniero che riporti i committenti come genitori e indicando che, mentre può darsi luogo al riconoscimento della paternità biologica, se sussistente, con riguardo al genitore non biologico è possibile ricorrere all'adozione, previa verifica giudiziale, nel rispetto delle garanzie dell'ordinamento interno (*www.mjusticia.gob.es/es/institucional/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/Instruccion-vientres-alquiler*).

[51] Il Tribunal Supremo cita al riguardo le sentenze del 24 gennaio 2017, Grande Camera, causa *Paradiso Campanelli*, paragrafi 197, 202 e 203, e del 18 maggio 2021, *Valdís Fjölnisdóttir* e altri c. Islanda, paragrafo 65.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

stituzionale e quella di legittimità hanno sottolineato che la MS contrasta con principi di ordine pubblico di rilievo costituzionale, poiché «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». In tale quadro vengono in rilievo, tra gli altri, i principi espressi dagli artt. 2 e 3 della Costituzione, che impongono di considerare la dignità della persona e le condizioni di vulnerabilità economica e sociale nelle quali spesso tali accordi si sviluppano. Viene inoltre in rilievo il diritto del nato da MS a conoscere le proprie origini. Un diritto che è stato definito fondamentale dalla Corte costituzionale, in quanto la ricostruzione della propria identità e della storia familiare costituisce un elemento essenziale della tutela della persona. Viene altresì in rilievo l'art. 31 Cost., secondo il quale la Repubblica «protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù».

In questo quadro, il recente Rapporto della Relatrice speciale delle Nazioni Unite ha contribuito ad arricchire il dibattito giuridico, evidenziando le disuguaglianze strutturali che caratterizzano il mercato globale della MS e gli altissimi rischi di sfruttamento che ne derivano, per le donne e per i bambini.

Il divieto di MS, come si è visto, non può certamente tradursi in una compressione dei diritti dei bambini nati attraverso tali pratiche e pone la questione della loro tutela. Ciò non implica il riconoscimento automatico dei contratti di MS e la conseguente trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, nei Paesi in cui tale pratica è lecita. Una simile soluzione finirebbe infatti – come emerge dall'analisi contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 2022 e in quella del *Tribunal Supremo* spagnolo del 2024 – per attribuire efficacia giuridica a situazioni originate da pratiche incompatibili con la dignità umana, offrendo al minore una tutela solo astratta e formale, disinteressata a valutare, nell'ottica del suo miglior interesse e del suo diritto a conoscere le proprie origini, le relazioni instauratesi fra lui e i committenti privi di legame biologico, nonché quelle con la donna che lo ha portato in grembo per nove mesi e poi partorito.

Come si è visto, nell'ordinamento italiano la soluzione è stata individuata, piuttosto, nel ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari. A prescindere, comunque, dall'adeguatezza di questo istituto e della sua idoneità a tutelare la peculiare situazione che si viene a determinare per i nati da MS[52], nonché dall'auspicio per un intervento del legislatore nella materia, ciò che appare irrinunciabile, dal punto di vista etico e giuridico, è che la valutazione del superiore interesse del minore sia effettuata attraverso

[52] La principale obiezione mossa a questa soluzione, come posto in luce, tra l'altro, dalla stessa sent. n. 38162/2022 delle S.U., è nel fatto che l'avvio del procedimento adottivo, secondo le norme vigenti, è rimesso all'esclusiva iniziativa dell'adottante e la volontà di adottare deve permanere fino alla sua conclusione. Di contro, non è prevista alcuna legittimazione in capo al minore (o a chi ne ha la rappresentanza legale) e non vi è alcuno strumento di tutela per l'eventualità in cui il committente non biologico decida di non procedere all'adozione.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

strumenti idonei ad accertare l'esistenza di relazioni di cura consolidate e di rapporti affettivi costanti, verificando l'idoneità dei committenti a farsi realmente carico delle responsabilità genitoriali.

Tale verifica non può che essere rimessa agli organi della giurisdizione minorile, i quali – anche attraverso il coinvolgimento dei servizi sociali e delle professionalità ritenute necessarie – sono in grado di svolgere così un'istruttoria accurata, al pari di quanto avviene per le adozioni in generale. Il Tribunale per i minorenni, infatti, dispone in questi casi indagini psico-sociali sui richiedenti, svolte dai servizi sociali; acquisisce relazioni dettagliate sulla loro capacità affettiva, educativa ed economica; valuta la stabilità della coppia e l'idoneità a prendersi cura del minore; può procedere ad audizioni e ulteriori accertamenti ritenuti necessari; verifica, nel caso concreto, il superiore interesse del minore. Si procede, dunque, a un accertamento diligente, nel preminente interesse del minore, che esclude verifiche approssimative, meramente formali o comunque prive di un effettivo accertamento della situazione concreta.

In mancanza di ciò, si verrebbe a configurare una disparità di trattamento difficilmente compatibile con il principio di eguaglianza, poiché la tutela piena e sostanziale del minore risulterebbe garantita solo nell'ambito dell'adozione ordinaria, mentre proprio i bambini nati da pratiche di MS – già esposti a una condizione di particolare vulnerabilità – resterebbero privi delle medesime garanzie.

Alla luce di queste considerazioni, lascia perplessi la soluzione suggerita dall'ordinanza interlocutoria della Prima Sezione Civile della Corte di cassazione[53], con la quale si sollecita l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, suggerendo di abbandonare il modello dell'adozione in casi particolari – indicato dalle stesse Sez. Un. nel 2022 – in favore della procedura di riconoscimento del figlio nato da rapporto incestuoso. Se è vero, infatti, che quest'ultima soluzione consente al minore, assistito dal tutore ai sensi dell'art. 273 c.c., o a lui stesso, al raggiungimento della maggiore età, di sollecitare il riconoscimento dello *status*, è tuttavia lecito dubitare che tale modello, che pare oltretutto di stretta interpretazione, garantisca davvero sufficienti tutele. In particolare, esso appare carente sotto il profilo del preminente interesse del minore, come a breve si dirà, e della necessità di contrastare una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna, riducendo la protezione del bambino a una mera formalità procedurale, priva di sostanza concreta.

L'analogia, in aggiunta, risulta limitata. Nel caso dell'incesto, la situazione nasce da un rapporto sessuale vietato tra consanguinei, che l'ordinamento reprime per ragioni legate alla tutela della famiglia, alla prevenzione di possibili rischi genetici e alla protezione di relazioni familiari vulnerabili. Nel caso del-

[53] Cass. Civ., sez. I, O.I. n. 5656/2026 del 12 marzo 2026.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

la MS, invece, la nascita del bambino è il risultato di un progetto procreativo deliberato, spesso strutturato attraverso accordi e interventi medici. Il problema giuridico non riguarda quindi un rapporto sessuale illecito, ma l'utilizzo di tecniche riproduttive e di un accordo che coinvolge una terza donna.

Un elemento che distingue profondamente la MS è la dimensione contrattuale e organizzata della pratica. La nascita del bambino è solitamente collegata ad accordi tra più soggetti e all'intermediazione di agenzie. Nel caso dell'incesto, invece, non esiste alcuna dimensione negoziale o organizzata: la questione riguarda esclusivamente le conseguenze di un rapporto tra due soggetti. L'analogia, pertanto, può essere evocata soltanto in riferimento al principio generale di tutela del minore, ma non può essere estesa fino a giustificare soluzioni giuridiche analoghe, poiché le questioni di fondo che le due situazioni sollevano rimangono radicalmente diverse.

Soprattutto, appare legittimo dubitare che, in una simile prospettiva, possa essere realmente garantita una valutazione attenta e caso per caso da parte del Tribunale per i minorenni, con il supporto delle figure professionali previste, finalizzata a verificare le relazioni affettive concretamente instaurate tra il minore e i committenti. La capacità di questi ultimi di assumere responsabilità genitoriali rischia di essere accertata in modo insufficiente e sommario, avvicinandosi a una mera formalità burocratica, simile a una trascrizione automatica, quasi a dimenticare che i committenti hanno fatto ricorso a una pratica che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

Permane quindi il dubbio che possa essere garantito, sul modello del riconoscimento del figlio incestuoso, un vero accertamento della cura e dei rapporti affettivi stabili e costanti, così come ha richiesto la sentenza, definita non a caso "di sistema" della Corte di Cassazione (S.U. 38162/2022).

In definitiva la soluzione proposta – ossia il riconoscimento dello *status* secondo il modello dei figli incestuosi – appare discutibile: essa sembra realizzare più gli interessi degli adulti desiderosi di avere un figlio a tutti i costi che il superiore interesse del minore, la cui tutela richiede, invece, l'accertamento sostanziale dell'effettività, della stabilità e continuità nella cura, e una verifica attenta della situazione concreta del singolo bambino. Di fatto, si trasferirebbe l'attenzione dagli interessi del minore agli interessi degli adulti, privilegiando la legittimazione *ex post* di pratiche vietate, a scapito della protezione effettiva del bambino.

La sfida del diritto costituzionale consiste allora nel mantenere fermo il divieto della maternità surrogata, a tutela della dignità della donna e del bambino, assicurando al contempo una protezione concreta e sostanziale ai nati da queste pratiche realizzate all'estero nonostante il divieto, attraverso strumenti normativi mirati, senza lasciare alla giurisprudenza il compito di elaborare soluzioni creative, così da rispondere in maniera adeguata alla specificità di queste situazioni.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

PARTE II

Accesso ai beni essenziali: servizi pubblici e regolazione

Antonio Mandara

Il rapporto pubblico-privato nel servizio idrico: uno studio definitorio

Sommario: 1. Introduzione: l'esistenza di "conflitti" nel servizio idrico. – 2. Il bilanciamento di interessi nella fase pianificatoria. – 3. Il rapporto pubblico-privato nella gestione del servizio: la natura soggettiva del gestore. – 4. Il rapporto pubblico-privato nella composizione della tariffa idrica. – 5. Conclusione: l'esigenza di una scala valoriale per dirimere i "conflitti".

1. Il tema del rapporto pubblico-privato nel servizio idrico è meritevole di analisi in ragione della pluralità di interessi che convergono in questo settore, in particolare quelli pubblici (accessibilità del servizio, tutela per le generazioni future, salvaguardia dal rischio idrogeologico, sostenibilità finanziaria, salute pubblica ecc.) e quelli privati (svolgimento di attività economiche legate all'acqua, usi liberi come la navigazione, usi ricreativi, ecc.)[1].

Si tratta di interessi che richiedono alle pubbliche amministrazioni coinvolti di dover bilanciare diverse – e spesso contrastanti – esigenze. In questo contesto si innesta la tensione tra pubblico e privato[2].

In primo luogo, vi è il tema degli interessi sociali, connessi alla fruizione di un bene fondamentale. Obiettivo, questo, che si concretizza nel garantire che chiunque possa avere accesso all'acqua. Inoltre, i soggetti coinvolti nel servizio idrico sono eterogenei tra loro (utenti domestici, imprese, enti esponenziali di collettività radicate su un determinato territorio o sul piano nazionale). In tal senso, le pretese possono essere convergenti ma anche divergere. Ciascuna categoria, infatti, rivendica un proprio diritto all'acqua.

In secondo luogo, vi sono gli interessi ambientali, che si estrinsecano nella tutela qualitativa e quantitativa della risorsa. Si tratta di non sprecare le risorse idriche e di non comprometterne gli equilibri ecosistemici.

In terzo luogo, vi è la necessità di bilanciare le esigenze finanziarie. Il servizio idrico è quello che, tra tutti, impone di programmare e attrarre ingenti investimenti (sia pubblici sia privati) per la costruzione e l'ammodernamento delle infrastrutture.

[1] Per una analisi risalente ma sempre attuale sull'acqua, si veda U. Pernigotti, *Acque Pubbliche*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, e S. Palazzolo, *Acque Pubbliche [Agg.]*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2000 e bibliografia ivi richiamata.

[2] Per una approfondita disamina degli interessi coinvolti nell'idrico F. Caporale, *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*, FrancoAngeli, Milano, 2017.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Questi "conflitti" tra interessi pubblici e interessi privati vengono ancor di più acuiti dalla scarsità della risorsa, che trova la sua principale causa nei cambiamenti climatici[3]. Si fa sempre più strada l'idea che il bene acqua abbia acquisito crescente attenzione e rilevanza nell'ordinamento giuridico in quanto, a causa dell'impatto ambientale delle attività umane, specialmente economiche e industriali, la sua disponibilità è venuta meno[4].

Questa maturata consapevolezza porta oggi a definire l'acqua come risorsa limitata, non illimitata e, quindi, a differenza di quanto si pensava comunemente fino al secolo scorso, è una risorsa finita e non infinita[5].

I "conflitti" tra questa pluralità di interessi emergono anche nel codice dell'ambiente, che individua gli obiettivi del servizio idrico e, di conseguenza, della sua regolazione[6]. Già nella prima disposizione della sezione dedicata alle acque, si trova una sintesi perfetta della combinazione tra interessi ambientali e sociali ed esigenze economiche: nell'affermare la competenza legislativa statale, il codice lega immediatamente la gestione del bene e del servizio alla tutela dell'ambiente e della concorrenza e ai livelli essenziali delle prestazioni[7].

Ciò impone di dover necessariamente sacrificare alcuni interessi a discapito di altri nonché pensare ad un cambio di paradigma nella gestione e nella tutela della risorsa. Il soddisfacimento di tutti gli interessi è astrattamente possibile solo in una condizione di abbondanza (come effettivamente è stato ritenuto per molto tempo). Nel momento in cui il bene è difficilmente reperibile *in rerum natura* ovvero richiede considerevoli tempistiche per rigenerarsi, si deve accettare l'idea che alcuni interessi (e quindi alcuni attori) siano recessivi rispetto ad altri.

Il presente studio, dunque, cercherà di verificare cosa debba intendersi per rapporto pubblico-privato nel servizio idrico. Si tratta di un passaggio logico, prima che giuridico, in quanto, per individuare gli strumenti per evitare o attenuare tali "conflitti", è necessario comprenderne le ragioni sottese. Dunque, un contributo che è possibile qualificare come definitorio, in quanto intende analizzare quali sono i "conflitti" che si annidano nel servizio idrico, così da porre delle basi solide su cui costruire riflessioni future.

Si può affermare, sin da subito, come non vi sia una risposta univoca, in quanto il rapporto pubblico-privato può essere declinato diversamente a

[3] Cfr. M.A. Sandulli, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 2019, p. 291 ss.

[4] Cfr. D. Palazzo, *Tutela e valorizzazione dei servizi ecosistemici, potere amministrativo e analisi economica del diritto*, in *Dir. amm.*, 2, 2025, p. 419 ss.

[5] Cfr. R. Briganti, *Il diritto all'acqua. Tra tutela dei beni comuni e governo dei servizi pubblici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.

[6] In apertura alla sezione III del codice dell'ambiente, dedicata alla gestione delle risorse idriche, e in particolare al titolo I, non a caso rubricato "Principi generali e competenze".

[7] D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 141, c. 1.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

seconda che si guardi alla fase di pianificazione, di gestione o di regolazione del servizio.

2. La pianificazione costituisce il momento in cui le pubbliche amministrazioni coinvolte sono chiamate a contemperare la pluralità di interessi che convergono nel servizio idrico.

Attraverso la programmazione, si individuano gli interventi da fare, le risorse da destinare, le priorità da soddisfare. Si tratta di un momento centrale, in cui anche gli interessi dei privati vengono valutati e bilanciati tra di loro e con quelli pubblici. Dunque, nella fase di pianificazione si può affermare come il rapporto pubblico-privato si estrinsechi nella necessità di individuare l'esatto punto di equilibrio tra le contrapposte istanze di cui si è detto in premessa.

Le scelte, però, vengono effettuate solo dalle amministrazioni coinvolte e i privati risultano spesso assenti. A primo impatto, la soluzione potrebbe essere ravvisata nella necessità di implementare la partecipazione dei privati nella fase di programmazione, così da consentire un corretto bilanciamento di interessi.

Tuttavia, come si vedrà, tale prospettiva non è così scontata, in quanto è possibile individuare sia vantaggi sia svantaggi.

In primo luogo, un adeguato coinvolgimento del pubblico interessato potrebbe consentire di riconoscere anticipatamente potenziali problemi e potrebbe garantire una distribuzione più accorta delle risorse idriche. Le istanze derivanti dalla partecipazione dell'opinione pubblica e dalla maggiore trasparenza potrebbero anche tradursi in una maggiore efficacia del servizio idrico, con una riduzione dei costi del servizio.

In secondo luogo, la partecipazione di soggetti pubblici e privati alla gestione delle risorse idriche è allo stesso tempo indicata come l'approccio «proattivo che può portare a decisioni ottimali, che sono più accettabili e meglio attuate direttamente»[8].

Infine, la partecipazione dei privati si potrebbe rivelare un vantaggio nella misura in cui consentirebbe di realizzare quel processo di c.d. social learning. Si tratta di un metodo di acquisizione delle decisioni che si basa sulla teoria dell'apprendimento sociale, che implica il più ampio coinvolgimento degli attori sociali interessati.

Tuttavia, non si possono sottacere alcuni rischi insiti nel coinvolgimento dei privati nella fase di pianificazione.

Invero, un primo profilo da non sottovalutare è quello delle differenti finalità che animano i soggetti istituzionali rispetto ai privati. I primi, co-

[8] Cfr. Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, 14 novembre 2012, concernente l'attuazione della direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE), COM(2012) 670 final, punto 5.3., p. 10.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

munque, sono mossi, almeno astrattamente, dalla finalità di perseguire il pubblico interesse a differenza dei privati che, comunque, tenderanno pur sempre al soddisfacimento di un interesse egoistico[9].

In secondo luogo, vi è il rischio di "ingolfare" i procedimenti decisionali delle autorità competenti. Invero, una pluralità di istanze, di richieste, e quindi di interessi da considerare, potrebbe, neanche tanto paradossalmente, ostacolare una corretta ponderazione. Il rischio è quello di generare una confusione nell'amministrazione decidente, la quale tra le molteplici voci non sarebbe più in grado di individuare il punto di equilibrio ottimale.

Infine, vi è il problema finanziario. L'accoglimento delle istanze dei privati potrebbe infatti comportare nuovi oneri, con la conseguente difficoltà di dover individuare le risorse per farvi fronte. È risaputo, infatti, come il servizio idrico sia in costante ricerca di nuove fonti di investimento, necessarie particolarmente al miglioramento delle condizioni delle infrastrutture. Il rischio, quindi, è che l'accoglimento delle istanze dei privati possa dirottare le risorse finanziarie dai reali investimenti di cui necessità il servizio idrico.

Ed allora, per perimetrare correttamente il ruolo che i privati dovrebbero assumere nella programmazione idrica, è necessario individuare una scala valoriale che sappia orientare il comportamento delle amministrazioni coinvolte. In questo modo sarebbe possibile comprendere fino a che punto le istanze private debbano trovare accoglimento nelle scelte pianificatorie delle pubbliche amministrazioni.

3. Nella fase di gestione del servizio, il rapporto pubblico-privato si può declinare sotto il versante della natura soggettiva del gestore affidatario. Si tratta di tematica che presenta numerosi spunti di riflessione.

In base all'attuale quadro normativo, l'art. 142, comma 3, d.lgs. 152/2006 stabilisce che sono «gli enti locali, attraverso l'ente di governo dell'ambito di cui all'articolo 148, comma 1» a svolgere «le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato, di scelta della forma di gestione, di determina-

[9] Tra i principi posti a base dell'attività di pianificazione, vi è l'assunto di M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 19, per cui le libere attività umane sul territorio provocano conseguenze negative «indipendentemente dai moventi del tornaconto e dai richiami alla ragione», poiché le stesse mirano contemporaneamente alla massimizzazione dei profitti ed alla minimizzazione dei costi. Di conseguenza, l'assenza di una qualunque regolazione o della fissazione di criteri sociali di scelta, lascia il singolo operatore privo della possibilità di conoscere gli effetti che l'uso del bene o la sua distruzione (acqua, suolo, boschi, paesaggio ecc.) possono produrre sia sul sistema di relazione con gli altri beni sia sul benessere della comunità locale o superlocale. Per la disamina di altri principi in materia di pianificazione ambientale, cfr. P. Urbani, *La pianificazione per la tutela dell'ambiente, delle acque e per la difesa del suolo*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 2001, p. 199.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

zione e modulazione delle tariffe all'utenza, di affidamento della gestione e relativo controllo»[10]. Dunque, spetta all'ente di governo d'ambito affidare la gestione integrata del servizio idrico[11].

Inoltre, l'art. 14 del d.lgs. n. 201/2022 disciplina le modalità di scelta di gestione del servizio pubblico locale[12] e prescrive che l'organizzazione del servizio possa avvenire secondo quattro modalità: affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica (art. 15); affidamento a società mista (art. 16); affidamento a società *in house* (art. 17); e, infine, limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali.

Il rapporto pubblico-privato nella fase di gestione dell'idrico può essere quindi definito come la necessità di dover scegliere tra le diverse modalità esistenti, le quali oscillano tra una composizione totalmente pubblica (secondo le forme dell'in house) ad una gestione totalmente privata (esternalizzando il servizio) passando dall'affidamento a società a capitale misto

[10] Si ricorda che il servizio idrico integrato è costituito dall'insieme dei servizi di captazione, adduzione e distribuzione di acqua a usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue e riguarda anche gli usi industriali delle acque gestite nell'ambito del servizio idrico integrato. La configurazione integrata dei servizi idrici deriva dalla soluzione disposta, per la prima vola, dalla l. n. 36/1994 (c.d. legge Galli), che ha stabilito la necessità di un'organizzazione integrata dei servizi pubblici di acquedotto, fognatura e depurazione, da organizzare per ambiti territoriali ottimali, e con il superamento della frammentazione delle gestioni. Sul servizio idrico integrato, cfr. G. Caia, *I modelli di gestione del servizio idrico integrato e il rapporto con l'Ente di governo d'ambito*, in L. Carbone, G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici*, Annuario di diritto dell'energia 2017, il Mulino, Bologna, 2017, p. 159 ss. Nonché, diffusamente, cfr. M. Andreis (a cura di), *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, Giappichelli, Torino, 2015; M. Gigante (a cura di), *L'acqua e la sua gestione: un approccio multidisciplinare*, Jovene Editore, Napoli, 2012; V. Parisio (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata*, Giuffrè, Milano, 2011.

[11] Gli Enti di governo dell'ambito (EGA) sono gli organismi individuati dalle Regioni per ciascun Ambito Territoriale Ottimale ai quali partecipano obbligatoriamente tutti i Comuni ricadenti nell'ATO ed ai quali è trasferito l'esercizio delle competenze dei Comuni stessi in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche.

[12] Sulla nozione giuridica di servizio pubblico locale si rinvia alla ricostruzione di M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, in B.G. Mattarella e M. Ramajoli (diretto da), *Funzioni amministrative*, III, Milano, 2022, pp. 1086-1115, e alla bibliografia ivi richiamata. La scelta della modalità di gestione di servizio pubblico locale di rilevanza economica è cruciale, "quale espressione del principio di risultato". L'ente locale è responsabile della scelta, anche se la stratificazione delle riforme di settore hanno tentato, in maniera diversa, di alternarne i connotati. L'autonomia della scelta dell'ente locale è stata più volte "immolata" sull'altare della concorrenza. In ogni caso, nonostante l'evoluzione della disciplina, la preferenza per l'in house providing da parte dell'ente richiede sforzi motivazionali "non meramente enunciativi". Si rinvia, inoltre, a M.A. Sandulli, *La gestione dei servizi pubblici locali nei settori speciali*, in *www.astrid-online.it*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

pubblico-privato.

Tuttavia, anche in questo caso la scelta tra le diverse modalità non si rivela agevole, in quanto tutte presentano ambiguità[13].

Per quanto riguarda l'in house, si può legittimamente dubitare sull'adeguatezza di questo modello[14]. Infatti, come detto l'affidamento del servizio spetta all'ente di governo d'ambito ed è prevista la possibilità di affidamento a società *in house* «comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale»[15]. Gli enti locali stessi, peraltro, partecipano obbligatoriamente all'ente di governo[16], sicché si può dire che essi stessi affidano il servizio tramite l'ente. L'art. 6 del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali prevede che gli enti di governo dell'ambito non possono direttamente o indirettamente partecipare a soggetti incaricati della gestione del servizio e tuttavia non si considerano partecipate indirettamente le società formate o partecipate dagli enti locali ricompresi nell'ambito. Di conseguenza il rischio è che l'ente di governo d'ambito affidi il servizio ad una società in house partecipata da enti locali che a loro volta fanno parte dell'ente di governo d'ambito.

Invece, nell'affidamento del servizio a una società privata, i nodi critici attengono tutti ai costi della gestione. La lunga durata degli affidamenti comporta il rischio che si verifichino eventi imprevisti con la nascita di ulteriori costi a carico della collettività. Tra le cause che possono aumentare i costi vi è può essere una errata valutazione dei rischi operativi, che potrebbe rendere insostenibile la gestione, oppure i rischi legati alla programmazione, che sono dovuti a una non corretta ricognizione delle opere e degli interventi. Inoltre, per un verso, tali costi possono allontanare alcuni operatori economici, specialmente i più piccoli, e, per altro verso, incidono nella determinazione delle tariffe, finendo per ricadere sugli utenti.

Anche le società miste presentano problemi simili. In particolare, è molto difficile stabilire con precisione quali compiti vadano effettivamente conferiti al privato e quali debbano restare al pubblico, e regolare i conseguenti assetti societari. In particolare, non è semplice stabilire quali decisioni imprenditoriali vadano lasciate al privato, visto che questo svolge in via esclusiva l'attività operativa, e quali, invece, vadano assunte anche con la partecipazione dell'azionista pubblico. Infatti, la distinzione tra scelte operative, da un lato, e strategico-organizzative, dall'altro, è molto sfumata: bisogna evitare di svuotare di poteri il soggetto pubblico o di attribuir-

[13] Cfr. F. Caporale, *Pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive*, in *Munus*, 3, 2019.

[14] Per una analisi esaustiva sull'in house providing, cfr. B.G. Mattarella, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Riv. trim. dir. pub*., 4, 2023, p. 1283 e bibliografia ivi citata.

[15] Art. 149 *bis*, comma 1, d.lgs. 152/2006.

[16] Art. 147, comma 1, decreto legislativo n. 152 del 2006.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

gliene troppi, consentendogli di condizionare le scelte imprenditoriali, con l'effetto di vanificare il beneficio ottenuto – in termine di efficienza – con il conferimento di compiti operativi al socio privato.

In definitiva, tutte le varie forme di gestione del servizio idrico presentano delle problematiche sotto il versante pubblico o privato[17].

La valutazione su quale sia la forma di gestione ottimale va compiuta caso per caso, a seconda delle peculiarità locali, sulla base di una scala valoriale adeguata, anche eventualmente tenendo conto delle nuove forme di partenariato, nonché attraverso la predisposizione di una corretta convenzione con il gestore. Attraverso una scala valoriale, infatti, l'ente di governo d'ambito sarebbe in grado di individuare la scelta migliore per una data comunità di riferimento, verificando se, posta l'equivalenza tra le diverse forme di gestione, sia più opportuna una gestione totalmente pubblica ovvero totalmente privata ovvero ancora la creazione di una società a capitale misto pubblico-privato.

4. Infine, nella fase di regolazione la tensione tra pubblico e privato è bene espressa dal sistema tariffario.

In particolare, la tariffa dimostra come il servizio idrico debba essere sintesi tra interessi ambientali, istanze sociali e necessità economico-finanziarie, e quindi tra interessi pubblici e privati[18].

Più nel dettaglio, la tariffa può concorrere a rafforzare l'assetto industriale del settore idrico, favorendo le aggregazioni e la crescita dimensionale dei gestori. Può poi costituire una leva valida a colmare il vuoto di investimenti nel servizio[19], consentendo di coprire i costi di mantenimento delle infrastrutture e gli oneri di ammortamento[20]. Essa assume poi anche

[17] Nel 2019, le gestioni del servizio idrico integrato risultano affidate, nel novantasette per cento dei casi, a soggetti pubblici, ossia società in house, società a partecipazione pubblica maggioritaria e gestioni in economia. In particolare, il modello dell'in house providing è di gran lunga quello più diffuso, pari al cinquantaquattro per cento del totale delle gestioni del servizio idrico. L'affidamento a società miste, con partecipazione pubblica di maggioranza, costituisce il trentatré per cento delle gestioni complessive, e si rinviene soprattutto nelle regioni del Centro-Nord (19). Le gestioni in economia sono ancora circa duemila, rappresentano l'undici per cento del totale delle gestioni, nell'ottantacinque per cento dei casi sono concentrate nel Mezzogiorno e servono una platea di circa undici milioni di cittadini. Infine, nell'un per cento dei casi la gestione spetta a società a partecipazione privata maggioritaria, mentre nel due per cento a società interamente private.

[18] G. Mocavini, *Le dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato*, in *Munus*, 3, 2019.

[19] Cfr. M.R. Mazzola, *La regolazione dei servizi idrici*, in *rapporto Astrid*, Roma, 2013, p. 13 ss.

[20] Cfr. R. Fazioli, *La regolazione tariffaria del servizio idrico in Italia: suggestioni analitiche per una revisione strutturale*, in *L'industria*, 2, 2014, p. 245 ss. La definizione della tariffa costituisce il principale elemento di sostenibilità dei servizi idrici, specialmente se si considera il progressivo recesso dell'intervento pubblico nelle infrastrutture di rete, come

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

una valenza sociale, in quanto deve essere definita anche in applicazione di principi solidaristici ed equitativi[21]. La tariffa, infine, è funzionale a tutelare il bene acqua dal punto di vista ambientale, dal momento che nelle componenti tariffarie confluiscono anche i costi ambientali[22].

Nella tariffa idrica, dunque, convivono distinte dimensioni, tutte connesse agli interessi pubblici e privati rilevanti nel settore idrico. Si tratta di profili riscontrabili anche in altri servizi di interesse economico-generale, ma che assumono un rilievo fondamentale nel servizio idrico integrato, essendo l'acqua un bene primario indispensabile.

Da tutto ciò deriva che l'entità del corrispettivo tariffario non può che essere il risultato di un bilanciamento tra interessi[23]. Quindi, la tariffa si rivela il più importante strumento di regolazione, perché è il momento cruciale del bilanciamento tra interessi sociali, tutela ambientale ed esigenze economico-finanziarie e perché incide direttamente sui risparmi dei cittadini (e, quindi, sulla fruizione del bene)[24].

Dunque, la tariffa dimostra come anche nella fase di regolazione via sia una tensione tra pubblico e privato, plasticamente resa dalle sue varie componenti. E la scelta sull'individuazione dell'esatto punto di equilibrio passa proprio per la sua modulazione. Infatti, innalzando o abbassando alcune sue componenti, possono essere privilegiati alcuni interessi a scapito di altri.

In tal senso, per un verso, la tariffa potrebbe essere aumentata per garantire la qualità delle infrastrutture, il buono stato dell'acqua, il raggiungimento di aree disagiate. Per altro verso, però, vale nei servizi pubblici il

osservato da L. Arnaudo, *Riforma, regolazione, retorica: il caso dei servizi idrici in Italia*, in *L'industria*, 3, 2012, p. 461 ss. (spec. p. 467 ss.), il quale chiarisce che il legislatore, tanto con la legge Galli, quanto con il codice dell'ambiente, ha ritenuto percorribile la strada della liberalizzazione del servizio idrico solo a condizione di attirarvi ingenti risorse private. In questa prospettiva, diviene fondamentale che il quadro regolatorio garantisca certezza delle regole nel lungo periodo, affinché il valore della tariffa consenta la bancabilità degli investimenti.

[21] Tali obiettivi, in realtà, non sono mai stati estranei alla natura giuridica di servizio pubblico locale del settore idrico48. Come gli altri servizi pubblici locali, infatti, anche il servizio idrico è rivolto a realizzare scopi sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. In questa prospettiva, la regolazione tariffaria diviene rilevante anche con riferimento a temi sociali e redistributivi, come quello della gratuità del servizio entro livelli minimi essenziali. Cfr. A. Cauduro, *La fornitura del quantitativo minimo vitale di acqua*, in *Dir. amm*., 4, 2017, p. 837 ss.

[22] Non vi è dubbio, infatti, che una delle funzioni del sistema tariffario sia anche quella di difendere la risorsa idrica, intesa come *common-pool resource*, ossia un bene la cui disponibilità dipende da uno sfruttamento intelligente e sostenibile66. Sulla nozione di *common-pool resource* si può rinviare a E. Ostrom, *The Challenge of Common-Pool Resources*, in *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 2008, 50, p. 8 ss.

[23] Come messo in evidenza da L. Saltari, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1, 2019, p. 249 ss. (spec. p. 283 ss.).

[24] F. Caporale, *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*, cit.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

principio di accessibilità e quindi questa dovrebbe essere contenuta. Tuttavia, il rischio è che con la riduzione della tariffa si verifichi una contestuale *deminutio* della qualità del servizio pubblico.

Resta però l'interrogativo su quali criteri sia necessario seguire per realizzare la più efficace sintesi tra interessi contrapposti.

A tal fine, si rivela necessaria anche in questo caso una scala valoriale, che consenta di poter individuare di volta in volta le componenti da privilegiare e quelle che invece richiedono per il cittadino (utente ma anche contribuente) uno sforzo minore. Così, ad esempio, la gestione del servizio idrico in una zona ricca di acqua ma con impianti vetusti richiederà risorse minori per la ricerca della risorsa e oneri maggiori per l'ammodernamento degli impianti ovvero la gestione di impianti di nuova costruzione potrebbe richiedere un minor finanziamento per la gestione ma costi maggiori per il raggiungimento di aree disagiate.

L'individuazione di una scala valoriale, quindi, potrebbe consentire un modellamento della tariffa così da cogliere le reali necessità dell'area di riferimento.

5. In conclusione, il rapporto pubblico-privato nel servizio idrico costituisce il punto di partenza di una tematica che taglia trasversalmente tutta la materia e involve numerosi argomenti tra loro eterogenei (dalla partecipazione dei privati alla fase di pianificazione passando per l'individuazione della forma di gestione sino alla determinazione della tariffa). Tuttavia, i vari ambiti passati sinteticamente in rassegna consentono di individuare un *fil rouge* comune a tutta la trattazione ossia la mancanza di una scala valoriale che possa consentire alle pubbliche amministrazioni coinvolte di poter decidere, di volta in volta, quale interesse privilegiare.

Non mancano indicazioni normative in tal senso[25], che richiedono però di essere correttamente intese.

Infatti, le esigenze di sostenibilità ambientale[26] possono permeare le

[25] S. Perongini, E. Romano, *Sostenibilità ambientale, servizi pubblici locali ed esternalizzazione*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 2025, p. 331.

[26] La legge costituzionale n. 1 del 2022 ha modificato l'art. 9 Cost. prevedendo espressamente – tra i principi costituzionali fondamentali – la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La riforma in parola ha modificato anche l'art. 41 Cost. stabilendo che la libertà di iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da arrecare danno all'ambiente (art. 41, secondo comma) e che il legislatore ha il compito di determinare i programmi e i controlli opportuni per orientare l'attività economica pubblica e privata a fini ambientali e sociali (art. 41, terzo comma). Sul punto si rinvia a M. Delsignore, A. Marra, M. Ramajoli, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1, 2022. Per quanto riguarda la normativa sovranazionale, si rinvia alla bibliografia sul principio di integrazione, fissato dall'art. 11 TUE, e in particolare, *ex multis*, a M.C. Cavallaro, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 2, p.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

valutazioni della pubblica amministrazione[27] secondo differenti modalità. L'interesse ambientale è rilevante nelle scelte amministrative[28] ed è diversamente valorizzato dal legislatore nelle ipotesi di valutazioni comparative discrezionali[29].

Così, l'art. 3-*quater* del Codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006) stabilisce che «Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile" e, che, "nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione»[30].

L'indicazione, presente nell'art. 3-*quater*, di "prioritaria considerazione" non può intendersi nel senso di prevalenza assoluta delle esigenze di tutela ambientale e di "scelta" in questa direzione all'esito della comparazione tra i diversi interessi. Innanzitutto, l'art. 3 *quater* non ha un ambito applicativo circoscritto a qualche settore dell'attività amministrativa o a determinati procedimenti, ma assume una portata generale. In secondo luogo, la tutela dell'ambiente non ha un "ruolo esclusivo (o escludente altre tutele)", ma certamente deve "essere integrata rispetto ad altri interessi"[31]. Infatti, nell'alveo della tutela dell'ambiente, sono ricompresi interessi anche confliggenti e non può nemmeno ipotizzarsi la prevalenza dell'"unico" interesse alla tutela dell'ambiente, dal momento che "unico" non è[32].

Invece, l'art. 3-*quater* deve considerarsi una norma che concerne il nucleo della valutazione discrezionale comparativa dell'amministrazione, prescrivendo che tra i diversi interessi che devono essere contemperati, vi

467 ss.; C. Feliziani, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 843 ss.

[27] La letteratura sul tema della sostenibilità ambientale delle decisioni delle pubbliche amministrazioni è vastissima. Per indicazioni bibliografiche si rinvia ai recenti lavori monografici di M. Brocca, *Interessi ambientali e decisioni amministrative. Profili critici e nuove dinamiche*, Torino, 2018 e di F. De Leonardis, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023.

[28] Sulla rilevanza dell'interesse ambientale nelle scelte amministrative e sul relativo sindacato giurisdizionale si veda anche G. Tulumello, *Il sindacato giurisdizionale sull'azione e inazione pubblica in materia di tutela dell'ambiente*, in *www.giustiziamministrativa.it*, 2025.

[29] Sul tema della valutazione discrezionale comparativa della pubblica amministrazione e sulla ricostruzione di nuove categorie dogmatiche sia consentito rinviare a S. Perongini, *Le nuove categorie dogmatiche della discrezionalità comparativa. Das intendierte Ermessen, das null Ermessen e la maturazione del potere amministrativo discrezionale*, Torino, 2025.

[30] Cfr. F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quad. dir. amm.*, 2010, p. 13 ss.; Id., 2010, Napoli.

[31] Cfr. F. De Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 779 ss.

[32] Cfr. A. Bonomo, *Governare la transizione ecologica: tra nuovi interessi e nuovi conflitti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, p. 619 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

è anche quello della tutela dell'ambiente che deve essere oggetto di "prioritaria considerazione".

Servirà, quindi, in prospettiva di analisi, collocare le varie esigenze pubbliche e private in una ipotetica scala valoriale, con la consapevolezza, però, che i servizi pubblici sono per loro natura relativi, dovendosi sempre adeguare alle contingenze del momento e del luogo in cui devono essere erogati.

Dunque, nella fase di programmazione servirà una scala valoriale per individuare l'esatta misura della partecipazione dei privati e, soprattutto, del peso da attribuire alle loro istanze. Diversamente, nella fase di gestione, servirà una scala valoriale per comprendere se sia più opportuno affidare il servizio idrico ad una società in house ovvero ad una società interamente privata ovvero ancora ad una società mista, con tutto ciò che ne deriva in termini di governance e finanziari. Infine, nella fase di regolazione del servizio, l'esistenza di una scala valoriale sarà funzionale a realizzare una differente pretesa impositiva a seconda delle reali necessità sia dei singoli gestori sia delle comunità che a questi fanno riferimento.

Ne discende che nel servizio idric, ma più in generale in tutti gli ambiti legati all'acqua, in ragione della «moltiplicazione degli interessi»[33], sarà necessario individuare i valori preminenti in un dato momento storico e territoriale. Al contempo, qualsiasi scelta dovrà essere compiuta alla luce dei canoni di ragionevolezza[34] e proporzionalità[35], che consentano, comunque, di lasciare sufficiente discrezionalità ai poteri pubblici chiamati a gestire la complessità derivante dalla dialettica tra le varie istanze[36].

[33] Così, S. Cassese, *Varcare le frontiere*, in *Riv. trim. dir. pubb*., 3, 2023, p. 1056. La molteplicità delle funzioni assegnate alle pubbliche amministrazioni, derivante dalle pretese avanzate dai diversi portatori di interesse compresenti nella società pluriclasse ha reso articolata, multiorganizzativa e plurale anche l'attività amministrativa, in modo ancor più accentuato in questi anni, connaturati da un'evidente complessità sociale.

[34] Cfr. F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 10 ss.

[35] Cfr. F. Trimarchi Banfi, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2, 2016, p. 361 ss.

[36] Come efficacemente notato da D. Bevilacqua, *Investimenti energetici o tutela degli ecosistemi?*, in *Riv. trim. dir. pubb*., 3, 2024, p. 639 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Dario Bevilacqua

La gestione e la regolazione dei servizi idrici: tre problemi aperti

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La natura giuridica dei soggetti. – 3. La complessità e la regolazione. – 4. Le pianificazioni idriche. – 5. Semplificazione ed efficienza: parametri utili per la natura giuridica del gestore? – 6. Quale tipo di regolazione in un settore multidimensionale e complesso? – 7. Quanto sono affidabili le pianificazioni pubbliche nel settore idrico?

1. Il tema dei servizi idrici – quindi la gestione del servizio e la sua regolazione a fini pubblici – presenta vari argomenti interessanti che meritano un approfondimento[1]. Di qui, al fine di incentivare e sviluppare future e più ampie ricerche sul tema, si individuano tre argomenti, brevemente descritti nei primi paragrafi. In una seconda parte della riflessione l'attenzione è dedicata ad alcuni aspetti problematici degli stessi temi prescelti, con relative domande, intenzionalmente lasciate aperte perché l'indagine sui servizi idrici impone nuove e ulteriori analisi e riflessioni, utili anche per approfondire la disciplina di altri settori che mostrano di possedere elementi comuni a quello qui esaminato.

2. Il primo argomento riguarda l'inevitabile dialettica tra servizi erogati da strutture pubbliche o affidati invece alla gestione dei privati. Dialettica che, nel caso dell'acqua, si rivela ancora più problematica e si interseca in modo decisivo con il momento della regolazione. Lo ha ribadito, di recente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, in una pronuncia in tema di tariffe idriche, ha sottolineato come la fornitura di acqua costituisca una materia di natura peculiare, rientrando tra i «servizi di interesse economico generale» ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera c), del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, quindi un'attività che, come statuito in quella sede, «in assenza di regole pubblicistiche, sarebbe svolta in modo non uniforme ovvero a condizioni di accessibilità inadeguate rispetto a quelle reputate coerenti con gli obiettivi di interesse generale»[2].

[1] Il presente scritto è pensato e sviluppato come commento al contributo di Antonio Mandara (A. Mandara, *Il rapporto pubblico privato nell'idrico: uno studio preliminare*, in *Questo volume*, p. 61 ss.), già oggetto di dibattito in occasione della Giornata della ricerca 2025/2026, tenutasi all'Università di Catania il 10 febbraio 2026, Auditorium "Enzo Zappalà" - Dipartimento di Giurisprudenza.

[2] Cons. St., Adunanza plenaria, Sentenza 7 novembre 2025, n. 16, *https://mdp.giustizia-amministrativa.it/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202300537&nomeFi-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Quanto riportato ci porta quindi a ragionare sia su come la natura privatistica o pubblicistica del gestore abbia un effetto condizionante sulle funzioni svolte dal regolatore, sia sull'impatto della stessa regolazione pubblica nei confronti dell'attività di erogazione del servizio: anche qualora il fornitore sia un privato, la disciplina deve essere comunque a forte connotazione pubblicistica, con un condizionamento e un indirizzo derivante dalla regolazione amministrativa di tale settore che deve assicurare il soddisfacimento di interessi generali come la tutela di una risorsa naturale scarsa, l'accesso diffuso a un bene essenziale, la manutenzione e lo sviluppo di infrastrutture irrinunciabili per numerose attività economico-produttive. Ma occorre valutare, e su questo si tornerà, quale sia il modello di gestione-regolazione più adatto, più efficiente e più efficace, avendo riguardo proprio alla natura giuridica di chi fornisce il servizio e considerando sia le peculiarità del settore considerato, sia i criteri per un buon andamento della struttura competente a svolgere tale funzione.

3. In secondo luogo, ma in collegamento con il punto precedente, rileva la complessità della materia in questione, che comprende una pluralità di interessi primari, di pari rango, tutti da soddisfare, ma potenzialmente confliggenti: interessi sociali, interessi ambientali, interessi economici e di sviluppo, interessi finanziari.

Un bilanciamento soddisfacente di questi interessi può essere ottenuto in vari modi: affidando a privati la gestione del servizio, ma con una regolazione amministrativa molto stringente; oppure, in senso opposto, limitandola alle sole figure giuridiche pubbliche, competenti a tenere insieme i vari interessi, secondo un disegno volto al benessere generale che affida tutti i poteri a un unico soggetto. Nel mezzo, vi sono poi modelli intermedi, ibridi.

Se si concentra l'attenzione sul momento propriamente regolatorio, che attualmente si incentra sulle funzioni svolte da un regolatore indipendente e ad elevata *expertise* tecnica, come l'Autorità di regolazione per energia

le=202500016_11.html&subDir=Provvedimenti, Considerato in diritto, par. 2. Su questi argomenti è interessante notare che già nella letteratura anglosassone sulla regolazione dei mercati di qualche decennio fa, la posizione sull'idrico era molto diversa da quella relativa agli altri settori regolati: l'acqua era considerato l'unico settore in cui la regolazione sarebbe rimasta per sempre pubblica (S. Littlechild, *Economic Regulation of Privatised Water Authorities and Some Further Reflections*, in *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 4, no. 2, 1988, pp. 40-68). Più in generale, sui riflessi inevitabilmente pubblicistici dei servizi idrici si v. T.E. Frosini, *Dare un diritto agli assetati*, in *An. giur. econ.*, 2010, 1, p. 29 ss.; F. Caporale, *Legislatore, Consulta, democrazia diretta: i nodi irrisolti dei servizi idrici*, in *Gior. dir. amm.*, n. 9/2010, p. 1022 ss.; Id., *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*, FrancoAngeli, Milano, 2017, *passim*.; C. Iannello, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, *passim*.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

reti e ambiente (ARERA o Autorità), è importante valutarne i caratteri fondamentali, verificarne gli elementi critici e quindi provare a ipotizzare dei correttivi. Come in altri settori, anch'essi connaturati da complessità e pluralismo, quello idrico impone pertanto una riflessione sul modello organizzativo prescelto per la sua regolazione, che deve attingere alle migliori conoscenze scientifiche, garantire imparzialità – *rectius*: neutralità –, adeguarsi alle peculiarità del territorio, ma anche districarsi tra una molteplicità di interessi da soddisfare, talvolta in conflitto tra loro.

4. In terzo luogo, anche in questo caso *in continuum* con quanto già evidenziato, ci si sofferma su uno strumento chiave, tra gli altri, per affrontare queste problematiche, ossia quello della pianificazione. È doveroso approfondire[3] la questione della partecipazione dei privati al momento programmatorio, che presenta vantaggi e inconvenienti. Più in generale può dirsi che l'utilizzo di questo metodo può essere utile per gestire la complessità del settore considerato, superando quindi i conflitti in una fase iniziale, anticipandoli in una sede deputata alla negoziazione e al dibattimento, con riflessi sul momento esecutivo. Il piano, proprio in quanto «strumento di razionalizzazione dell'azione dei pubblici poteri che si frappone – come fattore di mediazione – tra il disporre in via generale e preventiva (coincidente con il momento di fissazione della regola dell'azione) ed il provvedere in concreto caso per caso»[4], costituisce un modello di intervento particolarmente adatto al caso in esame, ma presenta comunque una problematica importante di capacità ed efficienza amministrativa, perché pianificare, eseguire e poi controllare il contenuto di ogni attività di pianificazione è un compito ambizioso e non facile da portare a termine.

5. A fronte dei tre aspetti brevemente descritti, come detto, si possono rappresentare alcune problematicità, che si ritengono utili per arricchire la ricerca su tali temi.

Con riferimento alla molto dibattuta questione del soggetto erogatore, che dovrebbe o potrebbe anche non essere pubblico, pur concordando con chi auspica che la discussione debba andare oltre questo aspetto perché il momento chiave è pur sempre quello della disciplina giuridica e della regolazione[5], occorre porsi un problema, proprio legato a quella complessità di

[3] Come fa, con spunti interessanti, A Mandara, *Il rapporto pubblico privato nell'idrico*, cit., p. 63 ss.

[4] P.L. Portaluri, *Il principio di pianificazione*, in M. Renna e F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 453.

[5] L'affidamento di un servizio a soggetti privati non lo libera da una regolazione pubblica intrusiva e condizionante che, nell'imporre un *price-cap* al sistema tariffario dell'acqua prende in considerazione numerosi interessi pubblici da soddisfare: le amministrazioni esternalizzano una serie di compiti che possono essere svolti con efficienza dai privati, ma

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

interessi, di cui si è detto. A tal proposito, ci si deve chiedere: se si affida la gestione al privato per poi regolarlo e funzionalizzarlo non si sta ulteriormente complicando il modello, rendendo quindi più complesso, farraginoso e frammentato quel difficile bilanciamento tra tanti interessi diversi? Se la presenza di un privato impone una remunerazione per quest'ultimo, sicuramente legittima, non si aggiunge una problematica che il regolatore dovrà considerare, mentre nel pubblico basterebbe assicurare il pareggio di bilancio?

Qualora si decidesse di affidare la gestione del servizio a soggetti esclusivamente di natura pubblicistica non sarebbero le tariffe lo strumento con cui bilanciare il conflitto tra tutela ambientale – cioè la difesa di una risorsa scarsa – e tutela sociale – ossia la garanzia di accesso a un bene fondamentale –, ma una combinazione di strumenti amministrativi tesi a contemperare il consumo limitato e la possibilità di accedere al bene.

La questione è tutt'altro che pacifica, ma la soluzione prospettata, seppur drastica, per certi versi draconiana, ha il vantaggio di andare in una direzione orientata alla semplificazione: perché se è vero che sia la soluzione privata, sia quella pubblica presentano comunque dei difetti, un modello in cui i poteri di gestione sono accentrati in un'unica struttura pubblica (ancorché articolata sul territorio), che applica norme pubblicistiche finalizzate a garantire un servizio essenziale senza pregiudicare l'accessibilità a una risorsa scarsa e strategica, potrebbe operare una riduzione sia dei conflitti tra gli interessi, sia delle operazioni da svolgere, sia infine dei soggetti da coinvolgere nelle procedure. Ciò potrebbe produrre benefici in termini di chiarezza, speditezza delle decisioni ed efficienza dell'azione amministrativa, facilitata sia nel momento di erogazione del servizio, sia in quello della sua vigilanza.

Di contro, è risaputo che, nel corso degli anni, le tariffe idriche definite dai comuni sono rimaste per molto a lungo troppo basse, garantendo l'accesso ma rinunciando a reperire risorse da investire in manutenzione/ammodernamento della rete. In tal senso hanno giocato un ruolo le ragioni politiche, che hanno influenzato le scelte gestionali: la durata quinquennale del ciclo elettorale è troppo breve rispetto agli investimenti nell'idrico che hanno un impatto in un periodo temporale più lungo, almeno decennale, rendendoli quindi poco utili sotto il profilo del consenso politico. Sono

questi sottostanno comunque a limitazioni di natura pubblicistica perché la loro attività è diretta a soddisfare interessi generali. Anche quando i servizi erogati sono qualificati "di rilevanza economica" (Corte cost. n. 325/2010, considerato in diritto § 11.4 e n. 187/2011, considerato in diritto § 3.2) tale nozione "non esclude, ma, al contrario obbliga, a tenere in maggiore considerazione le finalità sociali del servizio", F. Caporale, *Legislatore, Consulta, democrazia diretta*, cit., p. 1025. Sul punto, lo stesso a. sottolinea l'importanza del momento regolatorio e anche la sua complessità e scarsa armonia, trattandosi di un sistema policentrico, eterogeneo e poco coordinato, Id., *Pubblico e privato nei servizi idrici: snodi critici e prospettive*, in *Munus*, n. 3, 2019, p. 750 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

altresì mancati stanziamenti generali, sostenibili con i provenienti dalla tassazione. La gestione della rete idrica da parte del pubblico si è quindi rivelata – in alcuni territori più di altri – poco efficiente. A tal riguardo, emerge quindi il problema di come assicurare gli opportuni investimenti infrastrutturali in tale settore. A cui si affianca la difficoltà di far coesistere l'efficienza del servizio con la sua remunerazione, senza diminuire le capacità di accesso degli utenti. Ancora, le esigenze politiche potrebbero mettere in secondo piano il rispetto del principio "chi inquina paga", perché oneroso e con effetti che creano malcontento nella collettività. Queste considerazioni farebbero quindi propendere più per un regolatore esterno, slegato dal consenso politico – quindi indipendente –, che vigili sulla gestione, che a questo punto potrebbe essere affidata anche a privati.

La contrapposizione presentata dimostra, come detto, che si tratta di un problema aperto; sicuramente meritevole di ulteriore approfondimento dottrinario e che non può essere dato per scontato in nessuna delle due alternative offerte. Inoltre, una riflessione sulla dialettica presentata, connotata da alcune peculiarità proprie del settore idrico, può contribuire a un ragionamento più generale, ossia quello sulla scelta del modello organizzativo e della natura giuridica del gestore più adatti all'erogazione di servizi di interesse pubblico: a riguardo, si conferma la necessità di modelli flessibili e multiformi, da verificare settore per settore e caso per caso.

6. La difficile gestione della complessità propria del settore idrico è centrale anche nel secondo argomento messo in luce, relativo alla molteplicità degli interessi coinvolti e alla loro regolazione. A tal riguardo, detto dei problemi attinenti a natura e caratteri di chi è chiamato a fornire il servizio, un interrogativo importante deve appunto riguardare il momento della regolazione, quindi la sua struttura organizzativa, la sua *ratio*, il suo funzionamento.

Il sistema regolatorio attuale, in ambito idrico, è, come noto, complesso e articolato, nonché contraddittorio.

In primo luogo, perché accanto all'ARERA figurano anche gli enti di governo d'ambito, il Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, le regioni, i comuni, le autorità di bacino distrettuali. In un tale sistema, come è stato rilevato, «emergono intersezioni (tra autorità deputate al controllo della risorsa e alla gestione del servizio), sovrapposizioni di funzioni (nella determinazione delle tariffe; nella redazione dei piani d'ambito; nell'esercizio dei poteri di controllo e di sanzione; nell'individuazione degli standard di qualità del servizio) e occasioni di conflitto (tra Arera ed enti d'ambito, nella determinazione della tariffa e nell'approvazione del piano d'ambito […])»[6],

[6] *Ibidem*, pp. 751-752.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

con effetti negativi sul piano dell'efficienza e della qualità organizzativa e funzionale di tutto il plesso regolatorio. Si potrebbe e dovrebbe ragionare su un riordino e – anche in questo caso – su una semplificazione del sistema istituito per vigilare sulla corretta fornitura del servizio idrico.

In secondo luogo, le scelte regolatorie seguono un orientamento teleologico che può connotarle politicamente, ma il modello adoperato è quello della regolazione indipendente, con le principali funzioni di intervento affidate ad ARERA. L'*expertise* che connatura l'Autorità ne indirizza l'attività verso decisioni il più possibile neutrali, ma queste, dovendo fronteggiare le problematiche di un sistema complesso e multidimensionale, si traducono in misure discrezionali, che vanno a bilanciare una pluralità di interessi, non sempre in armonia tra loro. C'è, quindi, una contraddizione: da un lato, la complessità del settore preso in esame – peraltro analogo a molti altri – rende la sua regolazione problematica e controversa, perché essa incide sul contenuto e sull'estensione delle misure, ad esempio sul calcolo delle tariffe idriche necessarie a remunerare il gestore di un servizio pubblico, rendendo più ampio e articolato il momento decisionale dell'amministrazione, con un'accentuazione e un incremento della discrezionalità; dall'altro l'impianto costituito è quello di una regolazione indipendente, affidata prevalentemente ad ARERA e alla sua neutralità e basata su valutazioni tecniche.

Anche in questo caso è opportuno riflettere sul modello organizzativo istituito per regolare il settore in parola: se si vuole disancorare dalle convenienze politiche la regolazione idrica come si concilia la neutralità richiesta ad ARERA con la molteplicità degli interessi pubblici da contemperare? E come si monitora, a garanzia dell'*accountability*, una *governance* indipendente che tiene in equilibrio numerosi beni giuridici di rango primario secondo un disegno teleologicamente orientato? Può bastare il controllo del giudice?

Anche in questo caso le riflessioni sul settore idrico sono utili ad allargare lo sguardo ad altri ambiti oggetto di regolazione pubblica, nei quali la complessità dell'azione amministrativa[7] solleva un problema di difficile bilancia-

[7] Gli ordinamenti attuali sono caratterizzati da una complessità di valori, interessi e istanze che si traduce in sistemi sociali plurali, multidimensionali e frammentati. In tali dinamiche il ruolo di ordinatore e pacificatore svolto dal diritto ("*Le droit poursuit dans la société la réalisation de la paix*", M. Hauriou, *Principes de droit Public*, Paris, Larose et Tenin, 1910, p. 30) si complica inevitabilmente, soprattutto in merito alle scelte di bilanciamento tra interessi pubblici diversi che devono affrontare le amministrazioni. Sulla complessità c'è una letteratura, anche non giuridica, abbondante. Si segnalano, per tutti, E. Morin, *La sfida della complessità*, a cura di A. Anselmo e G. Gembillo, Ed. Le lettere, 2017 e G. Bocchi e M. Ceruti (a cura di), *La sfida della complessità*, Mondadori, 2007. In merito all'applicazione al diritto della teoria della complessità si vedano, fra gli altri, J.B. Ruhl, *Complexity Theory as a Paradigm for the Dyna mical Law-and-Society System: A Wake-Up Call for Legal Reductionism and the Modern Administrative State*, in *Duke Law*

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

mento tra una pluralità di interessi in conflitto che, da un lato, non può fare a meno del contributo di esperti indipendenti, dall'altro inevitabilmente ricorre a valutazioni teleologicamente orientate, che dovrebbero essere legittimate da un'adeguata *accountability* istituzionale quando non politica.

7. Infine, in tema di pianificazioni, è sicuramente da accogliere con favore la partecipazione dei privati in tale sede[8], anche se con un'adeguata disciplina dell'intervento che prevenga fenomeni di cattura o condizionamenti impropri[9]. La riflessione sul modello del piano – che pure costituisce uno strumento molto adatto a gestire la complessità che connatura il settore idrico – impone però un ulteriore interrogativo: sono in grado le attuali amministrazioni pubbliche competenti sul tema di predisporre un adeguato impianto pianificatorio che soddisfi gli interessi della collettività in modo efficace?

L'interrogativo merita di essere preso sul serio perché, tra le altre cose, la programmazione serve a organizzare, a rendere esplicita e monitorabile e a coordinare un'attività pubblica di natura complessa, che prevede interventi diretti in ambito economico, incentivi, investimenti pubblici, limiti, divieti e condizionamenti. Essa incide inoltre sull'azione privata, informando i destinatari e anticipando loro gli interventi da attuare nel corso di un periodo di tempo predeterminato. Da questo punto di vista, il piano costituisce un approccio che può migliorare la chiarezza, la semplificazione e anche l'efficienza e l'efficacia dell'intervento pubblico in questo come in altri settori.

Journal, 45, 1996, p. 849 ss.; M. Doat, J. Le Goff, P. Pédrot (cur.), *Droit et complexité. Pour une novelle intelligence du droit vivant*, Rennes, 2007; D.T. Hornstein, *Complexity Theory, Adaptation, and Administrative Law*, in *Duke Law Journal*, 54, 2005, p. 913 ss.; D. D'Orsogna, *Conferenza dei servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2003; U. Pagallo, *Teoria giuridica della complessità*, Giappichelli, Torino, 2006; G. Pasquino (a cura di), *Le società complesse*, il Mulino, Bologna, 1983; B. Troncarelli, *Complessità e diritto. Oltre la ragione sistemica*, Giuffrè, Milano, 2002; D. Zolo, *Complessità e democrazia*, Giappichelli, Torino, 1987.

[8] Come ho già osservato in altra sede (D. Bevilacqua, *Lo scontro tra le transizioni interne al Green Deal e la pianificazione pubblica*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 1/2025, p. 32), il coinvolgimento dei privati come modalità operativa da realizzarsi nella fase di programmazione delle future attività, quindi all'inizio dell'*iter* decisionale, può costituire un meccanismo efficace e utile sul piano della realizzazione delle politiche pubbliche: il dialogo con gli interessati – ma anche con i soggetti istituzionali aventi un ruolo di cura di interessi pubblici chiamati a intervenire nelle decisioni – non deve limitarsi al momento attuativo, quando la decisione amministrativa deve essere presa, ma può essere anticipato alla fase in cui si pianificano gli interventi, il loro impatto, i costi e i benefici, i luoghi e i tempi dell'esecuzione. In tal senso, cfr. L. Torchia, *Discussione* del contributo di R. Occhilupo, G. Palumbo e P. Sestito, *Le scelte di localizzazione delle opere pubbliche*, in Banca d'Italia, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Banca d'Italia, Roma, 2011, p. 359.

[9] A Mandara, *Il rapporto pubblico privato nell'idrico*, cit., p. 64.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Nondimeno, ciò comporta, o dovrebbe comportare, anche la capacità di affrontare la complessità che si vuole governare e i conflitti che ne derivano. A questo riguardo, l'amministrazione tramite pianificazioni può rivelarsi insufficiente e non necessariamente efficace, viste le numerose variabili che possono condizionarne l'attuazione in concreto, specialmente se articolata in un periodo di tempo medio-lungo.

Tra i profili critici del modello si segnala, in special modo, il tema della capacità amministrativa[10] delle autorità investite del compito di programmare le decisioni, ossia l'abilità di scegliere strumenti e misure efficienti, efficaci e poco costosi – oltre che non eccessivamente impopolari tra chi ne subirà le conseguenze – e di renderli effettivi. Questo tipo di problematica attiene alla qualità delle istituzioni pubbliche coinvolte, alla preparazione del personale e alla motivazione dello stesso, nonché all'abilità della classe dirigente politica e amministrativa di scegliere e indirizzare le attività oggetto di pianificazione. Si tratta quindi di affrontare un difetto generale dell'attività e della struttura amministrativa, che riguarda anche – e per certi versi soprattutto – quella pianificata, perché per essa è richiesta una notevole capacità di visione di lungo periodo e di strategia esecutiva[11].

Anche per il tema delle pianificazioni il settore idrico è un punto di partenza che offre la possibilità di sviluppare la riflessione su tale modello di intervento pubblico[12], che più di altri può rivelarsi idoneo ad affrontare

[10] In tema di «capacità amministrativa» si vedano i contributi contenuti di F. Di Mascio e A. Natalini, M. Macchia, M. Bevilacqua e A. Sandulli, in *Gior. dir. amm.,* n. 4/2023, pp. 436-469. Si v. altresì G. Napolitano, *Problemi dell'unificazione giuridico-amministrativa del mercato, in Italia e in Europa*, in M. Cafagno e F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, 2016, p. 85 ss. Utile altresì confrontare Svimez, *Rapporto SVIMEZ 2024: l'economia e la società del Mezzogiorno. Competitività e coesione: il tempo delle politiche*, il Mulino, 2025, p. 275 ss. ove si approfondisce il tema della capacità delle amministrazioni decentrate con riferimento al loro ruolo di ponte tra gli indirizzi che i governi locali e sovralocali formulano e gli effetti di politiche e programmi, fornitura di servizi e gestione di investimenti sul territorio.

[11] A riprova di queste difficoltà attuative rispetto a quanto è pianificato, si possono certamente citare le difficoltà in sede di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) adottato dall'Italia in seguito alla crisi scatenata dal Covid, su cui si discute molto, proprio con riferimento alla capacità di spendere le risorse fornite dall'Ue. A controbilanciare i problemi di capacità amministrativa, va segnalato, da parte della Commissione europea, l'utilizzo dello «Strumento di supporto tecnico», che costituisce un meccanismo di collaborazione tra la stessa Commissione e gli Stati, segnatamente al fine di facilitare e migliorare i progetti di riforma. Cfr. G. Bertezzolo, *Commissione europea e supporto alle riforme, in particolare nel settore della transizione verde*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2024, p. 1018 ss. Sul ruolo della Commissione come supporto agli Stati nell'attuazione del diritto europeo, S. Pellizzari, *Capacità amministrativa e ruolo di regia della Commissione europea nei processi di riforma degli stati membri*, in *Idem*, p. 995 ss.

[12] Il termine evoca una misura di intervento pubblico in economia da alcuni ritenuta obsoleta o superata, ma che a oggi si ripropone in modalità rinnovata e adeguata ai tempi,

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

e gestire la complessità e le contrapposizioni tra interessi. A tal riguardo, si auspica e si suggerisce uno studio approfondito delle misure pianificatorie e del loro funzionamento in concreto, nella consapevolezza che nella strategia per migliorare il benessere diffuso è necessario compiere gli sforzi necessari per incrementare qualità ed efficienza dell'azione amministrativa, giacché tanto nel settore considerato quanto in altri, di natura analoga, è sempre la pubblica amministrazione a svolgere un ruolo determinante, che permette di distinguerla come una decisiva "componente di sviluppo economico e progresso sociale"[13].

segnatamente in alcuni settori. Ad esempio, in ambito ambientale e climatico le misure finalizzate allo sviluppo del *Green Deal*, sia di matrice europea, sia nazionali si sviluppano attraverso dei piani (nei Regolamenti Ue che istituiscono il *Just Transition Fund* e il *Social Climate Fund*; nel Piano per la Transizione Ecologica; nella pianificazione energetico-climatica di cui al Regolamento sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima; nel Piano Nazionale Integrato Energia e Clima; nel Piano Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici; ecc.). In argomento, si v. M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986, p. 130 ss.; A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Saggi di cultura contemporanea, n. 35, Edizioni di comunità, Milano, 1963, *passim*. Il concetto di programmazione, come sinonimo di pianificazione, può intendersi avendo riferimento all'articolata descrizione e catalogazione svolta da N. Rangone, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, il Mulino, Bologna, 2007, la quale lo definisce come un tipo di intervento pubblico multiforme, che trova espressione in diverse tecniche (p. 10). Seguendo questa medesima impostazione, le programmazioni sono viste come "interventi a carattere esterno, che incidono in modo diretto sulla sfera giuridica di soggetti terzi rispetto ai pubblici poteri" (p. 31) e che incidono su obiettivi e finalità delle attività economiche, che vengono prefissati dai poteri pubblici (pp. 207-209). In tema di pianificazioni, senza la pretesa di essere esaustivi, si rinvia a S. Cassese, *Tipologia della programmazione economica*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1977; M.S. Giannini, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983; M. Carabba, *Programmazione economica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, 1987; C. Jones, *Special Issue: The Return of Economic Planning*, in *South Atlantic Quarterly*, 119, 2020; C. Sorg, *Failing to Plan Is Planning to Fail: Toward an Expanded Notion of Democratically Planned Postcapitalism*, in *Critical Sociology*, 49, 2022; P. Dermine, *The planning method: An inquiry into the constitutional ramifications of a new EU governance technique*, in *CMLRev*., 61, 2024.

[13] M.S. Giannini, *L'amministrazione pubblica come componente di sviluppo economico e progresso sociale, e l'azione degli enti internazionali*, *Lezione* al XV Corso di perfezionamento in organizzazione internazionale, 1962, ora in *Scritti 1955-1962*, Giuffrè, Milano, 2002, 917-927. Si v. anche Id., *Divergenze e convergenze fra diritto ed economia*, in *Politica sociale*, 1941, ora in *Scritti*, vol. II, cit., p. 260. Coerentemente, è stato osservato che la prosperità di un determinato ordine sociale ha una forte dipendenza dall'attività amministrativa e dalla qualità che le amministrazioni riescono a garantire: «contrariamente al modello marxiano, sono le istituzioni che incidono sull'economia, non viceversa: giustizia, sanità, sicurezza, ordine pubblico influenzano sviluppo economico e benessere collettivo», S. Cassese, *Il maggiore fallimento dello Stato unitario*, in *Gior. dir. amm.*, n. 1/2017, p. 38.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

PARTE III

La giusta imposizione: tra predeterminazioni del reddito e restituzioni strutturali

Gabriele Ferlito

Criticità del concordato preventivo biennale in relazione alla riserva di legge *ex* art. 23 Cost.

Sommario: 1. Premessa e oggetto dell'indagine. – 2. Sintesi della disciplina normativa sul concordato preventivo biennale. – 3. I dubbi sulla compatibilità del concordato preventivo biennale con il principio della riserva di legge. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Con il d.lgs. 12 febbraio 2024, n. 13[1], è stato introdotto nell'ordinamento tributario l'istituto del concordato preventivo biennale. In estrema sintesi, esso consente ai contribuenti di medie-piccole dimensioni, titolari di redditi di impresa e di lavoro autonomo, di definire per un biennio la propria base imponibile ai fini delle imposte sui redditi e dell'IRAP aderendo ad una proposta formulata dall'Agenzia delle Entrate in maniera essenzialmente automatizzata.

L'istituto, favorito dalla sempre crescente capacità di elaborazione dei dati da parte dell'amministrazione finanziaria (consentita dalle nuove tecnologie), suscita l'interesse dello studioso dei tributi perché, di fatto, comporta la tassazione di una base imponibile determinata in via preventiva rispetto alla realizzazione dei fatti economici posti dal legislatore a fondamento del sistema dell'imposizione sui redditi (sistema compendiato nel Testo Unico delle Imposte sui Redditi, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917), con conseguente irrilevanza del reddito effettivo conseguito dal contribuente nel periodo d'imposta.

La determinazione *ex ante* dell'imponibile persegue l'obiettivo di assicurare all'amministrazione finanziaria una aspettativa concreta di stabilizzazione del gettito per il biennio considerato[2]. Tuttavia anche il contribuente

[1] In attuazione dell'art. 17, comma 1, lett. g), della legge delega 9 agosto 2023, n. 111.

[2] Non è un caso che, già in un passato non molto remoto, si era tentato di introdurre istituti analoghi, i quali tuttavia non hanno trovato concreta attuazione. Il riferimento è in particolare: al concordato triennale preventivo di cui all'art. 6, L. 27 dicembre 2002, n. 289; al successivo concordato preventivo biennale di cui all'art. 33, d.l. 30 settembre 2003, n. 269; alla pianificazione fiscale concordata di cui all'art. 1, commi 387 ss., L. 30 dicembre 2004, n. 311; alla programmazione fiscale triennale di cui all'art. 1, commi 499 ss., L. 23 dicembre 2005, n. 266. Per una descrizione più dettagliata della evoluzione storica dei richiamati istituti si vedano: A. Quattrocchi, *Il concordato preventivo biennale nell'attuazione della legge delega di riforma del sistema fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2024, I, pp. 419-422; M. Russo, *Il concordato preventivo biennale: tra opportunità e limiti. Primissime riflessioni*, in G. Salanitro (a cura di), *Scenari dell'intelligenza artificiale. Uomo e algoritmo nelle scienze sociali*, Pisa, 2024, pp. 298-300.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

può trarre beneficio dalla adesione al concordato preventivo biennale, vuoi in termini di semplificazione del prelievo, vuoi in ragione della esenzione accordata all'eventuale reddito effettivo conseguito in misura superiore all'importo concordato.

Le questioni problematiche che solleva questo istituto sono molteplici. Vi sarebbe anzitutto da indagare se un istituto di determinazione in via preventiva del reddito, quale è il concordato preventivo biennale, sia o meno coerente con il vigente sistema dell'imposizione sui redditi. Ma emergono anche dubbi di compatibilità in rapporto ai principi costituzionali rilevanti per la materia tributaria. Si pensi anzitutto al principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost., che collega il dovere di concorrere ai bisogni della collettività alla attitudine contributiva effettiva, non ipotetica, di ciascun soggetto: la potenziale "frizione" di tale principio con il concordato preventivo biennale si palesa in maniera evidente, considerato che tale istituto ammette l'esenzione da tassazione dell'eventuale reddito effettivo eccedente l'importo concordato e per converso – fatte salve alcune limitate eccezioni – che venga tassato l'importo concordato anche se il reddito effettivo conseguito risulti inferiore[3]. Parimenti, andrebbe criticamente vagliata

[3] Sul rapporto tra concordato preventivo biennale e principio di capacità contributiva si registrano opinioni contrastanti in dottrina. In senso critico si segnalano: F. Gallo, *Il dovere tributario nella Costituzione e la riforma fiscale in fieri*, in *Rass. trib.*, 2025, p. 23, secondo cui il concordato preventivo biennale «si traduce in un nuovo metodo di determinazione del presupposto di tipo "contrattuale" operante in via anticipata rispetto alla sua realizzazione e, perciò, indipendente dal reale ammontare della ricchezza prodotta», con conseguente *vulnus* costituzionale derivante «dall'effetto negativo che il meccanismo di catastizzazione e standardizzazione su cui esso si fonda viene a produrre sull'"effettività" del presupposto d'imposta»; A. Giovanardi, *Il concordato preventivo biennale tra predeterminazione di imponibili programmaticamente ineffettivi e tax compliance*, in M. Logozzo (a cura di), *L'attuazione della riforma tributaria*, Pisa, 2024, p. 114, il quale afferma che «non è legittima, per contrasto con l'art. 53 della Costituzione, la determinazione di un reddito nella quale si dà per scontata la divergenza con il reddito effettivo. La semplificazione ottenuta, la possibilità di destinare più risorse alla lotta a forme più subdole e insidiose di evasione, il poter contare su un gettito certo, con conseguente miglioramento della capacità di programmazione e, quindi, degli equilibri di bilancio, gli ulteriori effetti deflattivi del contenzioso, considerato ormai come il male da evitare a tutti i costi, non giustificano la deroga alla tassazione del reddito effettivo che il concordato preventivo presuppone». Ritengono invece l'istituto compatibile con il principio di capacità contributiva: A. Giovannini, *Sul concetto di effettività del reddito e concordato biennale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2025, pp. 523-524, il quale, dopo avere rilevato che «[l]a Costituzione riconosce e tutela bensì i diritti delle persone come singoli, ma anche i diritti delle persone come collettività e dunque presidia pure i doveri di ciascuno nei confronti degli altri», osserva che «è possibile sostenere, allora, che il diritto del contribuente ad essere tassato su un reddito determinato nella maniera più conforme possibile alla realtà, può concorrere con diritti e doveri bilanciabili che lo rendano, quel diritto, valutabile nella logica della ragionevolezza, proporzionalità e congruità», concludendo per la conformità dell'istituto al principio di capacità contributiva; P. Barabino, *Il concordato preventivo biennale, tra accordi e automatismi: una natura ibrida*

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

la disciplina sul concordato preventivo biennale alla luce del principio della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., per il quale gli elementi essenziali del tributo devono essere stabiliti dalla legge.

Ognuna delle suddette questioni richiederebbe un adeguato spazio espositivo, ragion per cui non è possibile trattarle congiuntamente nell'ambito del presente lavoro. Si impone quindi una scelta di campo. E si è deciso di approfondire nel prosieguo quello che si ritiene sia il profilo di maggiore criticità insito nella disciplina del concordato preventivo biennale, ossia il rapporto di tale istituto con il principio costituzionale della riserva di legge.

2. La valutazione in ordine alla compatibilità della disciplina del concordato preventivo biennale con il principio costituzionale della riserva di legge richiede preliminarmente di riassumere, con un sufficiente grado di dettaglio, i principali tratti caratterizzanti dell'istituto in esame.

Dalla sua introduzione nell'ordinamento, avvenuta con il richiamato d.lgs. n. 13 del 2024, il concordato preventivo biennale è stato sottoposto a diverse modifiche di dettaglio, ma i lineamenti essenziali dell'istituto, nella versione oggi vigente, possono essere schematizzati come segue:

– l'istituto è rivolto ai contribuenti titolari di reddito di impresa e di lavoro autonomo tenuti all'applicazione degli Indici sintetici di affidabilità fiscale (ISA[4]) e si sostanzia in una proposta di accordo sul reddito ad essi at-

di "accordo-opzione", in *Riv. trim. dir. trib.*, 2025, p. 21, il quale osserva che «la principale giustificazione di legittimità costituzionale del CPB risiede nel criterio di ragionevolezza previsto dal comma 1 dell'art. 53 Cost. A ben vedere si ricorda che l'espressione "in ragione della capacità contributiva" consente infatti l'adozione di criteri standardizzati e forfettari nella determinazione del tributo, purché tali criteri siano ragionevoli e non compromettano il legame con la capacità contributiva effettiva»; A. Quattrocchi, *Il concordato preventivo biennale nell'attuazione della legge delega di riforma del sistema fiscale*, cit., pp. 443-444, secondo cui «alla luce delle sue peculiarità, interpretare l'istituto in base alle letture più radicali dell'art. 53 Cost. e strettamente aderenti alla sua lettera, potrebbe portare ad esiti non soddisfacenti sul piano della tutela dello stesso interesse fiscale».

[4] Gli ISA sono strumenti statistici previsti dal nostro ordinamento per verificare la normalità e la coerenza della gestione aziendale o professionale del contribuente in ragione delle caratteristiche della sua struttura operativa. Essi sono stati istituiti a partire dal periodo d'imposta 2018 in sostituzione degli studi di settore (cfr. art. 9-*bis*, d.l. 24 aprile 2017, n. 50). Essi esprimono «su una scala da 1 a 10 il grado di affidabilità fiscale riconosciuto a ciascun contribuente» e sono stati introdotti quale strumento di selezione dei contribuenti (esercenti attività di impresa, arti o professioni) da sottoporre a controllo, nonché al fine di stimolare la *compliance* fiscale dei contribuenti medesimi (l'art. 9-*bis* dispone infatti che l'istituzione degli ISA ha lo scopo «favorire l'emersione spontanea delle basi imponibili e di stimolare l'assolvimento degli obblighi tributari da parte dei contribuenti e il rafforzamento della collaborazione tra questi e l'amministrazione finanziaria»). Per un primo commento alla introduzione degli ISA nell'ordinamento si veda G. Ingrao, *Prime considerazioni sul ruolo degli indicatori di affidabilità nel rapporto Fisco-Contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, 2019, p. 194 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

tribuibile per l'anno in corso e per quello successivo, elaborata dall'Agenzia delle Entrate con sistemi essenzialmente automatizzati e concernente unicamente i componenti ordinari di determinazione del reddito, con esplicita esclusione di quelli straordinari (plus/minusvalenze, sopravvenienze, ecc.) per i quali è previsto che debba operarsi una corrispondente variazione in aumento del reddito concordato;

– la proposta è formulata sulla scorta di una metodologia (approvata, nell'ultima versione relativa al biennio 2025-2026, con d.m. 28 aprile 2025), che utilizza come dato di partenza il reddito dichiarato dal contribuente nell'annualità precedente al biennio e che si sviluppa in quattro passaggi: 1) viene anzitutto valutata, in base agli ISA, l'affidabilità dei dati reddituali dichiarati dal contribuente nell'anno precedente al biennio, e se tali dati non esprimono il massimo grado di affidabilità (corrispondente ad un punteggio ISA pari a 10) essi vengono automaticamente adeguati a tale *standard*; 2) la base reddituale risultante dal precedente passaggio viene rivalutata sulla scorta di un coefficiente che prende a riferimento la redditività operativa media del contribuente, ricavata dai dati delle ultime tre annualità; 3) il nuovo dato reddituale viene eventualmente elevato (se inferiore) fino a quello che è individuato come reddito minimo del settore di riferimento in cui opera il contribuente; 4) si effettua una ulteriore rivalutazione della base reddituale risultante dai precedenti passaggi, sulla scorta delle proiezioni di crescita macro-economiche fornite dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. In sintesi, si può dire che il metodo per l'elaborazione della proposta consiste nell'applicare un coefficiente di rivalutazione, che tenga conto del *trend* di crescita (o decrescita) dei redditi del contribuente e del PIL nazionale, al reddito che il contribuente dovrebbe dichiarare per raggiungere un livello di piena affidabilità fiscale (punteggio massimo ai fini ISA)[5]. Si può dire che la metodologia indirizza il risultato verso valori di normalità economica, perché il reddito proposto viene stabilito nella misura che ci si potrebbe ragionevolmente attendere da un contribuente-tipo che operi nel medesimo settore e con una struttura aziendale o professionale avente analoghe caratteristiche a quella del contribuente destinatario della proposta;

– il contribuente che accetta la proposta: si vincola, salve limitate eccezioni, a versare le imposte sulla base degli importi concordati per il biennio,

[5] L'utilizzo degli ISA quale elemento su cui ruota la determinazione della proposta di concordato preventivo biennale costituisce una importante novità rispetto alla prospettiva con la quale essi sono stati originariamente introdotti nel nostro ordinamento. Sul rilevato questo cambio di prospettiva degli ISA nel contesto del concordato preventivo biennale si veda A. Giovanardi, *Il riordino degli Isa nell'ambito della riforma fiscale*, in A. Giovannini (a cura di), *La riforma fiscale. I diritti e i procedimenti. Vol. III. Accertamento, sanzioni e rapporti tra processi*, Pisa, 2024, p. 109 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

a prescindere dal reddito concretamente conseguito[6]; è comunque tenuto a dichiarare, relativamente al biennio concordatario, sia il reddito concordato sia quello effettivo, così come è tenuto a rispettare gli ordinari obblighi contabili e dichiarativi e a comunicare i dati ISA; è escluso dall'accertamento analitico-induttivo di cui all'art. 39, 1° comma, lett. d), d.P.R. n. 600 del 1973, salvo che in esito all'attività istruttoria ricorrano alcune cause di decadenza normativamente previste; gode della riduzione di un anno del termine per l'accertamento;

– il contribuente può chiedere la cessazione degli effetti del concordato, con conseguente tassazione del reddito secondo la modalità ordinaria, solamente qualora nel biennio intervengano alcune circostanze eccezionali, individuate con decreto ministeriale, che abbiano determinato minori redditi effettivi eccedenti del trenta per cento quelli oggetto di concordato; da parte sua, l'amministrazione può "revocare" gli effetti del concordato qualora accerti, con riguardo ai due periodi d'imposta concordatari o a quello precedente, uno scostamento superiore al trenta per cento dei ricavi dichiarati o accerti violazioni di particolare gravità[7].

3. Il principio costituzionale della riserva di legge (art. 23 Cost.) dispone che ogni prestazione patrimoniale – categoria in cui si annovera, appunto, il tributo – può esse imposta solamente in base alla legge.

Si tratta di un principio cardine della materia tributaria, che non può essere qui approfondito nei suoi numerosi profili di interesse[8].

[6] Diversi sono gli strumenti inseriti nella normativa per rendere maggiormente attrattiva l'adesione del contribuente al concordato preventivo: 1) l'art. 7 del Decreto Ministeriale ha previsto che la proposta di maggiore reddito relativa al primo anno di applicazione del concordato corrisponda al 50 per cento del maggiore reddito individuato per la seconda annualità, così da agevolare il contribuente nel raggiungimento graduale della piena affidabilità fiscale al termine del biennio oggetto di concordato; 2) per i contribuenti maggiormente affidabili (punteggio ISA almeno pari a 8 nell'anno precedente al biennio) è previsto che il reddito proposto dall'Agenzia delle Entrate possa eccedere quello dichiarato nell'anno precedente il biennio solamente entro percentuali variabili dal 10 al 25 per cento, in base al punteggio ISA (art. 9, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 13 del 2024); 3) se l'eccedenza di reddito concordata, rispetto al reddito dichiarato nell'anno precedente al biennio, non supera l'importo di 85.000 Euro, l'imposta sull'eccedenza è determinata con aliquote sostitutive comprese fra il 10 e il 15 per cento, anche qui in funzione dell'indice di affidabilità attribuito al contribuente (art. 20-*bis*, 1° comma, d.lgs. n. 13 del 2024), se invece l'eccedenza supera il predetto limite si applicano le aliquote ordinarie.

[7] Sono poi normativamente stabilite una serie di cause automatiche di cessazione e decadenza dal concordato: le cause di cessazione fanno venire meno gli effetti del concordato a partire dall'anno in cui esse si verificano; le cause di decadenza fanno invece venire meno gli effetti del concordato per entrambe le annualità. Per maggiori approfondimenti al riguardo si veda G. Ingrao, *Riflessioni su decadenza e cessazione dal concordato preventivo biennale*, in *Riv. dir. trib.*, 2025, I, p. 1 ss.

[8] Per approfondimenti si segnalano, oltre ai lavori citati nel prosieguo: S. Cipollina, *La riserva di legge in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

È utile però evidenziare che il fondamento di tale principio è quello di delimitare il ruolo dell'amministrazione finanziaria, detentrice della potestà impositiva, in favore dell'organo legislativo, espressione della collettività, per quanto riguarda la determinazione dei tributi. La disposizione sancisce quindi una regola di distribuzione di competenze tra i vari organi dello Stato, attribuendo al Parlamento la competenza per la definizione della disciplina dei tributi, così riconoscendo nella legge la maggiore espressione di garanzia per il contribuente in termini di consenso all'imposizione[9].

È noto peraltro che la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. ha carattere relativo, il che rileva per quanto concerne il riparto tra le fonti normative nella determinazione della complessiva disciplina del tributo. Gli aspetti che devono essere necessariamente disciplinati dal legislatore vengono comunemente fatti coincidere con gli elementi essenziali della prestazione tributaria, quelli cioè che la conformano e che vanno rintracciati, oltre che nei soggetti passivi, nel presupposto di fatto e nei criteri per la determinazione dell'imponibile. È conseguentemente possibile che la legge riservi o lasci a fonti normative sub-primarie margini di intervento riguardanti l'integrazione e la specificazione delle norme primarie, principalmente nei loro profili applicativi. Un margine di discrezionalità nella determinazione del tributo può quindi residuare in capo alle fonti normative secondarie (ad esempio, e tipicamente, con riguardo alla determinazione dell'aliquota d'imposta laddove la legge si limiti ad individuare un *range*, oppure con riguardo alla introduzione di fattispecie di esenzione dal tributo qualora la legge lasci sul punto margini di intervento). Lo stesso non può invece valere per gli atti amministrativi, siano essi generali o individuali, perché gli atti amministrativi non possono che avere un contenuto vincolato, sia per quanto concerne gli aspetti coperti dalla fonte normativa primaria sia con riguardo ai profili regolati dall'eventuale fonte normativa secondaria[10].

L. Perrone, C. Berliri (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 163 ss.; L. Carpentieri, *Riserva di legge e consenso al tributo*, in *Treccani online*, 2015; L. Antonini, *Sub art. 23 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 484 ss.

[9] In senso parzialmente diverso si segnala A. Fazio, *L'attività para-normativa dell'amministrazione finanziaria*, Milano, 2025, Capitolo 1 (spec. par. 1, 2, 5 e 6). L'Autore, inserendosi in un più ampio dibattito dottrinale, propone una rilettura del principio della riserva di legge (e del principio di legalità), partendo dalla constatazione per cui le rapide e profonde trasformazioni della società moderna lascerebbero emergere esigenze di regolazione che non riescono più ad essere soddisfatte dal procedimento parlamentare di formazione della legge, così consentendo all'amministrazione finanziaria di svolgere in modo sempre crescente, attraverso i propri documenti di prassi, «una vera e propria attività sostitutiva, suppletiva o integrativa di quella legislativa, con funzione (in molti casi) di complemento della normazione di rango primario attraverso l'inserimento di elementi che non possono essere considerati di dettaglio» (p. 2).

[10] In argomento, A. Guidara, *Indisponibilità del tributo e accordi nella fase della riscos-*

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ebbene, è proprio sotto questo profilo che emergono le maggiori criticità insite nella disciplina del concordato preventivo biennale, in particolare con riguardo al profilo della determinazione della base imponibile oggetto della proposta concordataria che, come visto, è frutto di una elaborazione operata dall'amministrazione finanziaria avvalendosi essenzialmente di sistemi automatizzati[11]. Infatti, nella fattispecie si è in presenza di disposizioni legislative che non si limitano a demandare all'autorità amministrativa di quantificare il reddito oggetto della proposta di concordato in presenza di indicatori ben tipizzati dalla fonte di rango primario, ma di disposizioni che, quanto meno in una certa misura, consentono all'amministrazione stessa di individuare tali indici ed il loro campo di applicazione.

A questo riguardo viene in rilievo il testo dell'art. 9, 1° comma, d.lgs. n. 13 del 2024, secondo cui l'elaborazione della proposta avviene sulla base di una «*metodologia*» approvata con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, i cui tratti caratterizzanti sono individuati nel senso che essa «valorizza le informazioni già nella disponibilità dell'Amministrazione finanziaria», è «predisposta […] con riferimento a specifiche attività economiche», «tiene conto degli andamenti economici e dei mercati, delle redditività individuali e settoriali desumibili dagli indici sintetici di affidabilità fiscale […] e delle risultanze della loro applicazione»; potendo a tali fini l'amministrazione utilizzare (2° comma) anche dati «ulteriori» tratti «dalle banche dati nella disponibilità dell'Amministrazione finanziaria e di altri soggetti pubblici».

Si tratta di criteri direttivi che fanno uso di espressioni alquanto generiche, inidonee ad effettivamente escludere *ex ante* ambiti di discrezionalità dell'amministrazione nella determinazione dell'imponibile oggetto della proposta, vale a dire uno degli elementi essenziali del tributo. E, difatti, di ciò si ha conferma leggendo la disciplina attuativa recata dalla «metodologia per la definizione della proposta della base imponibile da concordare», allegata al d.m. 28 aprile 2025. Pur senza volere entrare in eccessivi dettagli, e

sione, Milano, 2010, spec. p. 138, secondo cui gli atti amministrativi «possono completare, specificandola, la disciplina normativa senza però poter ponderare gli interessi (pubblici e privati) coinvolti. Il che vale per gli atti amministrativi generali (destinati ad una pluralità di destinatari indeterminati ed indeterminabili a priori), ma vale anche e a maggior ragione per gli atti amministrativi individuali».

[11] Nel senso della incompatibilità della disciplina del concordato preventivo biennale con il principio della riserva di legge si veda M. Russo, *Il concordato preventivo biennale: tra opportunità e limiti. Primissime riflessioni*, cit., pp. 306-307, la quale evidenzia che «la determinazione di imponibile e imposta dovuta, sia essa preventiva o successiva, è un profilo su cui si esclude ogni discrezionalità amministrativa: […]. Solo che, in chiaro contrasto col predetto principio, e senza voler entrare nel merito dei contenuti, la disciplina del concordato rimette la determinazione preventiva del quantum debeatur ad un «accordo» tra le parti, che muove da una «proposta» elaborata da un software appannaggio dell'amministrazione».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

ricordando i quattro passaggi in cui si articola l'elaborazione della proposta (descritti sinteticamente al precedente paragrafo), sono diversi gli elementi che non risultano dalla normativa primaria e che sembrano esprimere scelte dell'amministrazione, potendosi in via esemplificativa osservare che: il punto di partenza del calcolo è dato dal reddito dichiarato dal contribuente nell'annualità precedente il biennio; facendo applicazione degli ISA, tale dato viene integrato ove necessario con i ricavi/compensi che consentono il raggiungimento del punteggio massimo di affidabilità fiscale (viene quindi applicata per rinvio la normativa ISA, anch'essa fondamentalmente contenuta in un Decreto Ministeriale che attua la normativa primaria recata dall'art. 9-*bis*, d.l. n. 50 del 2017, con le analoghe problematiche di discrezionalità amministrativa che qui rilevano); la redditività operativa del contribuente, utilizzata per rivalutare il dato reddituale, è calcolata sulla media delle ultime tre annualità (ove il terzo anno, ossia quello che precede il biennio concordatario, risente delle eventuali correzioni apportate dall'applicazione degli ISA); il reddito minimo del settore di riferimento in cui opera il contribuente, cui eventualmente adeguare al rialzo il reddito in fase di elaborazione, è determinato «sulla base delle analisi delle spese per lavoro dipendente dichiarate dalle medesime imprese Isa con riferimento alla forza di lavoro dipendente impiegata».

Su queste basi, non può dirsi che la disciplina del concordato preventivo biennale rifletta lo spirito dell'art. 23 Cost.: la carenza di criteri volti ad astringere adeguatamente la discrezionalità amministrativa porta con sé il rischio che l'equilibrio tra le parti del rapporto tributario sia alterato a proprio vantaggio dal soggetto titolare della potestà impositiva[12].

4. L'indagine condotta porta a ritenere che la disciplina del concordato preventivo biennale presenti un *vulnus* costituzionale rappresentato dagli spazi di discrezionalità concessi all'amministrazione finanziaria nella fase attuativa di elaborazione degli imponibili oggetto della proposta, in contrasto con il principio della riserva di legge.

Tuttavia una eventuale declaratoria di incostituzionalità della normativa in esame non è facilmente configurabile, per un duplice ordine di ragioni.

[12] Esprime perplessità sulla conformità della disciplina del concordato preventivo biennale con il principio costituzionale di riserva di legge anche D. Cané, *Profili del nuovo concordato preventivo, rapporti con l'accertamento e con la riserva di legge*, in *Riv. dir. fin. Sc. fin.* 2025, p. 86, ove l'Autore osserva che «si scorgono profili di dubbia coerenza tra la fonte primaria e le sue attuazioni, rinvenendosi la disciplina della proposta per lo più nei decreti ministeriali che approvano ISA e nota metodologica. Vi si esprimono scelte proprie dell'Amministrazione, la cui riconducibilità alla norma primaria dev'essere verificata», facendo l'esempio (anche qui richiamato) della «scelta di allineare la redditività minima di un'attività economica a quella dei dipendenti del settore, che non sopportano il rischio d'impresa».

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

La prima ragione consiste nel fatto che non è agevole individuare i soggetti titolari di un interesse giuridicamente protetto – azionabile avanti l'autorità giurisdizionale – alla rimozione della normativa sul concordato preventivo. Un interesse siffatto potrebbe forse rinvenirsi in capo ai soggetti esclusi dalla normativa in esame, nei limiti in cui questi possano ritenersi irragionevolmente gravati da un maggiore onere di contribuzione rispetto alle categorie di contribuenti destinatari del concordato preventivo. Trattasi però di una prospettazione non pacifica visto che, anche secondo alcuna dottrina, in tali casi si sarebbe in presenza di un interesse di mero fatto, che come tale non potrebbe essere azionato[13].

La seconda ragione è che, comunque, in tema di riserva di legge la giurisprudenza della Corte Costituzionale si attesta su posizioni che potrebbero dirsi permissive, ritenendo non violato l'art. 23 Cost. anche laddove l'amministrazione integri la disciplina del tributo relativamente ad aspetti rilevanti del prelievo, purché nella fonte normativa possano rinvenirsi «*criteri direttivi di base*» ritenuti idonei a salvaguardare il contribuente dal pericolo che l'intervento amministrativo risulti arbitrario[14]. Non è un caso che le pronunce di incostituzionalità per contrasto con l'art. 23 Cost. siano sporadiche[15] e limitate a casi in cui tale contrasto emerga in maniera lam-

[13] Si veda in proposito A. Fichera, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992, p. 129.

[14] Si veda ad esempio la sentenza 1° aprile 2003, n. 105, avente ad oggetto una questione di costituzionalità sollevata in relazione ai parametri per la determinazione di ricavi, compensi e volume d'affari, previsti dal D.P.C.M. 29 gennaio 1996, in cui la Corte ha ritenuto la questione infondata rilevando che: «secondo la costante giurisprudenza di questa Corte la riserva di legge di cui all'art. 23 (riferibile anche alle norme procedimentali che disciplinano gli accertamenti presuntivi) pone al legislatore l'unico obbligo di determinare preventivamente e sufficientemente criteri direttivi di base e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa (v., da ultimo, ordinanze n. 323 del 2001 e n. 7 del 2000)».

[15] Un esempio di pronuncia di incostituzionalità per contrasto con l'art. 23 Cost. può rinvenirsi nella sentenza 27 giugno 1959, n. 36, riguardante la disciplina delle pubbliche affissioni e della pubblicità affine (in particolare l'art. 2 della legge 8 novembre 1947, n. 1417), di cui si può riportare il seguente, significativo passaggio: «Questa Corte oltre ad avere chiarito […] che il principio dell'art. 23 della Costituzione si applica ad ogni "prestazione imposta", ha anche ritenuto che la cennata norma costituzionale, prescrivendo che l'imposizione di una prestazione patrimoniale abbia "base" in una legge, non esige che la legge, che conferisce il potere di imporre una prestazione, contenga necessariamente l'indicazione del limite massimo della prestazione imponibile, ma implica che la legge non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione. È necessario, cioè, che la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'ente impositore nell'esercizio del potere attribuitogli. Da tali premesse consegue che l'art. 2 della legge n. 1417 sarebbe costituzionalmente legittimo, se la legge stessa contenesse i criteri su menzionati. Ma dall'esame dell'art. 2, primo comma, coordinato con le disposizioni dell'intero testo legislativo, non emerge alcun criterio idoneo a delimitare l'ambito del potere discrezionale del Consiglio comunale per ciò che attiene al quantum delle tariffe». Si può citare anche la sentenza 18 marzo 1957, n. 47, in tema di contributi dovuti dagli enti provinciali del turismo, in cui la Corte, dopo avere precisato che «per la legittimità costituzionale dell'imposizione di una

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

pante[16]. Tali ultime considerazioni consentono pertanto di dubitare che, anche qualora fosse chiamata ad esprimersi su questo tema, la Corte Costituzionale possa censurare la disciplina del concordato preventivo biennale per violazione dell'art. 23 Cost.

prestazione patrimoniale, l'art. 23 esige non soltanto che questa trovi la sua base nella legge, ma altresì che la legge, attributiva della potestà di imposizione, indichi criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'ente impositore sì da non lasciare all'arbitrio dell'ente stesso la determinazione della prestazione», ha concluso per l'illegittimità della normativa di riferimento, anzitutto in quanto «la Corte non ravvisa nelle norme contenute nei più volte citati decreti legge elementi che valgono ad individuare, in modo concreto o almeno sufficiente allo scopo, i soggetti passivi dei contributi», ma anche sul presupposto che all'autorità amministrativa conferitaria dei poteri normativi secondari «sono conferite ampie facoltà discrezionali, per l'esercizio delle quali non sono neppur stabiliti criteri direttivi e limitativi».

[16] Tale tendenza è stata oggetto di serrata critica da parte di molta parte della dottrina, secondo cui in questo modo si consentirebbe di fatto all'amministrazione finanziaria di regolamentare la materia tributaria con eccessivi margini di discrezionalità. Senza alcuna pretesa di esaustività, si possono al riguardo richiamare: A. Fedele, *Commento all'art. 23 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1978, p. 116; M.A. Grippa Salvetti, *Riserva di legge e delegificazione*, Milano, 1998, p. 77.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Alessandro Zuccarello

In tema di crediti da dichiarazione

Sommario: 1. Premessa. – 2. I crediti da dichiarazione nel quadro dei crediti tributari. – 3. Riporti a nuovo e compensazioni dei crediti da dichiarazione. – 4. I recuperi delle eccedenze da parte dei contribuenti: specificità delle eccedenze IVA.

1. La Giornata della Ricerca 2025/2026, che ha avuto luogo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania il 10 febbraio 2026, ha dato a diversi giovani studiosi l'opportunità di presentare ricerche già compiute e di avviare sulle stesse un confronto con docenti esperti delle tematiche di riferimento.

Chi scrive ha presentato le ricerche confluite nella monografia, dal titolo: "*Le eccedenze d'imposta*", edita per i tipi di CEDAM, Milano, 2025. Il lavoro ha ad oggetto i crediti che emergono nelle dichiarazioni tributarie: le eccedenze d'imposta, appunto. Alcune delle tematiche esaminate nella monografia in discorso hanno costituito oggetto di un confronto con la Prof. ssa Maria Cecilia Fregni, dal quale confronto sono emersi rilevanti spunti di riflessione. Il presente lavoro ripercorre quanto è stato oggetto di discussione nel corso di detta Giornata. Ne consegue che i seguenti paragrafi, nel riprodurre le tappe del confronto risultano incentrati in primo luogo sulla individuazione della fisionomia delle eccedenze, in secondo luogo su alcune tipologie di recuperi di eccedenze che siano state disconosciute da parte degli uffici, in terzo luogo su alcuni profili problematici riguardanti il recupero di eccedenze di IVA da parte dei contribuenti.

2. È impossibile avviare qualunque discussione sul tema dei crediti che emergono nelle dichiarazioni tributarie senza una premessa di carattere generale che li inquadri nell'ambito dei rapporti fra contribuente ed amministrazione finanziaria. Ebbene, non sono infrequenti i casi in cui sia il contribuente ad avanzare pretese nei confronti dell'amministrazione; si tratta di rapporti di credito-debito in cui è il contribuente a rivestire il ruolo di soggetto attivo.

Sennonché i crediti dei contribuenti non rispondono ad un modello unitario. Si riscontrano, infatti, una pluralità di "situazioni creditorie" che, sotto vari profili, si distinguono le une dalle altre. Ora, è difficile procedere a ricostruzioni sistematiche, posto che qualunque iniziativa rivolta in tale direzione deve fare i conti con l'assenza di una disciplina normativa di rife-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

rimento a carattere generale e con discipline settoriali comunque lacunose[1]. Ciò nonostante, i crediti cui si è fatto riferimento all'inizio del paragrafo, ossia quelli che emergono nelle dichiarazioni tributarie, assumono un rilievo di primo piano nell'attuazione dei tributi: anzitutto nelle imposte sui redditi e nell'IVA. Con la riforma tributaria degli anni settanta del secolo scorso il legislatore da un lato ha generalizzato l'obbligo di presentazione della dichiarazione, dall'altro ha implementato il sistema delle riscossioni anticipate rispetto alla realizzazione del presupposto[2]. In un contesto di tale genere non può certo escludersi che questi ultimi prelievi siano superiori al debito d'imposta, ecco quindi l'emersione di un credito per il contribuente; e siffatta emersione avviene di regola nella dichiarazione tributaria. Emerge già una prima caratteristica di tali crediti: essi attengono alla fisiologia (e non alla patologia) dei meccanismi applicativi dei tributi.

A quanto detto devono aggiungersi ulteriori tratti caratteristici dei crediti in parola. In primo luogo non è agevole il collegamento fra credito e fattori genetici degli stessi, posto che essi trovano il loro «presupposto necessario nella (presentazione della) dichiarazione annuale, nella quale i loro fattori causali si fondono, elidendo ogni possibilità di collegamento del credito con le sue cause originarie»[3]. Sull'importo del credito influiscono infatti una serie di situazioni giuridiche attive e passive.

In secondo luogo, l'emersione di una eccedenza a credito in una dichiarazione tributaria non determina di per sé la nascita di un rapporto credito-debito fra contribuente ed amministrazione finanziaria, posto che nel corso del tempo sono state introdotte diverse forme di impiego dei crediti in discorso fra le quali il contribuente può optare. Così, si ha la possibilità di chiedere il rimborso dell'eccedenza[4], di riportarla a nuovo nel successivo periodo d'imposta[5] e, da ultimo, il legislatore ha ammesso anche la possibilità di compensare la stessa eccedenza[6], in abbattimento di obblighi di versamento anche non tributari.

Non è un caso, quindi, che la dottrina abbia rilevato che i crediti in discorso siano "immersi" nelle procedure applicative dei tributi[7]. Di con-

[1] In tal senso cfr. per tutti M.C. Fregni, *Rimborso dei tributi*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm*., Agg., Torino, 2000, p. 612 ss.

[2] Per i riferimenti bibliografici e normativi si rinvia a A. Zuccarello, *Le eccedenze d'imposta,* Milano, 2025, p. 6 ss.

[3] Il passaggio riportato nel testo è tratto da S. La Rosa, *Principi di diritto tributario,* Torino, 2020, p. 216.

[4] Cfr. ad es. art. 22, comma 2, TUIR.

[5] Cfr. ad es. art. 22, comma 2, TUIR.

[6] Cfr. art. 3 d.lgs. n. 33 del 24 marzo 2025 (in passato la disciplina della compensazione veniva dettata dall'art. 17, d.lgs. n. 241 del 9 luglio 1997).

[7] L'espressione riportata nel testo appartiene a M. Basilavecchia, *Funzione impositiva e forme di tutela. Lezioni sul processo tributario,* Torino, 2018, p. 295.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

seguenza, dal momento che tali crediti emergono nelle dichiarazioni tributarie essi vengono assoggettati ai controlli cui soggiacciono queste ultime. E da tali controlli può ben derivare sia un riconoscimento del credito, sia il suo totale o parziale disconoscimento; e quest'ultimo ha conseguenze diverse in dipendenza della specifica forma di impiego per la quale il contribuente abbia optato, potendosi avere, a seconda dei casi: o il mancato soddisfacimento del credito, ovvero un recupero del credito già utilizzato dal contribuente.

3. Del tutto peculiari sono i profili che emergono nel caso di riporto a nuovo o di compensazione delle eccedenze. Infatti, mentre nel caso di richiesta di rimborso, l'erogazione di quest'ultimo è subordinata all'espletamento dei controlli officiosi, nel caso di compensazione, invece, il legislatore consente l'impiego del credito finanche prima che i controlli degli uffici abbiano luogo, sicché nel caso in cui il credito venga disconosciuto (in tutto o in parte) si imporrà il recupero di una somma corrispondente al credito disconosciuto.

Scendendo nel dettaglio, nel caso di riporto a nuovo, l'eccedenza transita nelle dichiarazioni successive e in più occasioni può essere intercettata dai controlli che hanno ad oggetto queste ultime, in particolare le liquidazioni ed i controlli formali delle dichiarazioni.

Ora, a ben vedere, dell'esigenza di sottoporre ai controlli l'eccedenza riportata a nuovo il legislatore ha tenuto conto, infatti, l'art. 36 *bis*, comma 1, d.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973 prevede che la liquidazione debba essere eseguita entro l'inizio del periodo di presentazione delle dichiarazioni relative all'anno successivo[8]. In questo modo, si evita il riporto nelle dichiarazioni relative a periodi successivi di somme escluse in sede di controllo automatizzato[9]. E laddove il contribuente, nonostante il disconoscimento, riporti comunque l'eccedenza nella dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, l'eccedenza già esclusa sarà oggetto di una nuova esclusione in sede di liquidazione della dichiarazione successiva, tant'è vero che l'art. 36 *bis*, comma 2, lett. b, d.P.R. 600/1973 prevede che in sede di liquidazione gli uffici possano «correggere gli errori materiali commessi dai contribuenti nel riporto delle eccedenze delle imposte, dei contributi e dei premi risultanti dalle precedenti dichiarazioni», ed il comma 4 del medesimo articolo prevede: «I dati contabili risultanti dalla liquidazione prevista nel presente articolo si considerano, a tutti gli effetti, come dichiarati dal contribuente e dal sostituto d'imposta».

[8] Analoga previsione è contenuta nell'art. 54 *bis* d.P.R. n. 633 del 26 ottobre 1972, riguardo alla liquidazione delle dichiarazioni IVA.

[9] A conferma si veda, per tutti, M. Nussi, *La dichiarazione tributaria*, Torino, 2008, p. 271 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Si potrebbe porre poi il problema di un disconoscimento delle eccedenze sulla scorta di un controllo più approfondito di quello previsto per le liquidazioni. A tal proposito è ben possibile che le eccedenze vengano escluse sulla base di un controllo formale *ex* art. 36 *ter* d.P.R. 600/1973. Sennonché si tratta di un controllo che non solo ha un perimetro ben determinato ma per il cui espletamento sono previste anche, e a maggior ragione, soglie temporali ben precise. L'art. 36 *ter*, comma 1, prevede infatti che gli uffici possano eseguire il controllo in parola entro il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione. Per l'iscrizione a ruolo, l'art. 25, comma 1, lett. b, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 prevede poi il limite del 31 dicembre del quarto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione. Ora, nella misura in cui le eccedenze riportate a nuovo transitano nelle dichiarazioni relative ai periodi d'imposta successivi, si potrebbe prospettare una assimilazione del loro trattamento a quello delle fattispecie tributarie a rilevanza pluriennale; queste ultime hanno determinato e determinano tutt'ora significativi problemi operativi. Infatti, le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 8500 del 25 marzo 2021, hanno affermato che il termine decadenziale riferito al potere degli uffici di contestare i fatti costitutivi delle fattispecie pluriennali si rinnovasse ad ogni impiego delle fattispecie pluriennali e non dovesse essere riferito al periodo d'imposta in cui il componente fosse maturato per la prima volta[10]. Ad arginare tale discutibile interpretazione dovrebbe contribuire ora l'art. 8, comma 5, dello Statuto dei diritti del contribuente, come modificato dall'art. 1, d.lgs. n. 219 del 30 dicembre 2023, ove si prevede che il decorso del termine di conservazione di atti e documenti ai fini tributari «preclude definitivamente la possibilità per l'amministrazione finanziaria di fondare pretese su tale documentazione»[11]. A ben vedere, in realtà, non è possibile fondare eventuali recuperi delle eccedenze sulla disposizione in parola, dal momento che essa si riferisce alle pretese che possono essere avanzate nei confronti dei soggetti obbligati alla tenuta delle scritture contabili; e in ogni caso non dovrebbe ammettersi l'effettuabilità dei controlli

[10] Cfr. Cass. SS.UU. n. 8500/2021, a mente della quale «nel caso di contestazione di un componente di reddito ad efficacia pluriennale per ragioni diverse dall'errato computo del singolo rateo dedotto e concernenti invece il fatto generatore ed il presupposto costitutivo di esso, la decadenza dell'amministrazione finanziaria dalla potestà di accertamento va riguardata, d.P.R. n. 600 del 1973, *ex* art. 43, in applicazione del termine per la rettifica della dichiarazione nella quale il singolo rateo di suddivisione del componente pluriennale è indicato, non già in applicazione del termine per la rettifica della dichiarazione concernente il periodo di imposta nel quale quel componente sia maturato o iscritto per la prima volta in bilancio».

[11] Sul punto si rinvia, anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali a A. Zuccarello, *Le fattispecie tributarie a rilevanza pluriennale tra disciplina dei tributi e accertamento: una analisi comparata fra diritto spagnolo e diritto italiano*, in *Dir. prat. trib. int*., 2024, 3, p. 755 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

che hanno specificamente ad oggetto i fattori costitutivi delle eccedenze, ossia liquidazione e controllo formale, oltre le soglie normativamente previste per il loro svolgimento[12].

Liquidazione e controllo formale delle dichiarazioni possono condurre al recupero – tramite iscrizione a ruolo – di eccedenze che siano state indebitamente compensate. La compensazione disciplinata dall'art. 3, d.lgs. 33/2025 può infatti essere effettuata ben prima che le dichiarazioni vengano assoggettate ai controlli di cui si è detto, sicché eventuali disconoscimenti dei crediti indicati nelle dichiarazioni determinano il recupero degli importi compensati.

Il tema del recupero delle eccedenze indebitamente compensate può generare problematiche operative di non poco momento se si considera che il legislatore ha predisposto molteplici strumenti per il recupero di importi indebitamente compensati. Risalta in particolare l'atto di recupero dei crediti d'imposta, attualmente disciplinato dall'art. 38 *bis* d.P.R. 600/1973. Per quest'ultimo atto è stato previsto un termine decadenziale per la notificazione collegato all'utilizzo del credito in compensazione[13]: si tratta, dunque, di un termine strutturalmente diverso rispetto a quello previsto per la notificazione di avvisi di accertamento. Ebbene l'impiego dell'atto di cui all'art. 38 *bis*, cit., per il recupero di eccedenze d'imposta ridonderebbe a danno dei contribuenti, che in questo modo verrebbero sottoposti al potere impositivo degli uffici, anche oltre la soglia temporale prevista per la notificazione dell'avviso di accertamento dall'art. 43 d.P.R. 600/1973.

Per superare i dubbi e le incertezze che si addensano intorno al profilo da ultimo segnalato, appare proficuo fare leva sulla specificità dei presupposti per l'emanazione di atti impositivi[14]. In questa prospettiva, può demandarsi il recupero delle eccedenze agli atti specificamente incentrati sui fattori costitutivi delle prime, ossia, anzitutto, liquidazione e controllo formale delle dichiarazioni. Di conseguenza, all'atto di recupero potrà essere affidata una funzione residuale[15], trovando esso uno spazio di operatività suo proprio laddove non siano previsti ulteriori strumenti per il recupero di crediti com-

[12] Nel senso indicato nel testo si veda A. Zuccarello, *Le eccedenze d'imposta,* cit., p. 86 ss.

[13] L'art. 38 *bis*, comma 1, lett. c, d.P.R. 600/1973 prevede: «c) l'atto di cui alla lettera a), emesso a seguito del controllo degli importi a credito indicati nei modelli di pagamento unificato per la riscossione di crediti non spettanti e inesistenti, di cui all'articolo 13, commi 4 e 5, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, utilizzati, in tutto o in parte, in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, deve essere notificato, a pena di decadenza, rispettivamente, entro il 31 dicembre del quinto anno e dell'ottavo anno successivo a quello del relativo utilizzo».

[14] Sul punto si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a A. Guidara, *Discrezionalità e vincolatezza nell'azione dell'amministrazione finanziaria*, in *Dir. prat. trib.,* 2020, 1, p. 20 ss.

[15] A conferma si veda per tutti A. Guidara, *Spunti critici sui nuovi atti di recupero dei crediti: tra norme riformate, in procinto di essere riformate e da riformare, in Riv. tel. dir. trib*., 1/2024 (*www.rivistadirittotributario.it/*).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

pensati. Campo d'azione privilegiato dell'atto in parola può dunque essere quello dei crediti agevolativi, che soggiacciono a discipline specifiche, in punto di impieghi, diverse da quelle previste per le eccedenze; queste ultime invece attengono alla fisiologia dei meccanismi applicativi delle imposte.

4. Il tema del recupero delle eccedenze, che nel precedente paragrafo è stato esaminato nella prospettiva degli uffici, può essere esaminato anche ribaltando la precedente prospettiva, e quindi volgendo lo sguardo alla posizione del contribuente, che potrebbe avere l'esigenza di recuperare eccedenze non emerse nelle dichiarazioni tributarie.

Al riguardo potrebbero rievocarsi numerosi profili problematici. In questa sede si vuole fare una scelta di campo e si concentra quindi l'attenzione sulle questioni problematiche che si sono poste e si pongono intorno ai rapporti fra l'omissione della dichiarazione IVA ed il recupero delle eccedenze di imposta detraibile che, a vario titolo, avrebbero dovuto transitare nella dichiarazione omessa. Tralasciando alcuni passaggi, la Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi circa le conseguenze che l'omissione della dichiarazione annuale spiega sul credito IVA.

Con la sentenza 8 settembre 2016, n. 17757 le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che l'eccedenza relativa ad un periodo in cui la dichiarazione sia stata omessa possa essere detratta entro il termine previsto dall'art. 19 d.P.R. 633/1972. Tale soluzione consentiva ai soggetti passivi di recuperare l'eccedenza agevolmente, all'interno dei circuiti IVA. E ciò sarebbe stato possibile sia nel caso in cui ad essere omessa fosse stata la dichiarazione del periodo di competenza dell'eccedenza, sia ove fosse stata omessa una dichiarazione in cui l'eccedenza già dichiarata avrebbe dovuto solamente essere riportata[16].

Sennonché l'art. 2, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. l. 21 giugno 2017, n. 96, ha modificato l'art. 19 d.P.R. 633/1972, riducendo il termine per la detrazione che ora è consentita «al più tardi con la dichiarazione relativa all'anno in cui il diritto alla detrazione è sorto ed alle condizioni esistenti al momento della nascita del diritto medesimo». Di conseguenza, nel caso in cui sia stata omessa la dichiarazione del periodo in cui l'eccedenza è sorta il contribuente potrà comunque recuperare l'eccedenza, ma per il tramite di una richiesta di rimborso *ex* art. 30 *ter* d.P.R. 633/1972. La Cassazione ha predicato la medesima soluzione anche per il caso in cui ad essere stata omessa sia stata una dichiarazione in cui l'eccedenza avrebbe dovuto essere riportata[17].

[16] Per più puntuali riferimenti giurisprudenziali e dottrinali si rinvia a A. Zuccarello, *Le eccedenze d'imposta*, cit., p. 142 ss.

[17] Cfr. Cass. 12 maggio 2022, n. 1560, in *Corr. trib.,* 8-9, 2022, p. 719 ss., con nota di M. Basilavecchia, *Omessa dichiarazione e riporto del credito*, p. 715 ss. Nello stesso solco si muovono: Cass. 31 luglio 2019, n. 20753; Id. 13 febbraio 2025, n. 3740.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ora, sebbene rispetto ai casi di omissione della dichiarazione del periodo di genesi dell'eccedenza il recupero di quest'ultimo dovrebbe affidarsi ad una istanza di rimborso *ex* art. 30 *ter* d.P.R. 633/1972, sembra possibile sostenere una soluzione diversa per i casi in cui ad essere stata omessa sia stata una dichiarazione in cui l'eccedenza già dichiarata avrebbe dovuto solamente essere riportata.

La dottrina ha infatti sostenuto, condivisibilmente, che «la detrazione operata dopo il riporto agli anni successivi non può incorrere in decadenza, perché si tratta di una seconda detrazione, e la decadenza è stata ormai scongiurata per il fatto che nella liquidazione di provenienza l'IVA detraibile è stata non solo considerata, ma effettivamente calcolata, solo così potendosi verificare la formazione di un'eccedenza di segno negativo»[18].

In effetti, dal sistema IVA risulta che all'eccedenza esposta in una dichiarazione annuale viene riconosciuta una qualche "autonomia". Quest'ultima non solo può essere compensata, senza scontare i limiti cui soggiace la compensazione di eccedenze infra-annuali[19]. Inoltre, ai fini della detrazione dell'eccedenza non è più necessaria, a far tempo dal 2001[20], l'annotazione della stessa nel registro degli acquisti, di cui all'art. 25 d.P.R. 633/1972.

Nonostante l'omissione della dichiarazione in cui l'eccedenza avrebbe dovuto essere riportata si dovrebbe consentire al soggetto IVA il recupero della stessa all'interno dei circuiti tributari, evitando le lungaggini connesse ad un rimborso *ex* art. 30 *ter* d.P.R. 633/1972.

Siffatta soluzione non risulta scalfita neppure da un suo confronto con la disciplina europea.

A tal riguardo si rileva che la Direttiva dell'Unione Europea c.d. rifusa, n. 112 del 28 dicembre 2006, all'art. 183, prevede: «qualora, per un periodo d'imposta, l'importo delle detrazioni superi quello dell'IVA dovuta, gli Stati membri possono far riportare l'eccedenza al periodo successivo, o procedere al rimborso secondo modalità da essi stabilite». Insomma viene rimesso agli Stati membri il potere di scegliere fra le diverse modalità di impiego dell'eccedenza.

Ebbene, sul piano del diritto interno sebbene il legislatore abbia previsto all'art. 30 *ter* d.P.R. 633/1973 l'istanza di rimborso quale strumento finalizzato al recupero dell'IVA non dovuta, rimane il fatto che il sistema dell'IVA continui ad individuare la detrazione quale mezzo con cui realizzare le situazioni creditorie che emergono nell'applicazione del tributo[21].

[18] Il virgolettato è tratto da M. Basilavecchia, *op. cit.*, p. 718.

[19] Cfr. art. 8, comma 3, d.P.R. n. 542 del 1999.

[20] Fra le previsioni del d.P.R. 7 dicembre 2001, n. 745 si richiama qui l'art. 11, comma 2, per cui: «Nell'articolo 30, secondo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, sono soppresse le parole: "annotandolo nel registro indicato nell'articolo 25"».

[21] A conferma si veda M. Basilavecchia, *Situazioni creditorie del contribuente e attuazione del tributo. Dalla detrazione al rimborso nell'imposta sul valore aggiunto*, Pescara, 2000, p. 105.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Sicché non sembra insensato prospettare un impiego dell'eccedenza dichiarata e non riportata continuativamente (per via dell'omissione di dichiarazioni successive) all'interno dei circuiti IVA.

Non ostano ad una ricostruzione di tal fatta le indicazioni che possono trarsi dalla giurisprudenza europea. Viene in rilievo la sentenza Astone, del 28 luglio 2016, causa C-332/15. Tale sentenza è stata richiamata dalla Cassazione al fine di escludere il recupero delle eccedenze in detrazione sia nel caso di omissione della dichiarazione del periodo di origine dell'eccedenza[22], sia nel caso di omissione di una dichiarazione in cui l'eccedenza avrebbe dovuto essere riportata[23]. Sennonché, nonostante sia vero che la sentenza che ha deciso il caso Astone abbia ritenuto che la negazione del diritto di detrazione non sia contraria al principio di neutralità in presenza «di circostanze che denotano l'esistenza di un'evasione fiscale», è anche vero che deve tenersi conto della peculiarità del caso da cui muove siffatta sentenza, posto che nel caso di specie erano state omesse sia la presentazione della dichiarazione e delle comunicazioni, sia la tenuta dei registri. Di conseguenza, nel caso di omissione della dichiarazione in cui l'eccedenza avrebbe dovuto essere riportata, al contribuente che sia comunque in grado di dimostrare la spettanza dell'eccedenza, producendo i registri e la documentazione di supporto, non si dovrebbe impedire il recupero dell'eccedenza all'interno dei circuiti tributari.

[22] Cfr. Cass. 1° febbraio 2023, n. 3066.
[23] Cfr. Cass. 3740/2025, cit.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

PARTE IV

Innovazione tecnologica e trasformazioni delle categorie giuridiche

Arianna Visconti

La tutela penale della reputazione e dell'onore 4.0*

Sommario: 1. Dal 'regime disciplinare' alla 'quarta rivoluzione' digitale: la persistenza delle (inossidabili?) fattispecie di ingiuria e diffamazione. – 2. *Segue*. Nuove ICT e repressione penale delle offese all'onore e alla reputazione. Sintesi del quadro giurisprudenziale. – 3. Una duttilità solo apparente: problematiche applicative e vuoti di tutela. – 4. Un *caveat* conclusivo: la necessità di un «design pro-etico» dell'ecosistema digitale.

1. Guardando alla sua vitalità giurisprudenziale – cui sarà dedicata la parte centrale di questo contributo – sembra quasi incredibile come una fattispecie concepita negli anni Trenta del Novecento, nel pieno splendore del modello 'disciplinare' di focaultiana memoria[1], qual è ancora oggi la diffamazione[2], possa essersi adattata senza apparente soluzione di continuità

* Si riproduce qui, per gentile concessione dell'Editore e dei Curatori, il saggio già pubblicato, con il titolo *La repressione delle offese online alla reputazione: tra anomia di contesto e anomia normativa*, nel volume ad accesso aperto *La nozione di contenuto illecito online. Fattispecie e responsabilità penale nella prospettiva europea*, a cura di G.M. Caletti, M.L. Mattheudakis, K. Summerer, con la collaborazione di P. Beccari, ETS, Pisa, 2025, pp. 203-230. Nella trattazione si faranno solo brevi cenni, ove pertinenti, alla l. 23 settembre 2025, n. 132, recante *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*, in vigore dal 10 ottobre 2025, il cui art. 26 ha apportato alcune modifiche al Codice penale (oltre che ad altre disposizioni penali) rilevanti ai fini dell'analisi qui sviluppata, in quanto la disciplina è stata introdotta nelle more dell'elaborazione del saggio e i tempi della sua ripubblicazione non ne hanno consentito un ulteriore approfondimento.

[1] Cfr. M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975 (trad. it., Einaudi, Torino, 1993), in part. p. 147 ss.

[2] Per ovvi motivi, non sarà possibile, in questa sede, soffermarsi su molti degli aspetti tecnici della disciplina delle fattispecie sanzionatorie – penali (diffamazione) e civili (ingiuria) – a tutela dell'onore e della reputazione. In tema si rinvia dunque fin d'ora ampiamente, *ex plurimis*, ai recenti contributi di F. Bellagamba, R. Guerrini, *Delitti contro l'onore*, Giappichelli, Torino, 2010; L. Bisori, *I delitti contro l'onore*, in *I delitti contro l'onore e la libertà individuale*, in *Tratt. dir. pen. Parte sp.*,VIII, A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, UTET, Torino, 2010, pp. 3-209; S. Bolognini, A. D'Avirro, M. D'Avirro, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio, televisione e internet*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022; A. Gullo, *Delitti contro l'onore*, in *Reati contro la persona*, a cura di F. Viganò, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, XVII, F. Palazzo, C.E. Paliero e M. Pelissero, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 213-312; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, 5ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 200-258; N. Mazzacuva, *Delitti contro la persona: le altre ipotesi di tutela*, in S. Canestrari, L. Cornacchia, A. Gamberini,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

all'era delle attuali 'infocrazie'[3], tanto da riuscire ancora (almeno all'apparenza) a svolgere il suo ruolo di tutela della reputazione anche in un ecosistema – quello delle comunicazioni digitali – che il legislatore dell'epoca non avrebbe potuto concepire neppure lontanamente. In meno di cento anni, infatti, si è assistito a una vera 'rivoluzione', cui pare necessario far cenno in esordio onde comprendere meglio, nel prosieguo, a quali fattori tale vitalità sia riconducibile e se, come e quanto essa sia realmente effettiva, o non costituisca piuttosto un sottile velo sovrapposto a una realtà di sostanziale, e strutturale, ineffettività dell'attuale quadro normativo, come tale bisognosa di radicale ripensamento.

Come osserva Luciano Floridi, infatti, la «quarta rivoluzione» scientifica oggi in corso completa un processo di 'scardinamento' dell'autopercepita centralità umana nell'universo (materiale e simbolico) iniziato con Copernico (e la collocazione *fisica* dell'uomo nel mondo sensibile), proseguito con Darwin (frantumando l'idea di una radicale differenza e superiorità *biologica* umana nel regno animale) e approfondito da Freud (con la perdita dell'illusione di essere padroni almeno dei nostri *contenuti mentali*), con implicazioni e con una rapidità che, tuttavia, risultano ancor più destabilizzanti, per «la nostra comprensione di sé», delle 'rivoluzioni' precedenti: la costruzione di macchine in grado di superarci nella capacità di *processare informazioni*, infatti, ha fatto sì che «non siamo più gli indiscussi padroni» neppure «dell'infosfera»[4].

G. Insolera, V. Manes, M. Mantovani, N. Mazzacuva, F. Sgubbi, L. Stortoni, F. Tagliarini, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 7ª ed., Monduzzi, Milano, 2016, pp. 601-624; V. Pezzella, *La diffamazione*, 2ª ed., UTET, Torino, 2020; D. Provolo, *Dei delitti contro l'onore*, in *Commentario breve al Codice penale*, 7ª ed., a cura di G. Forti, S. Riondato e S. Seminara, CEDAM, Padova, 2024, pp. 2260-2306; nonché, per aspetti e approfondimenti più specifici, agli ulteriori testi (anche più risalenti) e autori citati *infra*.

[3] Cfr. B.-C. Han, *Infokratie*, Matthes & Seitz, Berlin, 2021 (trad. it., Einaudi, Torino, 2023). Con questo termine il filosofo coreano indica un «regime dell'informazione», ossia una «forma di dominio nella quale l'informazione e la sua diffusione determinano in maniera decisiva, attraverso algoritmi e Intelligenza Artificiale, i processi sociali, economici e politici. Diversamente dal regime disciplinare», tipico della modernità, oggi «a essere sfruttati non sono *corpi ed energie*, ma *informazioni e dati*. Decisivo per la conquista del potere non è il possesso dei mezzi di produzione, bensì l'accesso a informazioni che vengono utilizzate ai fini della sorveglianza psicopolitica, del controllo e della previsione dei comportamenti. Il regime dell'informazione si accompagna al capitalismo dell'informazione, che evolve in capitalismo della sorveglianza e declassa gli esseri umani a *bestie da dati e consumo*. […] Il capitalismo dell'informazione, fondato sulla connessione e sulla comunicazione, rende obsolete [le] tecniche disciplinari […]. La docilità (*docilité*), che significa anche arrendevolezza e remissività, non è l'ideale del regime dell'informazione. Il soggetto sottomesso nel regime dell'informazione non è docile né ubbidiente. Piuttosto si crede *libero, autentico e creativo*: *produce* e *performa* sé stesso» (ivi, pp. 3-4).

[4] Cfr. L. Floridi, *The Fourth Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2014 (trad. it., Cortina, Milano, 2017), pp. 99-105.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Con questo neologismo, coniato negli anni Settanta del secolo scorso[5], Floridi intende, in particolare, «*a un livello minimo* […], l'intero ambiente informazionale costituito da tutti gli enti informazionali, le loro proprietà, interazioni, processi e reciproche interazioni», dunque

> un ambiente paragonabile al, ma al tempo stesso differente dal, cyberspazio, che è soltanto una sua regione, dal momento che l'infosfera include anche gli spazi d'informazione offline e analogici. *A un livello massimo*, l'infosfera è un concetto che può essere utilizzato anche come sinonimo di realtà, laddove interpretiamo quest'ultima in termini informazionali. In tal caso, l'idea è che ciò che è reale è anche informazionale e ciò che è informazionale è reale. È in questa equivalenza che hanno origine alcune delle più profonde trasformazioni e delle sfide più rilevanti di cui faremo esperienza nel prossimo futuro riguardo alla tecnologia[6].

Ed è proprio quest'ultimo concetto 'espansivo' di infosfera a risultare particolarmente rilevante per la presente riflessione, dal momento che, al di là delle diverse concezioni giuspenalistiche dei beni 'onore' e 'reputazione' (che non è possibile qui ripercorrere in dettaglio)[7], da un punto di

[5] Il primo ad averne fatto uso sembra essere stato l'economista e filosofo Kenneth E. Boulding, il quale riteneva che l'essere umano – come individuo e nei gruppi in cui è inserito, e dunque come essere sociale – potesse esistere ed essere concepito solo come 'nodo' in una 'rete' di *input* e *output* informativi, simbolici e linguistici, individuando sei 'sfere' in cui questi è strutturalmente inserito, ossia litosfera, atmosfera, idrosfera, biosfera, idrosfera, sociosfera e, appunto, infosfera, quest'ultima costituita da «*input* e *output* di conversazione, libri, televisione, radio, discorsi, servizi religiosi, lezioni, relazioni, nonché ogni informazione ricevuta dal mondo fisico tramite la nostra osservazione». Pur riconoscendone la natura di «segmento della sociosfera», riteneva tale 'segmento' dotato di autonomia e di una particolare rilevanza, e financo prevalenza sulle altre componenti di quest'ultima, dal momento che «qualsiasi forma di sviluppo [umano] è essenzialmente un processo di apprendimento e come tale è essenzialmente dipendente da una rete di flussi informativi» (cfr. K.E. Boulding, *Economics as a Science*, McGraw-Hill, New York, 1970, pp. 15-16; traduzione nostra). In tema cfr. anche B. Van der Veer Martens, *An Illustrated Introduction to the Infosphere*, in *Libr. Trends*, 2015 (63)2, pp. 317-361.

[6] L. Floridi, *The Fourth Revolution*, cit., pp. 45-45. Per un approfondimento cfr. altresì Id., *The Logic of Information. A Theory of Philosophy as Conceptual Design*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2019 (trad. it., Cortina, Milano, 2020), in part. p. 129 ss.

[7] Sul punto si rinvia pertanto, oltre che ai testi citati *supra* (nota 2), nelle parti pertinenti, anche, *ex multis*, a A. Gullo, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale: contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Aracne, Roma, 2013, in part. pp. 11-31; a A. Manna, *Beni della personalità e limiti della protezione penale. Le alternative di tutela*. CEDAM, Padova, 1989, in part. pp. 3-91 e 177-231; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974; A. Nappi, *Ingiuria e diffamazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Treccani, Roma, 1989, in part. pp. 1-3; P. Siracusano, *Ingiuria e diffamazione*, in *Dig. disc. pen*., VII, UTET, Torino, 1993, pp. 32-36; M. Spasari, *Sintesi di uno studio sui delitti contro l'onore*, Giuffrè, Milano, 1961; Id., *Diffamazione e ingiuria (dir. pen.)*, in *Enc. dir*., XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 483-487; A. Tesauro, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Giappichelli, Torino, 2005, in part. pp. 1-24; nonché, per tutti gli opportuni

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

vista empirico-sociale – una dimensione con cui l'ordinamento non può fare a meno di confrontarsi, a pena di un radicale 'scollamento' rispetto ai fenomeni che pretenderebbe di regolare e quindi, in definitiva, di una radicale ineffettività[8] – questi concetti risultano legati a filo doppio alla natura (anche) 'informazionale' del 'reale' (per come ne facciamo esperienza in quanto esseri umani).

La *reputazione*, in particolare, da un punto di vista squisitamente sociologico e *funzionale*, può essere compresa dinamicamente solo alla luce del concetto di «capitale sociale»[9], costituendo anzi una precondizione fondamentale per il mantenimento e/o incremento di questo o, al contrario, ove 'danneggiata', per la sua erosione e/o perdita. La reputazione, infatti, quale elemento primario del *sé sociale* delle persone, costituisce essenzialmente – e ha valore per il suo titolare in quanto – 'patrimonio relazionale' della persona (fisica o giuridica, anche in senso lato), ossia un tipo di 'ricchezza immateriale' che si sostanzia in

> una forma di investimento in relazioni sociali in vista di un ricavo per l'investitore; e ciò sia che il ricavo abbia luogo in termini di reciprocità semplice (*do ut des*); sia che il ricavo abbia luogo in forma di comportamenti cooperativi, o in altri modi di collaborazione[10].

ulteriori riferimenti, a A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Giappichelli, Torino, 2018, in part. pp. 317-395.

[8] Cfr. per tutti G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Cortina, Milano, 2000, *passim*, e in part. pp. 1-188 e 223 ss.

[9] Fondamentale, in tema, resta il contributo di James S. Coleman, il quale definisce il «capitale sociale» come la meno tangibile delle forme di 'capitale' a disposizione degli individui, in quanto «incorporato nelle *relazioni* tra le persone. Il capitale fisico e il capitale umano agevolano l'attività produttiva, e il capitale sociale fa la stessa cosa. Ad esempio, un gruppo i cui membri si dimostrano affidabili e hanno grande fiducia reciproca sarà in grado di fare molto di più di un gruppo per il resto simile ma privo di tali affidabilità e fiducia reciproca. […] Il capitale umano sta nei nodi» delle reti di cui è composto un gruppo, ossia nei singoli individui, mentre «il capitale sociale nelle linee che li congiungono». Nella prospettiva dell'individuo, «la funzione identificata dal concetto di "capitale sociale" è il valore che questi aspetti della struttura sociale hanno per gli attori, in quanto risorse che essi possono utilizzare per realizzare i propri interessi». Cfr. J.S. Coleman, *Foundations of Social Theory*, Belknap Press, Cambridge MA-London, 1990 (trad. it., il Mulino, Bologna, 2005), pp. 390-391, nonché Id., *Social Capital in the Creation of Human Capital*, in *Am. J. of Soc.*, 1988 (94)1, Supplement, pp. 95-120. Per ulteriori dettagli e riferimenti bibliografici si rinvia, *ex multis*, a A. Andreotti, *Che cos'è il capitale sociale*, Carocci, Roma, 2009, e a J. Field, *Social Capital*, Routledge, London, 2003 (trad. it., Erickson, Trento, 2004). V. anche *infra*, nota 10.

[10] Cfr. A. Pizzorno, *Il velo della diversità. Studi su razionalità e riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 221. Si noti, per altro, come questo capitale individuale possa comportare vantaggi per l'intera comunità, dal momento che l'interesse dei singoli a mantenere una reputazione positiva può rafforzare la 'densità' e 'tenuta' di relazioni fiduciarie nei gruppi e nella società (cfr. ancora J.S. Coleman, *Foundations*, cit., pp. 385-412, nonché il fondamentale saggio di R. Putnam, *Bowling Alone. The Collapse and Revival of American*

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Come ogni 'capitale' di questo tipo, la reputazione è, dunque, un bene infungibile, non trasferibile[11] (pur se comunicabile, in particolare 'in verticale')[12], che connota il singolo soggetto che ne è titolare nella sua specificità e individualità, costituendo un suo esclusivo patrimonio; al tempo stesso, tuttavia, malgrado sia interesse e facoltà del titolare preservarla, o possibilmente incrementarla con azioni appropriate – e malgrado rientri nella sua sfera d'azione, ovviamente, anche danneggiarla e diminuirla con comportamenti soggetti a valutazioni sociali negative – la 'custodia' di questo capitale è largamente affidata ad *altri*, sia perché esso è, in pratica, 'depositato' nelle menti dei partner (attuali e potenziali) dell'interazione[13], sia perché il titolare non ha affatto il monopolio sulla costruzione e sul mantenimento della propria reputazione, influenzati in modo decisivo, al contrario, dalla diffusione di informazioni operata da altri[14].

Così «tutte le nostre interazioni sociali lasciano negli altri una traccia informativa […] al tempo stesso indelebile e fragile […] che non può più essere cancellata» e le «mediazioni differenti di ciò che chiamiamo informazione sociale creano distorsioni ed effetti di amplificazione»[15] sulla reputazione oltremodo complessi. Una complessità legata, in particolare, all'estrema varietà dei contesti in cui tali 'tracce informative' si generano, che «vanno dall'interazione faccia a faccia ai pettegolezzi diffusi in assenza dell'interessato, alla stampa e a Internet»[16]. Resta fermo, però, che è proprio la circolazione di informazioni e giudizi sul soggetto (individuo

Community, Touchstone, New York, 2000, trad. it., il Mulino, Bologna, 2004) attraverso la spinta implicita al rispetto delle norme indispensabili alla sopravvivenza e funzionalità del gruppo/comunità di appartenenza, quanto e più della presenza di strumenti coercitivi esterni, vista la riconosciuta maggiore forza relativa delle sanzioni sociali informali (attuate o attese), e dei *payoff* immateriali a queste collegati (cfr. altresì V. Pelligra, *I paradossi della fiducia. Scelte razionali e dinamiche interpersonali*, il Mulino, Bologna, 2007), rispetto all'effettiva efficacia di orientamento dei comportamenti dei c.d. controlli esterni, specie formali (cfr. già W.C. Reckless, *The Etiology of Delinquent and Criminal Behavior: A Planning Report for Research*, Social Science Research Council, New York, 1943; Id., *The Crime Problem*, 5th edn., Goodyear, Pacific Palisades, 1973).

[11] Cfr. J.S. Coleman, *Foundations*, cit., p. 405; J.A. Lachman, *Reputation and Risktaking*, in *The Cost of Libel. Economic and Policy Implications*, ed. by E.E. Dennis, E.M. Noam, Columbia University Press, New York, 1989, pp. 229-256.

[12] Esistono, infatti, «effetti di rete» tra reputazioni collettive e reputazioni individuali, per cui l'appartenere o l'entrare a far parte di gruppi (più o meno strutturati) che godano di 'buona' reputazione può migliorare la reputazione individuale, così come, per un gruppo, accogliere o includere membri con una reputazione 'danneggiata' può incidere negativamente su quella del gruppo stesso (cfr. per tutti G. Origgi, *Le réputation*, PUF, Paris, 2015, trad. it., EGEA, Milano, 2016, p. 71).

[13] In questo senso cfr. anche C. Pedrazzi, *L'exceptio veritatis. Dogmatica ed esegesi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1947, p. 433.

[14] Cfr. J.A. Lachman, *Reputation and Risktaking*, cit., pp. 230-233.

[15] Cfr. G. Origgi, *Le réputation*, cit., p. 9.

[16] *Ibidem*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

o entità collettiva) ciò che rende possibile considerarlo portatore di una «identità intertemporale», la quale a sua volta è ciò che consente agli altri partner dell'interazione sociale di valutare e decidere se e come entrare con questi in relazione[17], così appunto determinando una serie di benefici (o di svantaggi, in caso di 'cattiva fama') per il singolo titolare di reputazione[18].

A complicare il quadro, la circolazione di informazioni rilevanti risulta, costitutivamente, *imperfetta*: informazioni 'screditanti' possono non arrivare mai alla conoscenza dei partner, attuali o potenziali, interessati (anche per gli sforzi attivi, in tal senso, del titolare del 'capitale reputazionale')[19], così come, per altro verso, queste possono essere messe in circolazione, anche ove completamente infondate, da terzi (consapevoli o meno della loro falsità, intenzionalmente oppure per disattenzione o superficialità) senza che il soggetto 'danneggiato' possa impedirlo (discorso che vale, per altro, anche per informazioni 'accreditanti' false). Anche il livello di diffusività della circolazione delle informazioni di rilievo reputazionale è assai spesso sottratto, in misura rilevante o del tutto, al controllo del soggetto affetto (e però spesso anche al controllo degli altri 'comunicanti')[20].

Si comprende allora come la 'quarta rivoluzione' digitale non possa che avere, sulle problematiche relative a costituzione e gestione della reputazione, un impatto dirompente, legato non solo all'enorme accelerazione delle comunicazioni, alla drammatica espansione della platea di comunicanti e riceventi coinvolti in ogni singola interazione, e alla tendenziale

[17] Cfr. A. Pizzorno, *Il velo della diversità*, cit., p. 224.

[18] In realtà, si può constatare come tutti godano di una sorta di 'credito minimo di base', in termini reputazionali, in assenza di segnali informativi di segno opposto (nello stesso senso cfr. anche K. Amelung, *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, BWV, Baden Baden, 2002), tanto maggiore quanto più alto è il livello di fiducia sociale e reciprocità generalizzata nel rispetto delle regole (cfr. Putnam, *Bowling Alone*, cit., pp. 168-169). Tuttavia, questa 'dote reputazionale' di partenza (che tende comunque a essere influenzata da fattori esogeni 'etichettanti', come classe sociale, qualifica professionale, genere, gruppo etnico o colore della pelle, ecc., il cui influsso sarà più o meno importante a seconda del contesto socioculturale di riferimento) è soggetta a mantenersi, incrementarsi o diminuire in base alle condotte del soggetto o, meglio, alla circolazione di informazioni (corrette o scorrette) a queste relative, data la già richiamata natura *dinamica* del 'bene' reputazione.

[19] «Le persone 'vendono' sé stesse come vendono merci. Professano alti standard di comportamento per indurre altri a impegnarsi in interazioni sociali o economiche con loro, dalle quali ricavano vantaggi, ma allo stesso tempo nascondono alcuni fatti che questi partner nell'interazione troverebbero utili per formarsi un ritratto compiuto della loro personalità. […] Le persone desiderano manipolare il mondo intorno a loro attraverso la rivelazione selettiva di fatti che le riguardano». Cfr. R.A. Posner, *The Right of Privacy*, in *Georgia L. Rev.*, 1978 (12)3, pp. 399-401 (trad. nostra). In tema, nell'ambito della psicologia sociale resta fondamentale il riferimento a E. Goffman, *The Presentation of Self in Everyday Life*, Doubleday, Garden City NY, 1959 (trad. it., il Mulino, Bologna, 1969), in part. pp. 239-272.

[20] Cfr. ancora G. Origgi, *Le réputation*, cit., in part. pp. 44-112.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

permanenza del dato informativo rilasciato, che sono propri delle nuove ICT (*Information & Communication Technologies*), ma, più radicalmente, al mutamento *antropologico* che esse stanno determinando. Come osserva sempre Floridi, infatti, ormai «il mondo digitale online trabocca nel mondo analogico offline, con il quale si sta mescolando», tanto da poter affermare che già oggi (e sempre più in futuro) «in misura crescente conduciamo le nostre vite *onlife*»[21]. In questo contesto, quella di chi scrive è

> probabilmente l'ultima generazione a fare esperienza della chiara distinzione tra ambienti online e offline. […] Deleghiamo o esternalizziamo in misura crescente ad agenti digitali ricordi, decisioni, compiti di routine e altre attività con modalità che sono sempre più integrate con le nostre vite. […] La quarta rivoluzione concerne, in negativo, la nostra "unicità" appena perduta (non siamo più al centro dell'infosfera) e, in positivo, il nostro nuovo modo di comprendere noi stessi in quanto inforg. […] Le nostre ICT sono, di regola, più in gamba di noi e più capaci di svolgere funzioni in modo efficiente. […] E, proprio in conseguenza di questo, stanno modificando o creando l'ambiente in cui viviamo. Abbiamo iniziato a concepire noi stessi come inforg, non attraverso qualche trasformazione biotecnologica del nostro corpo, ma, più seriamente e realisticamente, attraverso la radicale trasformazione del nostro ambiente e degli agenti che vi operano. […] La quarta rivoluzione ha portato alla luce la natura intrinsecamente informazionale dell'identità umana. […] Nel lungo periodo, inforg *disindividualizzati* (siamo "un genere di") e *reidentificati* (siamo concepiti come lo specifico punto d'incontro di molti "generi di") possono essere trattati come beni da vendere e acquistare sul mercato della pubblicità. Possiamo diventare come le *anime morte* di Gogol', ma dotati di portafoglio. […] Non c'è una borsa valori per tali anime morte online, ma tanti Čičikov (il personaggio principale del racconto di Gogol') che vogliono acquistarle. […] Possiamo costruire, personalizzare e riappropriarci di noi stessi nell'infosfera per mezzo di blog, post su Facebook, pagine di Google, video su YouTube, album su Flickr, condividendo le nostre preferenze […] Usiamo e pubblichiamo informazioni che ci riguardano per diventare meno anonimi e irriconoscibili dal punto di vista informazionale [e al tempo stesso] vogliamo conservare un alto livello di privacy informazionale come se fosse l'unico modo di salvaguardare un prezioso capitale da investire in seguito pubblicamente (i pessimisti direbbero, da sperperare), per costruire la nostra immagine di individui facilmente riconoscibili e re-identificabili nella loro unicità. Mai nel passato la privacy informazionale ha avuto un ruolo così cruciale nella vita di milioni di persone[22].

Per questo l'attuale «società dell'informazione» è stata definita anche una «società della trasparenza», in cui gli individui, attraverso le onnipresenti ICT, «si espongono a partire da un bisogno interiore, senza alcuna co-

[21] Cfr. L. Floridi, *The Fourth Revolution*, cit., p. 47. Cfr. altresì Id. (ed.), *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer, Cham-London, 2015.

[22] Cfr. L. Floridi, *The Fourth Revolution*, cit., pp. 107-114.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

strizione esterna. *Producono sé stessi*, vale a dire: inscenano sé stessi», «bramano» la «luce dei riflettori» ormai a portata di un clic sull'onnipresente smartphone[23]. Questo contribuisce a dar vita a una «società della prestazione (*Leistungsgesellschaft*)» i cui cittadini non sono «"soggetti d'obbedienza" ma "soggetti di prestazione" (*Leistungssubjekte*)», ossia «imprenditori di se stessi. […] Il verbo modale positivo, proprio della società della prestazione, è il "poter-fare" (*Können*) illimitato». Il 'prezzo' di tale trasformazione antropologica è, per altro, anche la genesi di «soggetti depressi e frustrati»[24] dalla costante pressione a 'produrre sé stessi' e 'inscenare sé stessi' esercitata dal nuovo ecosistema digitale, in cui, tuttavia (e proprio a causa della sua struttura), «autenticamente liberi non sono gli esseri umani, ma le informazioni»[25]. Il nuovo «dispositivo indisciplinare», che «genera euforia» e «sigilla gli individui in una dimensione aporetica»[26], è funzionale a una massiva 'messa a reddito' della sempre più imponente (sul piano quantitativo, per quanto in genere sempre più scadente, sul piano qualitativo) 'produzione' informativo-comunicativa di ciascun individuo. Sempre più spesso

> un numero sempre più elevato di persone trascorre una quantità crescente di tempo a diffondere notizie sul proprio conto, interagendo digitalmente con altre persone […], entro un'infosfera che non è né interamente virtuale né soltanto fisica. […] Le ICT sono diventate […] [le] più potenti *tecnologie del sé* alle quali siamo mai stati esposti. […] Dovremmo gestirle con attenzione, poiché stanno modificando in maniera significativa i contesti e le pratiche attraverso le quali diamo forma a noi stessi. […] Il sé sociale è il principale canale attraverso cui le ICT, e in particolar modo i social media interattivi, esercitano il loro profondo impatto sulle nostre identità personali. Se cambiamo le condizioni sociali in cui viviamo, mutiamo la rete di relazioni e il flusso di informazioni di cui godiamo e ridisegnamo natura e novero dei limiti e delle possibilità che regolano come ci presentiamo al mondo e indirettamente a noi stessi, allora il nostro sé sociale può essere radicalmente aggiornato, avendo una ricaduta sulla concezione che abbiamo di noi, che finisce per conformare la nostra identità personale. […] L'intero fenomeno della costruzione dell'identità personale online […] è una questione concreta e urgente per un numero crescente di persone che trascorre ormai tutta la propria vita adulta su Facebook, Google+, LinkedIn, Twitter, blog, YouTube, Flickr e così via[27].

[23] Cfr. B.-C. Han, *Infokratie*, cit., p. 8.

[24] Cfr. B.-C. Han, *Müdigkeitsgesellschaft - Burnoutgesellschaft - Hoch-Zeit*, Matthes & Seitz, Berlin, 2010; 2016 (trad. it., Nottetempo, Milano, 2020), pp. 23-24.

[25] Cfr. Han, *Infokratie*, cit., p. 8.

[26] Cfr. G. Bottiroli, *Non sorvegliati e impuniti. Sulla funzione sociale dell'indisciplina*, in *Forme contemporanee del totalitarismo*, a cura di M. Recalcati, Bollati Boringhieri, Torino, 2007, pp. 137-140.

[27] Cfr. L. Floridi, *The Fourth Revolution*, cit., pp. 67-69. «È la generazione iperconsapevole di sé, che condivide attraverso social network e instant-messaging visioni e gusti personali, dettagli privati e persino esperienze intime, in una sorta di flusso continuo».

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Si è così creato un contesto comunicativo molto diverso dal passato, in cui erano più agevoli forme di 'segregazione' delle diverse espressioni del sé sociale e, quindi, delle differenti sfere reputazionali (professionale, familiare-amicale, politica, ecc.)[28]: oggi «viviamo in una singola infosfera, che non possiede alcun "fuori", e dove diventa più difficile distinguere le relazioni intra-comunitarie da quelle inter-comunitarie»[29], come pure contenere e circoscrivere gli effetti dannosi di comunicazioni (*lato sensu* diffamatorie) relative a una sfera della propria personalità sociale. E se è vero che le nuove ICT hanno aperto anche nuovi spazi di controllo sui propri dati e sulla propria reputazione – «per esempio, società di gestione della reputazione che monitorano e arricchiscono le informazioni concernenti un individuo o un marchio online stanno crescendo come funghi»[30] – è anche vero che questo tipo di 'management reputazionale'[31] richiede risorse e investimenti (in termini non solo economici, ma anche di competenze digitali e di psicologia sociale) ben lontane da quelle dell'utente medio di Internet.

A fronte di questo sconvolgimento epocale, prevenzione e repressione *penali* delle offese alla reputazione restano affidate a un microsistema di fattispecie sanzionatorie[32] – costituito, oggi, in tema di diffamazione, dagli artt. 595-599 c.p. e, fino alla dichiarazione di illegittimità costituzionale

[28] È infatti un dato di realtà empirico-sociologica che per ciascuno possano coesistere – e di fatto generalmente coesistano – varie reputazioni 'settoriali', differenziate in ragione delle diverse «cerchie di riconoscimento» (A. Pizzorno, *Il velo della diversità*, cit., 234) nelle quali ci si trova a interagire, sia perché le diverse cerchie possono presentare aspettative normative differenziate (cfr. anche G. Simmel, *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Dunker & Humblot, Leipzig, 1908, trad. it., Edizioni di Comunità, Torino, 1989, p. 460 ss.), sia perché la stessa persona può presentare una diversa attitudine a corrispondere alle aspettative di cerchie differenti (A. Pizzorno, *Il velo*, cit., p. 235), di modo che la sua inadeguatezza rispetto agli standard dell'una può essere controbilanciata, in tutto o in parte, dalla sua abilità nel soddisfare le aspettative di cerchie diverse. Da questo punto di vista, la più risalente concezione 'fattuale' dell'onore continua indubbiamente a cogliere nel segno: cfr. in part. E. Florian, *Ingiuria e diffamazione. Sistema dei delitti contro l'onore secondo il Codice penale italiano*, SEL, Milano, 1939, in part. p. 99 ss.; v. anche *supra*, nota 7.

[29] Cfr. L. Floridi, *The Fourth Revolution*, cit., p. 126.

[30] Cfr. L. Floridi, *The Fourth Revolution*, cit., pp. 129-130.

[31] Ormai da tempo 'scienza' a sé: cfr. ad es. D.L. Deephouse, *Media Reputation as a Strategic Resource: An Integration of Mass Communication and Resource-Based Theories*, in *J. Man.*, 2000 (26)6, pp. 1091-1112; J. Rayner, *Managing Reputational Risk: Curbing Threats, Leveraging Opportunities*, Wiley, Chichester, 2003; V.P. Rindova, I.O. Williamson, A.P. Petkova, J.M. Sever, *Being Good or Being Known: An Empirical Examination of the Dimensions, Antecedents and Consequences of Organizational Reputation*, in *Ac. Man. J.*, 2005 (48)6, pp. 1033-1049; S.V. Scott, G. Walsham, *Reconceptualizing and Managing Reputation Risk in the Knowledge Economy: Toward Reputable Action*, in *Org. Sc.*, 2005 (16)3, pp. 308-322.

[32] In merito al quale si rinvia, per maggiori dettagli e ulteriori riferimenti bibliografici, ai testi citati *supra*, nota 2.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

pronunciata nel 2021, dall'art. 13 l. 8 febbraio 1948, n. 47 e dall'art. 30, comma 4 della l. 6 agosto 1990, n. 223[33] (cui si affiancano, in tema di responsabilità del direttore di testata giornalistica, gli artt. 57-58 c.p.), e in tema di ingiuria dall'art. 4 commi 1 e 4 del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (il quale, come è noto, ha abrogato gli artt. 594 e 599 commi 1 e 3 c.p.) – che affonda le sue radici in un modello sociale e comunicativo lontanissimo dall'attuale. Il legislatore del 1930 si dimostra, infatti, pesantemente condizionato da una concezione ancora 'cetuale' o 'castuale' dei beni tutelati[34] (debitrice a modelli profondamente premoderni di 'società d'onore')[35], nell'orizzonte di una prevalente comunicazione intra-comunitaria, al più

[33] Con la sentenza n. 150 del 12 luglio 2021 la Corte Costituzionale ha infatti dichiarato l'illegittimità, per violazione dell'art. 21 Cost., nonché dell'art. 117, comma 1 Cost. in relazione all'art. 10 Convenzione EDU, dell'art. 13 l. n. 47/1948, in quanto la previsione, non già alternativa (come nell'art. 595, comma 3 c.p.), bensì cumulativa di pena pecuniaria e pena detentiva per l'aggravante integrata dalla condotta di diffamazione a mezzo stampa consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, determinando (in assenza di attenuanti ritenute equivalenti o prevalenti) «l'indefettibilità dell'applicazione della pena detentiva», rendeva tale disposizione «incompatibile con il diritto a manifestare il proprio pensiero». Infatti, «la necessaria irrogazione della sanzione detentiva (indipendentemente poi dalla possibilità di una sua sospensione condizionale, o di una sua sostituzione con misure alternative alla detenzione rispetto al singolo condannato)», replicata ed estesa alla diffamazione radiotelevisiva dal citato art. 30, comma 4 l.n. 223/1990, è divenuta «ormai incompatibile con l'esigenza di non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri». Come è noto, la pronuncia della Consulta si inserisce nel solco delle precedenti decisioni della Corte EDU nei casi *Belpietro c. Italia* (sez. II, 24 settembre 2013, ric.n. 43612/10) e *Sallusti c. Italia* (sez. I, 7 marzo 2019, ric.n. 22350/13). A commento cfr. rispettivamente, *ex plurimis*, F. Viganò, *Belpietro c. Italia: una pronuncia della Corte di Strasburgo in tema di (s)proporzione della sanzione detentiva inflitta a un giornalista*, in *Quad. cost*, 2014/1, pp. 177-181; U. Zingales, *Il "caso Belpietro" e la ricerca del giusto bilanciamento tra la libertà di espressione e il diritto alla reputazione*, in *Crit. dir*., 2013/2, pp. 231-245; S. Lonati, *Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del c.d. caso Sallusti in (perenne) attesa di un intervento del legislatore*, in *MediaLaws*, 2020/1, pp. 69-83; A. Salerno, *Diffamazione aggravata a mezzo stampa: profili di incostituzionalità dell'aggravante ex art. 13 della l. 8 febbraio 1948 n. 47 per violazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in «Critica del diritto», 2019/2, pp. 50-73; G. Corrias Lucente, *Il difficile percorso della Corte Costituzionale nella limitazione delle sanzioni penali per la diffamazione tra prescrizioni della Corte di Strasburgo e bilanciamento di valori costituzionali*, in *Dir. inf.*, 2021/3, pp. 480-485; A. Napolitano, *Il difficile bilanciamento tra libertà di informazione professionale e tutela della reputazione della persona. Riflessioni sulla dichiarazione di incostituzionalità della pena detentiva nei confronti dei giornalisti*, in *MediaLaws*, 2022/1, pp. 272-290.

[34] Sull'inestricabile compenetrazione del concetto stesso di 'onore' (diversamente da quanto possibile, invece, per quello di reputazione) con codici valoriali legati a un modello sociale rigidamente diviso in gruppi tra loro gerarchizzati occorre qui rinviare, per esigenze di sintesi, a Visconti, *Reputazione, dignità, onore*, cit., in part. pp. 155-354 e 505 ss.

[35] Cfr. per tutti K.A. Appiah, *The Honor Code: How Moral Revolutions Happen*, Norton & Company, New York, 2010 (trad. it., Cortina, Milano, 2011).

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

potenziata dai tradizionali media analogici. Un aspetto, questo, segnalato anche dalla scelta legislativa del criterio discretivo tra le due fattispecie, ossia presenza (ingiuria, fattispecie meno grave) o assenza (diffamazione, fattispecie più severamente punita) della persona offesa al momento dell'esternazione: un criterio improntato alla presunzione di una minore lesività della condotta ove l'individuo colpito abbia la materiale possibilità di una reazione 'difensiva' immediata[36]. Per non parlare poi della colorazione autoritaria alla radice della scelta originaria di tutelare la reputazione esclusivamente nel suo aspetto formale[37], ossia a prescindere dal suo fondamento di verità o meno[38].

[36] Cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*. *Relazione del Guardasigilli*, vol. V, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1929, p. 403: «Manifesta è la maggiore gravità obbiettiva del delitto di diffamazione, il quale produce alla persona offesa un più sensibile danno capace dei più ampi riverberi. Sotto altro riflesso è ancora evidente che la divulgazione delle offese rappresenta, solitamente, una manifestazione criminosa assai più malvagia, poiché esclude la possibilità di immediata reazione o di difesa del leso, il quale, se presente, potrebbe invece ritorcere le offese e contestarne la consistenza. Quest'ultima considerazione giustifica la disposizione [che] conserva il carattere di ingiuria, sebbene aggravata, all'offesa commessa in presenza del danneggiato e, insieme, di altre persone. Infatti, anche in tal caso la presenza dell'offeso, consentendo a costui di difendersi, attenua la influenza nociva, che le offese possono spiegare sull'opinione che le persone presenti abbiano del suo valore morale».

[37] Cfr. *Relazione del Guardasigilli*, cit., pp. 404-405: «Il problema [consisteva] nell'insanabile contrasto tra la mentalità liberale e democratica, che propugnava un illimitato diritto di censura, ed i principi, rigidi e semplici, dell'etica fascista, la quale, imponendo una revisione di tutti i valori, ha tenuto ad affermare la sicura e netta prevalenza di quelli sociali, primo fra tutti il rispetto e l'ossequio per l'Autorità, in rapporto con la disciplinata subordinazione dei diritti o interessi individuali. Partendo da tali principi politici ed etici […], la prova della verità per volontà consensuale delle parti è un assurdo logico e morale […]. Non può, invero, esser consentito a singoli individui distrarre l'Autorità giudiziaria dai suoi compiti essenziali, per farne il comodo arbitro delle proprie questioni morali. […] Consent[ire] un diritto privato di censura sull'attività dei pubblici ufficiali, è in manifesto contrasto con il sistema sociale e politico del Fascismo. Il prestigio dell'Autorità deve essere tutelato con il più inflessibile ed oculato rigore. […] Il Progetto, quindi, non riconosce agli individui un diritto di censura, né tanto meno di divulgazione di fatti attinenti all'altrui vita morale».

[38] Tra gli Autori che individuano due beni distinti (o, se si vuole, due estensioni distinte dello stesso bene), rispettivamente, nelle ipotesi di ammissibilità dell'*exceptio veritatis* (tutela riservata all'onore reale, o sostanziale che dir si voglia) e al di fuori del raggio applicativo della stessa (tutela estesa all'onore formale, o apparente) si vedano E. Gaito, *La verità dell'addebito nei delitti contro l'onore*, Giuffrè, Milano, 1966, in part. pp. 129-136; R. Pannain, *La natura giuridica dell'"exceptio veritatis" in un recente studio di Aldo Moro*, in *Arch. pen*., 1955, in part. pp. 21-22; Spasari, *Sintesi*, cit., in part. pp. 15-32; condividono la distinzione tra onore reale – tutelato nelle ipotesi di *exceptio veritatis* – e onore formale, pur non inquadrando le previsioni dell'art. 596 comma 3 c.p. come autonome fattispecie di reato, A. Moro, *Osservazioni sulla natura giuridica della "exceptio veritatis"*, in *Riv. it. dir. pen*., 1954, in part. p. 13 ss., e G. Vassalli, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 634; utilizza tale distinzione lo stesso Florian, *Ingiuria e diffamazione*, cit., pp. 33 ss. e 423 ss., secondo il quale, anzi, l'onore 'propriamente inteso' coinciderebbe

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Scelta, quest'ultima, che, paradossalmente, deve la sua salvezza, nel successivo contesto democratico, all'evoluzione personalistica e costituzionalmente orientata dell'interpretazione dei beni dell'onore e della reputazione, oggi sostanzialmente ancorati, come è noto[39], al valore della dignità umana (art. 3 Cost.), da proteggere – in linea di massima e salvo ovvie esigenze di bilanciamento con diritti fondamentali quali, *in primis*, quello alla libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.)[40] – contro ogni forma di mancanza di rispetto[41]. Proprio questo 'sfilacciamento' dei confini della reputa-

col solo onore reale, ossia corrispondente ai fatti. In giurisprudenza, fondamentale il riferimento a C. Cost. 5 luglio 1973, n. 103 (v. anche *infra*). Per una discussione più analitica del punto, e ulteriori riferimenti, ci si permette di rinviare, per esigenze di sintesi, a Visconti, *Reputazione, dignità, onore*, cit., pp. 580-597.

[39] Per approfondimenti e ulteriori riferimenti si vedano, ancora, i testi e gli Autori citati *supra*, note 2 e 7, nonché, da ultimo, la già richiamata (v. nota 33) sentenza C. Cost. n. 150/2021: «se è vero che la libertà di espressione – in particolare sub specie di diritto di cronaca e di critica esercitato dai giornalisti – costituisce pietra angolare di ogni ordinamento democratico, non è men vero che la reputazione individuale è del pari un diritto inviolabile, strettamente legato alla stessa dignità della persona».

[40] Cfr. ancora, per tutti, C. Cost. n. 150/2021: «Aggressioni illegittime [al diritto alla reputazione] compiute attraverso la stampa, o attraverso gli altri mezzi di pubblicità cui si riferisce l'art. 595, comma 3, cod. pen. – la radio, la televisione, le testate giornalistiche online e gli altri siti internet, i social media, e così via –, possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime. E tali danni sono suscettibili, oggi, di essere enormemente amplificati proprio dai moderni mezzi di comunicazione, che rendono agevolmente reperibili per chiunque, anche a distanza di molti anni, tutti gli addebiti diffamatori associati al nome della vittima. Questi pregiudizi debbono essere prevenuti dall'ordinamento con strumenti idonei, necessari e proporzionati, nel quadro di un indispensabile bilanciamento con le contrapposte esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e del diritto di cronaca e di critica in particolare».

[41] Emblematica resta, in tal senso, la posizione di C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, secondo il quale la proclamazione della 'pari dignità sociale' di tutti i cittadini all'art. 3 Cost. «pretende […], precisamente, che la società e ciascun membro di essa *non si elevi mai, in buona o mala fede, a giudice della altrui indegnità* e che non esprima con gli atti o con le parole, direttamente o attraverso il riferimento di determinati fatti ritenuti spregevoli, valutazioni negative sulle persone; e che al giudizio qualificato delle autorità non si aggiungano quindi espressioni del giudizio non qualificato della società, ed alle espressioni di condanna di quelle, nuove espressioni di condanna di questa. In base a questi principi accolti dalla nostra Costituzione, e non alla generica affermazione della democraticità dello Stato od a preconcette seppure diffuse teorie», tra cui l'Autore annovera «quella […] che sia decisivo il criterio della "utilità sociale delle critiche"», «dovrebbe perciò esaminarsi oggi il problema della estensione e dei limiti del diritto di cronaca e di critica degli innocenti, dei presuntivamente innocenti e dei legalmente condannati, e degli uomini privati e degli uomini pubblici (che in verità non costituiscono, come oggi si ritiene, due diverse categorie di uomini diversamente tutelati nella dignità e nell'onore). *Si dovrebbero rettificare perciò alla luce delle norme costituzionali le ricostruzioni delle norme vigenti ed a volta le stesse disposizioni di legge ordinaria come quelle relative alla eccezione della verità* ed alla falsità dei fatti», in relazione alla quale l'Autore osserva come la disciplina introdotta dal legislatore del 1930 risultasse

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

zione, a tutto vantaggio di una sua sostanziale sovrapposizione al concetto, assai più vago e inafferrabile, di dignità[42], è ciò che ha, per altro, consentito di applicare la fattispecie di diffamazione anche alla divulgazione di fatti perfettamente veri, ma attinenti alla vita privata della persona (con una chiara sovrapposizione con la diversa sfera della riservatezza)[43] e addirittura a quella di fatti veri e già noti al pubblico, ma ormai lontani nel tempo[44], a

«più rispondente al principio sancito dall'art. 3 della Cost.» rispetto a quella determinatasi a seguito della reintroduzione dell'*exceptio veritatis* nel 1944: «[l]a verità dei fatti, invero, non dovrebbe avere rilievo ai fini della condanna di *manifestazioni contrarie alla dignità sociale delle persone, sempre vietate, vere o false che siano*». In base a questo approccio, dunque, l'art. 3 Cost. «viet[erebbe] categoricamente ai singoli come semplici membri della società (e cioè in quanto non siano rivestiti di alcuna autorità, pubblica o privata, generale o particolare, istituzionale o accidentale) di esprimere giudizi di indegnità sugli altri uomini. Né è divietato al singolo di esprimere giudizi lesivi dell'altrui onore per le conseguenze che essi possano avere per l'estimazione dei colpiti presso gli altri membri della società (ché se così fosse dovrebbero essere interdette anche le condanne legali dell'autorità), ma […] è vietato in modo immediato e diretto, indipendentemente dalle conseguenze eventuali e riflesse (sugli altri membri della società e sul colpito), alla società e ad ogni membro come socio, di esprimere tali giudizi di indegnità (presente o meno l'offeso, presenti o meno terzi oltre l'offeso). Appunto perché *la Costituzione divieta in maniera diretta e specifica all'art. 3 giudizi sociali di indegnità* (e la pari dignità non è solo un ideale o un fine da raggiungere) quell'articolo esprime un limite alla libertà di manifestazione di giudizio e pensiero garantita generalmente dall'art. 21» (ivi, pp. 44-50, corsivi nostri), limite qui evidentemente inteso come assoluto, coerentemente, del resto, con una completa sovrapposizione tra onore/reputazione e dignità.

[42] Per una critica meglio argomentata a tale confusione e sovrapposizione concettuale è qui necessario rinviare, per motivi di sintesi, a Visconti, *Reputazione, dignità, onore*, cit., p. 505 ss.

[43] Per la distinzione logico-concettuale tra reputazione e riservatezza (entrambe riconducibili alla sfera dei diritti della personalità, ma chiaramente distinguibili tra loro) si rinvia ai contributi di molti degli Autori citati *supra* (in part. nota 7). Qui basti rilevare che la riservatezza, accomunata alla reputazione e distinta dal nome o dall'immagine per essere non già un *quid* oggettivo (i.e. un segno distintivo della persona immediatamente individuabile), bensì una relazione, una situazione del soggetto davanti alla sua comunità, dall'onore/reputazione tuttavia si distingue per la mancanza di qualsiasi carattere (anche solo potenzialmente) valutativo attinente a tale rapporto. La riservatezza, di per sé, riguarda, infatti, semplicemente un complesso di situazioni personali non destinate alla conoscenza altrui, quale che sia la loro eventuale potenzialità lesiva – ove divulgate – nei confronti dell'onorabilità del soggetto. Efficacemente, in questo senso, essa è stata sinteticamente definita uno «*ius excludendi alios* dalla intrusione nella propria sfera privata» (Pret. Roma, 11 gennaio 1989, in *Dir. inf.*, 1989/2, p. 498, con nota di G. Leo, *Diritto di cronaca e riservatezza nelle trasmissioni televisive di "informazione-spettacolo"*, pp. 503-512). Nella giurisprudenza in tema di diffamazione e diritto di cronaca è evidente come lo stesso sviluppo del parametro di legittimità della 'pertinenza' (su cui v. anche *infra*) sia strettamente legato all'aver accomunato, nell'oggetto della tutela della fattispecie di cui all'art. 595 c.p., reputazione e riservatezza (cfr. ad es., *ex multis*, Cass. p., VI, 26 giugno 1979, n. 5636; Cass. p., V, 6 febbraio 1998, n. 1473; Cass. p., V, 12 marzo 2002, n. 10135; Cass. p., V, 20 giugno 2019, n. 27616).

[44] Cfr. ad es. Cass. p., V, 24 novembre 2009, n. 45051, con note di A. Cerri, *Diritto di cronaca, diritto di revocare fatti passati versus diritto di riservatezza e diritto all'oblio*, in

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

tutela di quell'ibrido di reputazione, riservatezza e identità personale (attuale) che viene definito come 'diritto all'oblio'[45].

2. Proprio questa tutt'altro che chiara e razionale costruzione delle fattispecie di ingiuria e diffamazione[46], sul piano sia delle oggettività giuridiche tutelate, sia della stessa strutturazione degli illeciti in parola, sono, d'altro canto, ciò che ha consentito alla giurisprudenza di 'incorporare' fluidamente nel loro raggio applicativo condotte lesive inedite, inimmaginabili negli anni Trenta del secolo scorso, man mano che nuove tecnologie della comunicazione si presentavano sulla scena[47].

Crit. dir., 2009/3-4, pp. 236-238; P. Palermo, *Diffamazione e diritto all'oblio: equilibrio "elastico" tra tutela penale dell'onore e diritto di cronaca giudiziaria*, in *Riv. pen*., 2010/3, pp. 277-286 e 2010/5, pp. 526-535; S. Peron, *La verità della notizia tra attualità e oblio*, in *Resp. civ. prev*., 2010/5, pp. 1067-1073.

[45] Sul tema, alquanto complesso e articolato, non si può in questa sede che rinviare, *ex multis*, a T.A. Auletta, *Diritto alla riservatezza e "droit à l'oubli"*, in *L'informazione e i diritti della persona*, a cura di G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi, G. Cajazza, Jovene, Napoli, 1983, pp. 127-132; E. Gabrielli (a cura di), *Il diritto all'oblio. Atti del Convegno di Studi del 17 maggio 1997*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999; M. Iaselli, *I fondamenti e l'evoluzione del diritto all'oblio*, in *Stalking, atti persecutori, cyberbullismo e tutela dell'oblio*, a cura di G. Cassano, Wolters Kluwer, Assago, 2017, pp. 231-337; M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009; G. Resta, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma TrE-Press, Roma, 2015.

[46] Per un approfondimento rispetto alle critiche che sarà possibile sviluppare in questa sede ci si permette di rinviare a Visconti, *Reputazione, dignità, onore*, cit., pp. 317-395 e 505 ss. e ai riferimenti bibliografici ivi citati.

[47] Tra le pronunce 'fondative' cfr. in particolare Cass. p., V, 27 dicembre 2000, n. 4741 (con nota di E. Perusia, *Giurisdizione italiana anche per le offese online su un sito straniero*, in *Cass. pen*., 2001/6, pp. 1835-1840): «che i reati previsti dagli artt. 594 e 595 c.p. possano essere commessi anche per via telematica o informatica, è addirittura intuitivo; basterebbe pensare alla c.d. trasmissione via e-mail, per rendersi conto che è certamente possibile che un agente, inviando a più persone messaggi atti ad offendere un soggetto, realizzi la condotta tipica del delitto di ingiuria (se il destinatario è lo stesso soggetto offeso) o di diffamazione (se i destinatari sono persone diverse). Se invece della comunicazione diretta, l'agente "immette" il messaggio "in rete", l'azione è, ovviamente, altrettanto idonea a ledere il bene giuridico dell'onore. Per quanto specificamente riguarda il reato di diffamazione, è infatti noto che esso si consuma anche se la comunicazione con più persone e/o la percezione da parte di costoro del messaggio non siano contemporanee (alla trasmissione) e contestuali (tra di loro), ben potendo i destinatari trovarsi persino a grande distanza gli uni dagli altri, ovvero dell'agente. Ma, mentre nel caso di diffamazione commessa, ad esempio, a mezzo posta, telegramma o, appunto, e-mail, è necessario che l'agente compili e spedisca una serie di messaggi a più destinatari, nel caso in cui egli crei o utilizzi uno spazio web, la comunicazione deve intendersi effettuata potenzialmente *erga omnes* (sia pure nel ristretto – ma non troppo – ambito di tutti coloro che abbiano gli strumenti, la capacità tecnica e, nel caso di siti a pagamento, la legittimazione, a connettersi). Partendo da tale – ovvia – premessa, si giunge agevolmente alla conclusione che, anzi, l'utilizzo di internet integra una delle ipotesi aggravate di cui dell'art. 595 c.p. (comma 3: «offesa recata […] con qualsiasi altro mezzo di

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Senza particolari problemi le offese recate tramite SMS[48] o e-mail[49] indirizzati alla persona offesa sono state, infatti, ricondotte alla fattispecie di ingiuria, mentre quelle recate tramite testate giornalistiche online, blog, forum, bacheche virtuali e simili – ivi inclusi i sempre più pervasivi *social network* – a quella di diffamazione, aggravata, rispettivamente, dal «mezzo della stampa», nel primo caso[50], o dall'uso di «qualsiasi altro mezzo di pubblicità», nei restanti[51].

pubblicità»). Anche in questo caso, infatti, con tutta evidenza, la particolare diffusività del mezzo uscito per propagare il messaggio denigratorio rende l'agente meritevole di un più severo trattamento penale. Né la eventualità che tra i fruitori del messaggio vi sia anche la persona nei cui confronti vengono formulate le espressioni offensive può indurre a ritenere che, in realtà, venga, in tale maniera, integrato il delitto di ingiuria (magari aggravata ai sensi dell'art. 594 c.p. comma 4), piuttosto che quello di diffamazione. Infatti, il mezzo di trasmissione-comunicazione adoperato (appunto internet) certamente consente, in astratto, (anche) al soggetto vilipeso di percepire direttamente l'offesa, ma il messaggio è diretto ad una cerchia talmente vasta di fruitori, che l'addebito lesivo si colloca in una dimensione ben più ampia di quella interpersonale tra offensore ed offeso. D'altronde, anche per altri media si verifica la medesima situazione. Un'offesa propagata dai giornali o dalla radio-televisione è sicuramente percepibile anche dal diretto interessato, ma la fattispecie criminosa che, in tal modo, si realizza è, pacificamente, quella *ex* art. 595 c.p. e non quella *ex* art. 594. Peraltro, la diffusività e la pervasività di internet sono solo lontanamente paragonabili a quelle della stampa ovvero delle trasmissioni radio-televisive. Internet è, senza alcun dubbio, un mezzo di comunicazione più "democratico" (chiunque, con costi relativamente contenuti e con un apparato tecnologico modesto, può creare un proprio "sito", ovvero utilizzarne uno altrui). Le informazioni e le immagini immesse "in rete", relative a qualsiasi persona, sono fruibili (potenzialmente) in qualsiasi parte del mondo».

[48] Cfr. ad es. Cass. p., I, 17 maggio 2005, n. 18449; Cass. p., I, 29 maggio 2007, n. 21158; Cass. p., V, 2 novembre 2015, n. 44145.

[49] Cfr. ad es. Cass. p., V, 28 maggio 2009, n. 22421; si noti, tuttavia, che la diffusione a una *mailing list* di cui faccia parte *anche* la persona offesa è comunemente inquadrata nella fattispecie di diffamazione, essenzialmente in ragione della non contestualità del recepimento del messaggio nelle caselle di posta elettronica di destinazione (cfr. ad es. Cass. p., V, 16 novembre 2012, n. 44980; Cass. p., V, 8 aprile 2021, n. 13252). Per altro verso, la Suprema Corte ha anche precisato che l'invio di una e-mail dal contenuto diffamatorio a singole caselle di posta elettronica riservate non configura l'aggravante dell'uso di altro mezzo di pubblicità (su cui v. *infra*), in quanto tale condotta non comporta un'automatica diffusione a un numero indeterminato di soggetti, né sarebbe corretto confondere lo strumento informatico usato per trasmettere la comunicazione con la diffusività della stessa: cfr. Cass. p., V, 18 luglio 2023, n. 31179.

[50] Cfr. ad es. Cass. p., V, 17 aprile 2008, n. 16262; Cass. p., V, 20 settembre 2019, n. 38896.

[51] Cfr. ad es. Cass. p., I, 16 aprile 2014, n. 16712, con nota di S. Turchetti, *Diffamazione su Facebook: comunicazione con più persone e individuabilità della vittima*, in *Dir. pen. cont*., 8 maggio 2014 (online); Cass. p., V, 1° febbraio 2017, n. 4873, annotata da E. Birritteri, *Diffamazione e Facebook: la Cassazione conferma il suo indirizzo ma apre a un'estensione analogica in malam partem delle norme sulla stampa*, in *Dir. pen. cont*., 2017/4, pp. 286-289, e da F. Pisconti, *Diffamazione aggravata e "Facebook": la Cassazione si adegua alla (sua) svolta interpretativa*, in *Riv. pen*, 2018/2, pp. 173-175; Cass. p., V, 14 aprile 2021, n. 13979. V. anche *supra*, nota 47.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Una distinzione, quest'ultima, che ha permesso alla prassi di estendere solo alle prime le specificità della disciplina della diffamazione a mezzo stampa. *In primis* – fino alla richiamata pronuncia della Consulta del 2021[52] – l'applicabilità, almeno in linea di principio, dell'aggravante di cui all'art. 13 l.n. 47/1948 (divulgazione a mezzo stampa di un fatto determinato)[53]. Del pari, solo alle testate giornalistiche online sono state dichiarate applicabili (non senza critiche) le disposizioni in materia di responsabilità del direttore per omesso impedimento del reato di diffamazione[54] e, per

[52] V. *supra*, nota 33.

[53] Cfr. Cass. V n. 4873/2017, cit., la quale evidenzia come l'offesa recata attraverso una bacheca Facebook, pur dotata di rilevante diffusività, non può essere equiparata all'offesa recata «a mezzo stampa», suscettibile di applicazione dell'aggravante prevista all'art. 13 l.n. 47/1948, dal momento che i *social network*, a differenza delle testate giornalistiche online, non svolgono un'attività di informazione professionale diretta al pubblico. La pronuncia richiama testualmente, sul punto, le precedenti Sezioni Unite Fazzo (v. *infra*, nota 55), le quali ritennero compatibile col principio di legalità lo scostamento da un'esegesi letterale del termine 'stampa' e l'attribuzione allo stesso di «un significato evolutivo […] coerente col progresso tecnologico e, nel contempo, non […] estraneo all'ordinamento positivo, considerato nel suo complesso e nell'assetto progressivamente raggiunto nel tempo», al tempo stesso precisando che «l'esito di tale operazione ermeneutica non può riguardare tutti in blocco i nuovi mezzi, informatici e telematici, di manifestazione del pensiero (*forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list, pagine Facebook*), a prescindere dalle caratteristiche specifiche di ciascuno di essi, ma deve rimanere circoscritto a quei soli casi che, per i profili strutturale e finalistico che li connotano, sono riconducibili […] nel concetto di "stampa" inteso in senso più ampio». Il che a sua volta si traduce appunto nella necessità di distingue nettamente tra «l'area dell'informazione di tipo professionale, veicolata per il tramite di una testata giornalistica *on line*, dal vasto ed eterogeneo ambito della diffusione di notizie ed informazioni da parte di singoli soggetti in modo spontaneo» tipico di blog, forum, social network e simili. In seguito, l'applicabilità dell'aggravante in parola è stata riconosciuta, in relazione a un caso di diffamazione a mezzo di testata giornalistica online, da Cass. p., V, 11 gennaio 2019, n. 1275, commentata in modo sostanzialmente critico (in relazione al rischio di analogia *in malam partem*) da F. Cecchini, *La responsabilità del direttore di periodico telematico ex art. 57 c.p. tra divieto di analogia, "esigibilità" del controllo e prevedibilità dell'esito giudiziario*, in *Arch. pen. web*, 2019/2, e R.E. Mauri, *Applicabile l'art. 57 c.p. al direttore del quotidiano online: un revirement giurisprudenziale della Cassazione, di problematica compatibilità con il divieto di analogia*, in *Dir. pen. cont*., 28 febbraio 2019 (online). Critico anche F.P. Lasalvia, *Diffamazione via web nell'epoca dei social network*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, UTET, Torino, 2023, 2ª ed., in part. p. 356 ss.

[54] Tra le pronunce che escludono la possibilità di chiamare a rispondere l'amministratore di un sito internet, blog, forum, e simili, *ex* art. 57 c.p. proprio in ragione della ritenuta applicabilità di tale disposizione alle sole testate giornalistiche telematiche (laddove la sussistenza di una responsabilità a titolo di concorso eventuale *ex* art. 110 c.p. richiede la prova della sussistenza, nel caso di specie, di tutti gli elementi, oggettivi e soggettivi, di tale partecipazione attiva, materiale o morale) cfr. ad es. Cass. p., V, 16 aprile 2018, n. 16751, annotata da C. Pedullà, *L'amministratore di un sito Internet non è responsabile ai sensi dell'art. 57 c.p.*, in *Cass. pen*., 2018/11, pp. 3744-3749, e Cass. p., V, 24 febbraio 2021, n. 7220. La responsabilità *ex* art. 57 c.p., per omesso impedimento del reato di diffamazione

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

altro verso, solo a queste si applica la garanzia costituzionale di cui al comma 3 dell'art. 21 Cost. (divieto di sequestro fuori dai casi tassativamente previsti dalla legge)[55].

La costruzione legislativa delle fattispecie di ingiuria e diffamazione come reati a forma libera (si discute, poi, in dottrina, se connotati da un evento di danno o di pericolo, ma la questione è, come noto, sostanzialmente 'bypassata' dalla giurisprudenza, che, a scanso di difficoltà probatorie, si accontenta dell'accertamento di una generica idoneità offensiva delle condotte)[56] ha certamente contribuito alla facilità con cui le emergenti ICT – e più in generale tutte le condotte tenute utilizzando i nuovi strumenti digitali – sono state accolte e incorporate nella casistica giurisprudenziale. Così come, già in precedenza, tale assetto normativo aveva del resto permesso di includere modalità di aggressione non verbali (ingiurie commesse con gestacci o percosse dalla colorazione eminentemente umiliante, diffamazioni commesse tramite caricature e simili[57], ecc.), è oggi agevole 'coprire' i casi di diffusione di immagini o materiali audiovisivi digitali variamente 'diffamatori' attraverso i molteplici nuovi mezzi di comunicazione[58].

a mezzo stampa, è stata invece riconosciuta in capo al direttore di una testata giornalistica online dalla citata Cass. V n. 1275/2019 (v. *supra*, nota 53).

[55] Cfr. Cass. p., SU, 17 luglio 2015, n. 31022, la quale, pronunciandosi in tema di sequestro di giornali e altre pubblicazioni, ha ritenuto le testate giornalistiche telematiche funzionalmente assimilabili a quelle 'tradizionali' (in formato cartaceo) e, come tali, ricomprese nella nozione di «stampa» di cui all'art. 1 l. n. 47/1948, n. 47, dal che discende appunto l'impossibilità di sottoporre tali pubblicazioni online a sequestro preventivo, in caso di commissione del reato di diffamazione a mezzo stampa, in quanto prodotti editoriali sottoposti alla normativa, di rango costituzionale e di livello ordinario, che disciplina l'attività di informazione professionale diretta al pubblico. Viceversa (v. anche *supra*, nota 53), in tale ambito non rientrano altri mezzi di comunicazione digitali quali forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list, social media e simili, i quali dunque, malgrado la stretta relazione col diritto costituzionale di manifestazione del pensiero, non possono godere delle garanzie costituzionali relative al sequestro della stampa. L'interpretazione 'evolutiva' del concetto di 'stampa' adottata dalla Suprema Corte in questa occasione non è per altro andata esente da (ragionevoli) critiche in dottrina. Cfr., tra i numerosi commenti, G. Corrias Lucente, *Le testate telematiche registrate sono sottratte al sequestro preventivo. Qualche dubbio sulla "giurisprudenza legislativa"*, in *Dir. inf.*, 2015/6, pp. 1041-1052; L. Diotallevi, *La Corte di cassazione sancisce l'"equiparazione" tra giornali cartacei e telematici ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di sequestro preventivo: un nuovo caso di "scivolamento" dalla "nomofilachia" alla "nomopoiesi"?*, in *Giur. cost*., 2015/3, pp. 1062-1071; 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?*, in *Cass. pen*., 2015/10, pp. 3454-3480.

[56] Sul punto si rinvia, per esigenze di sintesi, ai numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali riportati nei testi citati *supra*, note 2 e 7.

[57] Cfr. ad es. Cass. p., VI, 20 aprile 1978, n. 4724; Cass. p., V, 16 marzo 1992, n. 2885.

[58] Cfr. ad. es. Cass. p., V, 27 luglio 2018, n. 36076, relativa alla diffusione online di fotomontaggi digitali.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Non solo la giurisprudenza italiana non ha incontrato difficoltà a ricondurre tutte le esternazioni offensive attuate, in senso ampio, 'a mezzo Internet' (tramite siti web, blog, social media e simili) alla fattispecie di diffamazione, ma si è adeguata alle peculiarità di tale nuovo ecosistema digitale istituendo, contestualmente, una *presunzione* in base alla quale il mero inserimento del contenuto su piattaforme online, «per [loro] natura destinat[e] ad essere normalmente visitat[e] in tempi assai ravvicinati da un numero indeterminato di soggetti», fa scattare l'integrazione del requisito della comunicazione «con più persone» *ex* art. 595 c.p.[59].

Contestualmente, e specularmente, l'adattamento alle peculiarità delle nuove tecnologie ha generato anche l'*ulteriore presunzione* in base alla quale, in assenza di prova contraria fornita dalla persona offesa, l'istante della pubblicazione online del contenuto asseritamente lesivo segna anche il *dies a quo* per il decorrere del termine per la proposizione della querela, coincidendo (asseritamente) con quello della conoscenza da parte della persona offesa dell'avvenuta diffusione del contenuto diffamatorio[60].

Un assunto indubbiamente legato (come pure la prima e speculare presunzione testé richiamata) a esigenze di semplificazione probatoria, che tuttavia offre un primo spunto di riflessione critica circa la reale effettività della tutela della reputazione da offese online garantita dal presente assetto normativo. Va notato, infatti, come tale presunzione di coincidenza tra pubblicazione e conoscenza da parte della persona offesa sembri non solo far proprio, ma addirittura *assolutizzare* – oltre ogni ragionevolezza – il ricordato mutamento antropologico da cittadino a 'inforg'[61] di ciascun consociato. L'individuo sembra, cioè, ricostruito concettualmente come una sorta di entità perpetuamente connessa e onnisciente, in grado di filtrare con fulminea tempestività ed esattezza la rete e le sue propaggini a caccia della minima menzione di sé. E mal gliene incolga, ove non sia sufficientemente abile a individuare tempestivamente le offese alla sua reputazione: la scure dell'improcedibilità calerà infatti su di lui, costringendolo a pagare il fio della propria 'inefficienza digitale'.

3. Il gap tra presunzioni giurisprudenziali e realtà esperienziale degli utenti della rete appena richiamato è solo il primo tra gli esempi di come, a uno sguardo più attento, la confusa – e in ultimo fallace – attuale strutturazione delle fattispecie di ingiuria e diffamazione (ciascuna in sé, e nei loro reciproci rapporti) in sede di applicazione delle norme non sia solo fonte di duttilità (seppur a spese del principio di legalità[62], il che non può certo es-

[59] Cfr. Cass. V n. 16262/2008, cit., e in generale le pronunce richiamate *supra*, note 50 e 51.

[60] Cfr. ad es. Cass. p., V, 25 luglio 2006, n. 25875; Cass. p., V, 14 giugno 2012, n. 23624; Cass. p., V, 18 settembre 2015, n. 38099; Cass. p., V, 9 giugno 2021, n. 22787.

[61] V. *supra*, nota 22.

[62] V. anche *supra*, note 53 e 55.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

sere considerato poca cosa), ma si riveli, in realtà, anche radice di una serie di problemi e, in ultimo, significativi vuoti di tutela.

Per proseguire e approfondire l'analisi di tali deficit, occorre tornare alla distinzione – sopra solo rapidamente richiamata – tra le fattispecie di ingiuria e diffamazione. Come è noto, il legislatore del 1930 decise di modificare profondamente l'impianto dei delitti contro l'onore ereditato dal Codice Zanardelli[63], il quale imperniava la distinzione tra i due reati sulla determinatezza (diffamazione: art. 393) o meno (ingiuria: art. 395) del fatto attribuito alla persona offesa, riservando alla presenza dell'offeso, nell'ingiuria, un ruolo espansivo della punibilità (rendendo, cioè, la condotta penalmente rilevante anche in assenza di comunicazione con più persone, e istituendo dunque un'eccezione alla normale tutelabilità della sola reputazione) e di aggravamento sanzionatorio (sull'assunto che una 'provocazione' alla presenza dell'offeso potesse scatenare un'*escalation* suscettibile di maggiore pericolosità complessiva). Viceversa, nel quadro normativo introdotto nel 1930, sul piano dell'oggettività giuridica il bene tutelato dall'ingiuria (dal 2016 illecito civile assistito da sanzione pecuniaria) è venuto identificandosi nel c.d. 'onore interno', ossia il sentimento della propria onorabilità o, se si vuole, della propria dignità personale, mentre oggetto di tutela nel delitto di diffamazione risulta prevalentemente il c.d. 'onore esterno', ossia l'immagine che gli altri hanno dell'onorabilità della persona, la sua reputazione[64]. Tale bipartizione troverebbe poi coerente rispecchiamento nella già richiamata differenza di costruzione delle fattispecie, con la presenza dell'offeso quale requisito di tipicità dell'ingiuria e, specularmente, la sua assenza, a fronte di una comunicazione del contenuto offensivo rivolta a più persone, quale necessario elemento strutturale della diffamazione.

A ben guardare, tuttavia, il legislatore non ha applicato tale partizione, concettuale e pratica, con rigore: all'ingiuria 'aggravata' (già *ex* art. 594 comma 4 c.p., e oggi più severamente sanzionata in sede civile) *ex* art. 4, comma 4, lett. f) d.lgs. n. 7/2026, infatti, e non già alla diffamazione, sono ricondotti i casi in cui la persona, presente, sia offesa «in presenza di più persone». Ma la *pubblicità* dell'offesa, sul piano logico, lega indubbiamente quest'ultima al profilo *esterno* dell'onore, ossia alla reputazione, la cui lesione dunque, in questo caso, si va a *sommare* all'offesa 'tipica' dell'ingiuria (i.e. quella al sentimento dell'offeso), a fronte, tuttavia, della paradossale scelta legislati-

[63] In tema cfr. A. Marongiu, *Diffamazione e ingiuria (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 480-481; Spasari, *Diffamazione*, cit., p. 482.

[64] Questa distinzione affonda le sue radici nella c.d. concezione fattuale dell'onore, prevalente all'epoca della redazione del Codice Rocco, che considerava l'onore nella sua dimensione empirica, di realtà psicologica e sociale (cfr. *supra*, note 2 e 28, nonché, specificamente, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, 5ª ed., VIII, UTET, Torino, 1986, pp. 505 ss. e 622 ss.; F. Antolisei, *Diritto penale. Parte speciale*, 14ª ed., I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 194; Spasari, *Sintesi*, cit., p. 6; Id., *Ingiuria e diffamazione*, cit., p. 482.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

va di *mitigare* – oggi in misura ancor più ingente, considerata l'irrilevanza penale delle ingiurie – il trattamento sanzionatorio della condotta malgrado il cumulo di profili di lesività. Questo, sul (discutibile) presupposto concettuale che l'essere presente garantisca automaticamente alla persona offesa un ridimensionamento della lesione al proprio onore, *sia* interno *sia* esterno, in ragione dell'(asserita) possibilità di immediata autodifesa che le sarebbe garantita dalla natura 'faccia a faccia' dell'interazione insultante[65].

Quest'ultimo 'nodo' viene oggi con decisione 'al pettine' delle ICT. Nell'ecosistema digitale, infatti, può essere assai arduo determinare con certezza se l'offesa sia avvenuta in 'presenza' o in 'assenza' della persona aggredita nella sua onorabilità, e infatti uno sguardo alla giurisprudenza rivela un quadro oscillante, in relazione soprattutto al tema delle condotte tenute in chat, quanto ad opzioni per l'una o l'altra fattispecie, come pure un certo affanno nei tentativi di applicare a questi scenari la 'vecchia' *ratio* distintiva tra le due fattispecie.

A titolo di esempio, si segnalano casi in cui condotte di questo tipo (e.g. offese recate in una chat vocale di Google Hangouts) vengono ricondotte alla fattispecie di ingiuria sulla base della considerazione che, in tali contesti, l'offeso sia «in grado di interloquire con l'offensore»[66] – laddove lo stesso uso del concetto di 'interlocuzione' appare, per così dire, 'troppo generoso', o quanto meno 'poco aggiornato', in un contesto digitale che consente a chiunque di 'mettere in muto' l'audio altrui, scollegarsi dalla comunicazione nella frazione di secondo necessaria a un clic, e così via. In altri casi, condotte analoghe sono state invece inquadrate nel delitto di diffamazione 'semplice' – ossia non aggravata dall'uso di un mezzo di pubblicità – avendo i giudici ritenuto WhatsApp «uno strumento di comunicazione di certo 'agevolante' ma al contempo 'ristretto', nel senso che il messaggio (di testo o immagine che sia) raggiunge esclusivamente i soggetti iscritti (e reciprocamente accettatisi) alla medesima chat»[67]: un'altra valutazione che, al di là delle specificità del caso concreto, non può non suscitare qualche perplessità di fronte all'esperienza empirica dell'estensione assai vasta di molti gruppi su tale piattaforma (e altre simili), nonché dell'estrema rapidità e facilità con cui qualsiasi utente coinvolto nello scambio è in grado di ricondividere, direttamente (inoltro) o indirettamente (tramite *screenshot*), i contenuti offensivi ivi diffusi[68], anche ove vengano cancellati dal mittente originario. Né maggiori

[65] V. *supra*, nota 36.

[66] Cfr. Cass. p., V, 31 marzo 2020, n. 10905, commentata da E. La Rosa, *Offese in videochat. La Corte di Cassazione si pronuncia sui rapporti tra ingiuria e diffamazione*, in *Giur. it*., 2020/7, pp. 1750-1756.

[67] Cfr. Cass. p., I, 14 settembre 2023, n. 37618, con commento di C. Rossi, *Non ricorre l'aggravante dell'uso di un mezzo di pubblicità nel caso di diffusione di un messaggio offensivo in una "chat" attraverso "WhatsApp"*, in *Cass. pen*., 2024/3, pp. 1006-1009.

[68] Un aspetto, quest'ultimo, che, in punto di puro diritto, correttamente la pronuncia in

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

certezze danno, in realtà, quelle pronunce che riconducono, in casi affini, il fatto all'ingiuria o alla diffamazione a seconda che la persona offesa fosse online o meno al momento dell'esternazione lesiva[69]: al di là della considerazione (per altro non secondaria) che l'inquadramento giuridico della condotta finisce così per dipendere da un 'accidente' non sempre prevedibile dall'autore al momento della condotta, non è, infatti, difficile prefigurarsi i problemi probatori legati a una tale opzione, specie ove l'evidenza della presenza dell'offeso non possa essere ricavata dalla sua immediata reazione. Reazione che, per altro, nel caso, avrà il paradossale effetto di 'ritorcerglisi contro' (in termini di conseguenze sanzionatorie per l'autore del fatto) nel momento in cui questi cercherà la tutela dell'ordinamento penale.

Il che ci riconduce al tema della 'cattiva costruzione' del microsistema normativo in esame: se, come sopra accennato, l'assunto che la 'presenza dell'offeso' riduca gli effetti lesivi della condotta è sempre parso poco fondato, e quindi la distinzione tra le due fattispecie sostanzialmente irrazionale, lo 'stress test' cui le nuove ICT lo sottopongono ne rende inevitabile l'implosione. L'impostazione prescelta dal nostro legislatore, infatti, finisce – da sempre – per creare un *onere* in capo alla persona aggredita nel suo onore, la quale, implicitamente, viene normativamente ritenuta *meritevole* di minor tutela laddove – per motivi soggettivi o oggettivi – *non sia*

discorso (v. nota 67) considera non pertinente («Non rileva, infatti, che il messaggio – destinato ad un numero ristretto di persone – possa essere inoltrato ad altri, posto che simile azione sarebbe opera del destinatario e non del mittente»), ma che tuttavia, da un punto di vista pratico – e, idealmente, in una prospettiva *de iure condendo* (v. *infra*) – non può non essere preso in considerazione nella valutazione dell'offensività *reale* delle condotte in esame.

[69] Cfr. Cass. p., V, 20 luglio 2022, n. 28675: «il Collegio osserva – reputandolo dato di comune esperienza, data la massiccia diffusione del sistema di messaggistica istantanea adoperato nel caso di specie – che la chat di gruppo di whatsapp consente l'invio contestuale di messaggi a più persone, che possono riceverli immediatamente o in tempi differiti a seconda dell'efficienza del collegamento ad internet del terminale su cui l'applicazione viene da loro utilizzata; i destinatari possono, poi, leggere i messaggi in tempo reale (perché stanno consultando, in quel momento, proprio quella specifica chat) e, quindi, rispondere con immediatezza ovvero, come accade molto più spesso, possono leggerli, anche a distanza di tempo, quando non sono *on line* ovvero, pur essendo collegati a whatsapp, si trovino impegnati in altra conversazione virtuale e non consultino immediatamente la conversazione nell'ambito della quale il messaggio è stato inviato. Se questo è, per quanto di specifico interesse in questa sede, il funzionamento del servizio di messaggistica istantanea che viene in rilievo in questo procedimento, se ne può inferire che la percezione da parte della vittima dell'offesa può essere contestuale ovvero differita, a seconda che ella stia consultando proprio quella specifica chat di whatsapp o meno; nel primo caso, vi sarà ingiuria aggravata dalla presenza di più persone quanti sono i membri della chat perché la persona offesa dovrà ritenersi virtualmente presente; nel secondo caso si avrà diffamazione, in quanto la vittima dovrà essere considerata assente». La citazione letterale illustra meglio di qualsiasi commento il carattere totalmente casuale, *e indipendente da qualsiasi scelta consapevole dell'autore della condotta*, della sussumibilità del singolo, specifico caso sotto l'una o l'altra fattispecie, malgrado la differenza in termini di conseguenze sanzionatorie.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

in grado di esercitare un'efficace autodifesa. L'assurdità di tale assunto è disvelata pienamente ove questo sia applicato – come attualmente *deve* essere applicato – agli ecosistemi digitali. In essi, infatti, sia per l'assenza di reale 'faccia a faccia' tra i 'contendenti'[70], sia, soprattutto, per il già richiamato, e impressionante, aumento della velocità degli scambi comunicativi, unito all'enorme maggior diffusività degli stessi, l'usuale posizione di svantaggio dell''aggredito' (è dato di comune esperienza che le accuse infamanti hanno una notevole capacità di 'restare attaccate' alle persone, a prescindere da ogni più valida 'difesa') viene esasperata oltre ogni misura.

A questo primo profilo di grave irrazionalità – e conseguente seria ineffettività – dell'attuale impianto della tutela sanzionatoria della reputazione se ne aggiunge un altro, legato alla già richiamata netta opzione del legislatore del 1930 per una tutela rigidamente *formale* della stessa. Vero è che anche il Codice Zanardelli poneva limiti all'operatività della c.d. *exceptio veritatis*, confinando la tutela della (sola) reputazione sostanziale (i.e., corrispondente alla realtà fattuale) a ipotesi circoscritte, selezionate in ragione del loro rilievo 'pubblicistico' (art. 394, comma 2, n. 1: persona offesa qualificata come pubblico ufficiale e fatto offensivo ad essa attribuito inerente all'esercizio delle sue funzioni), dell'esigenza di garantire la 'non contraddizione' dell'ordinamento (art. 394, comma 2, n. 2: pendenza o apertura di un procedimento penale per il fatto attribuito alla persona offesa) o del riconoscimento all'offeso della libertà di optare in questo senso, anche in vista di un più efficace ripristino della limpidezza della propria reputazione (art. 394, comma 2, n. 3). Tuttavia, il legislatore del 1930 eliminò, come è noto, anche queste ipotesi. Ne risultò un sistema impostato sulla tutela della reputazione 'a prescindere', puramente formale, coerente con un'idea autoritaria per cui compito dello Stato era prevenire ogni turbamento dello *status quo*[71]. A conferma di ciò, non è un caso che, alla caduta del regime, lo stesso d.lgs.lgt. 14 settembre 1944, n. 288 che introdusse la scriminante della reazione legittima ad atti arbitrari del p.u. (in relazione ai delitti di violenza o minaccia, resistenza e oltraggio a un pubblico ufficiale) reintroducesse anche le ipotesi di *exceptio veritatis* già contemplate nel Codice del 1889, con l'inserimento nell'art. 596 c.p. dei commi 3 e 4, tutt'ora vigenti, così nuovamente 'ritagliando' una protezione ristretta alla sola reputazione sostanziale almeno in tali casi[72].

[70] Cfr. anche P. Wallace, *The Psychology of the Internet*, 2nd edn., Cambridge University Press, Cambridge MA, 2016 (trad. it., Cortina, Milano, 2017), in part. pp. 134-148.

[71] V. *supra*, note 37 e 38.

[72] La ragionevolezza di tali eccezioni alla – normale – tutelabilità dell'onore formale fu affermata dalla Consulta con la già richiamata sentenza n. 103/1973: «le norme sull'*exceptio* non possono dirsi incostituzionali in quanto vulneranti il principio di garanzia dell'eguale dignità dei cittadini davanti alla legge: la tutela dell'onore sostanziale presenta una sua ragione di essere in quanto la si riguardi in sé o in relazione a quella di altri rilevanti interessi

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Nel dopoguerra, tuttavia, al legislatore mancò il coraggio di una riforma più radicale dei delitti contro l'onore, e lo spazio 'esimente' per la verità dei fatti addebitati fu individuato e modellato, come è noto, dalla giurisprudenza in tema di legittimo esercizio del diritto di cronaca (e di critica, in relazione alla base argomentativa dell'opinione espressa)[73]. In questo quadro – che è quello in cui tutt'oggi ci muoviamo – tuttavia, la verità dell'addebito non svolge un ruolo di circoscrizione della tipicità dell'offesa, bensì quello, concettualmente e strutturalmente diverso, di parametro di legittimità – insieme a quelli, concorrenti, della pertinenza (i.e. interesse pubblico) dell'esternazione e della continenza della forma espressiva usata – dell'esercizio della libertà di espressione (*ex* art. 21 Cost.) in funzione scriminante (*ex* art. 51, comma 1 c.p.). L'ordinamento continua, dunque, a essere impostato – tolte le ipotesi circoscritte di cui all'art. 596, comma 3 c.p. – su una tutela della reputazione *formale* (salva la possibile *liceità* della condotta diffamatoria, *tipica* anche quando consistente in addebiti perfettamente fondati, in presenza di *tutti* i presupposti di tali scriminanti). Un'impostazione, come si è avuto modo di osservare, in definitiva rafforzata dal progressivo slittamento interpretativo, in materia di oggettività giuridica tutelata, dall'originario approccio 'fattuale' all'attuale orientamento personalistico-costituzionale, che tende a sovrapporre reputazione e dignità.

Una tale impostazione è tutt'altro che 'fisiologica' e scontata: non solo negli ordinamenti di *common law* la stessa sussistenza del *tort* di *defamation* (o *libel*) richiede, costitutivamente, la *falsità* dell'addebito diffamatorio[74], ma,

concorrenti, tutela quest'ultima che è attuata attraverso la garanzia del rispetto della verità». In quest'ottica, la Corte ritiene sicuramente 'rilevante' «l'esigenza di carattere generale a che il pubblico ufficiale non si trinceri dietro lo scudo della tutela esteriore, ed invece si faccia interamente luce sull'addebito ed i cittadini possano esercitare un controllo sia pure indiretto sull'andamento della pubblica Amministrazione e sul comportamento del relativo personale, e quindi condizioni obiettive che ragionevolmente consigliano la tutela più ampia» (evidentemente, nel senso di 'più efficace' nel 'ripulirlo' dalla 'macchia' altrimenti sostanzialmente indelebile creata dall'allegazione diffamatoria) «dell'onore e della reputazione del pubblico ufficiale».

[73] La giurisprudenza in tema è ormai sterminata, e sarebbe estraneo agli scopi del presente contributo tentare di richiamarla qui anche solo in parte. Si rinvia quindi agli ampi riferimenti presenti nei testi citati *supra*, alle note 2 e 7.

[74] Come è noto, in tali ordinamenti il ruolo del diritto penale nella tutela della (sola) reputazione (essendo tradizionalmente considerato non meritevole di protezione giuridica il mero sentimento del proprio onore) è sempre stato del tutto marginale (per lo più confinato a casi di parziale sovrapposizione a interessi collettivi, quale quello a evitare un c.d. *breach of the peace*), ed è andato ulteriormente riducendosi (o sparendo) negli ultimi decenni. Per una discussione dettagliata, in particolare, degli ordinamenti inglese e statunitense ci si permette di rinviare, per esigenze di sintesi, a Visconti, *Reputazione, dignità, onore*, cit., pp. 397-466. In tema di *defamation* e nuovi mezzi di comunicazione digitali cfr. anche, specificamente, H.M. Dreibelbis, *Social Media Defamation: A New Legal Frontier amid the Internet Wild West*, in *Duke J. Const. L. & Pub. Pol.*, 2021 (16), pp. 245-278, nonché, per

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

restando ai sistemi che contemplano ancora un forte ruolo della tutela penale dell'onore e della reputazione, è sufficiente guardare oltralpe, all'ordinamento francese[75], per imbattersi in un modello molto diverso e, almeno ad avviso di chi scrive, più razionale. Qui, infatti, il discrimine tra ingiuria (art. 29, comma 2 LLP e art. R.621-2 c.p.) e diffamazione (artt. 29, comma 1 e 35, comma 3 LLP, e art. R.621-1 c.p.) è legato al consistere dell'offesa, rispettivamente, in un'attribuzione indeterminata – come tale non propriamente predicabile di 'verità' o 'falsità' (ingiuria) – oppure di un fatto diffamatorio falso e determinato (diffamazione), mentre la pubblicità o meno dell'offesa recata segna il confine tra natura delittuosa (artt. 29 e 35 LLP) o, al contrario, contravvenzionale (artt. R.621-1 e R.621-2 c.p.) dell'illecito (di ingiuria o diffamazione).

Come sopra accennato, l'attuale impostazione dell'ordinamento italiano sembra, almeno all'apparenza, avere portato benefici in termini di espansione della tutela, vieppiù 'apprezzabili' alla luce delle nuove sfide poste dalla 'quarta rivoluzione', la quale ha reso ancora più comuni, e più pervasive, offese 'ibride' ai diritti della personalità, e in particolare offese che, seppur più propriamente riconducibili alla sfera della riservatezza, per la particolare diffusività legata all'ecosistema digitale in cui avvengono presentano un tale impatto (almeno potenziale) sulla vita sociale delle persone da non poter essere certo liquidate come marginali o irrilevanti. Così, ad esempio, la giurisprudenza ha pacificamente ritenuto inquadrabile nel delitto di diffamazione la pubblicazione online di una sentenza di condanna penale nella quale, tuttavia, l'autore della divulgazione aveva evidenziato, graficamente e con chiose, i passaggi di testo relativi alla vita sessuale della persona offesa[76]; analogamente, è stata ritenuta punibile *ex* art. 595, comma 3 c.p. la condivisione su Internet, mediante un programma di condivisione *peer-to-peer*, di filmati riproducenti atti sessuali riferiti alla persona offesa[77]; ancora, è stata ritenuta riconducibile al delitto in parola la pubblicazione su Facebook di immagini fotografiche ritraenti una persona in pose pornografiche, allorché tale pubblicazione avvenga in un contesto e per destinatari diversi da quelli rispetto ai quali la persona stessa aveva in precedenza prestato il suo consenso alla pubblicazione[78].

un approfondimento sulla diffusione di *deepfake video* di natura pornografica, A. George, *Defamation in the Time of Deepfakes*, in *Col. J. Gen. Law*, 2024 (45)1, pp. 122-172.

[75] In cui la disciplina degli illeciti in esame si divide tra la *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse* (artt. 29-35 *quater*) e il Codice penale (artt. R621-1 e R621-1). Cfr. P. Conte, *Droit pénal spécial*, 5me ed., Lexis Nexis, Paris, 2016, p. 275 ss. Si vedano anche A.Gullo, *Diffamazione*, cit., p. 136 ss., e, più sinteticamente, Bisori, *I delitti*, cit., pp. 5-6.

[76] Cfr. Cass. p., V, 1° giugno 2021, n. 28634, commentata da A. Ievolella, *Pubblica una sentenza online e sottolinea le performances sessuali della persona coinvolta: condannato per diffamazione*, in *Dir. Giust*., 2021/144, p. 4.

[77] Cfr. Cass. p., V, 14 ottobre 2015, n. 41276.

[78] Cfr. Cass. p., III, 8 maggio 2019, n. 19659. È interessante notare come lo stesso principio sia poi stato 'riutilizzato' in relazione all'applicazione della sopravvenuta (con l. 19

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Se, dunque, la divulgazione di contenuti di per sé fattualmente fondati, ma non coperti da interesse pubblico (attuale), è allo stato perfettamente 'coperta' dalle fattispecie esistenti nella loro costante interpretazione giurisprudenziale, men che meno si può dubitare che lo sia la diffusione di materiali audiovisivi (non già illecitamente carpiti o divulgati, bensì, alla radice) creati o manipolati con strumenti di editing digitale o di I.A. E questo non solo nel caso in cui tali materiali abbiano a oggetto la sfera privata (per lo più, ma non necessariamente, sessuale) della persona offesa, ma anche in casi molto diversi, che possono andare dalla rappresentazione della persona mentre commette un'azione socialmente, moralmente o legalmente riprovevole che non ha mai commesso, alla manipolazione della sua voce per farle pronunciare frasi (razziste, oscene, ecc.) mai pronunciate, e così via.

Questo, tuttavia, non rende l'attuale impianto normativo veramente 'a prova di ICT', pur avendone indubbiamente favorito l'adattabilità ai nuovi scenari tecnologici. Oltre ai problemi di perimetrazione delle condotte tra ingiuria e diffamazione già evidenziati, infatti, il sistema mostra la sua arretratezza e inadeguatezza sotto altri profili, primo dei quali (duole osservare al penalista) quello sanzionatorio. Le vecchie categorie del «mezzo della stampa» e dell'«altro mezzo di pubblicità», infatti, sono totalmente inadeguate a dar veramente conto delle specificità, in termini di diffusività e potenziale illimitata accessibilità dei contenuti diffamatori (oggi esasperata dall'integrazione nei motori di ricerca di sistemi di I.A. generativa, in grado di annullare anche quel poco di effetto 'protettivo' garantito, in passato, dalla deindicizzazione)[79], delle moderne ICT. Inoltre, la bilanciabilità legata alla loro natura circostanziale le rende, al momento, pressoché del tutto neutralizzabili nel caso concreto, a seconda delle attenuanti eventualmente riconosciute come prevalenti o equivalenti – così rispecchiando, ancora una volta, un approccio che, se poteva ritenersi valido rispetto alle dinamiche dei mezzi di comunicazione analogici, lo appare molto meno ove rapportato all'ecosistema delle comunicazioni digitali.

Queste problematiche appaiono solo parzialmente attenuate a seguito della recentissima introduzione, a opera della l. 23 settembre 2025, n. 132, del nuovo delitto di «illecita diffusione di contenuti generati o alterati con sistemi di intelligenza artificiale» di cui all'art. 612 *quater* c.p. La fattispecie, collocata tra i reati contro la libertà morale con l'idea, nelle parole della Relazione illustrativa, di «offrire una tutela rafforzata della persona» dal «pregiudizio all'autodeterminazione ed al pieno svolgimento della perso-

luglio 2019, n. 69, c.d. *Codice rosso*) fattispecie di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti di cui all'art. 612 *ter* c.p. (cfr. Cass. p., V, 27 giugno 2024, n. 25516), a dimostrazione ulteriore della duttilità della 'vecchia' diffamazione.

[79] Cfr. per tutti A. Amidei, *Piattaforme e content moderation. Vecchi e nuovi problemi in tema di motori di ricerca, tra oblio e informazione*, in *Giur. it*., 2024/2, pp. 466-472.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

nalità derivante dalla diffusione di immagini, video, voci falsificati mediante sistemi di intelligenza artificiale», si presta a concorrere con il delitto di diffamazione, e non solo nei casi di c.d. *deepfake porn*. L'evento richiesto per l'integrazione del nuovo reato, infatti, è assai più ampio e generico – l'art. 612 *quater* c.p. richiede che sia cagionato un qualsiasi «danno ingiusto» alla persona offesa – di quello proprio della diffamazione (offesa alla reputazione, che per altro si è già visto essere per lo più declinata in termini di mero pericolo), mentre, per altro verso, la condotta – consistente nel cedere (anche a singoli, condotta irrilevante ai sensi dell'art. 595 c.p.), pubblicare o «altrimenti» diffondere (senza il consenso della persona offesa) «immagini, video o voci falsificati o alterati», specificamente «mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale», i quali siano «idonei a indurre in inganno sulla loro genuinità» – è connotata da una nota di falsità (addirittura duplice: genetica, quanto alla creazione *ex novo*, o alterazione, di contenuti non rispondenti a realtà, e attitudinale, quanto a idoneità ingannatoria nei confronti del fruitore del contenuto) del tutto aliena, come si è visto, alla diffamazione. In questi casi, anzi, il complessivo trattamento sanzionatorio rischia in teoria la sproporzione per eccesso (rischio, per altro, evitabile in pratica con un'applicazione oculata del cumulo giuridico *ex* art. 81 c.p.). Ma l'intervento legislativo in parola, a ben guardare, non incide affatto sulla sopra evidenziata debolezza strutturale del microsistema ingiuria-diffamazione in rapporto a tutte le altre forme di 'attacco' online (o, meglio, onlife) alla reputazione che non involgano la creazione e diffusione di *deepfakes* con le caratteristiche specificate.

Conclusivamente, l'attuale sistema degli illeciti a tutela dell'onore e della reputazione appare bisognoso, ad avviso di chi scrive, di un complessivo ripensamento (reso, semmai, ancora più urgente dall'introduzione di nuove, e non coordinate, disposizioni penali indirizzate a colpire il fenomeno dei *deepfakes* prodotti con sistemi di I.A.)[80]. Ragionando in termini di tutela

[80] Va infatti ricordato che lo stesso art. 26 della l. n. 132/2025 ha anche introdotto una circostanza aggravante comune all'art. 61 c.p., nuovo numero 11 *decies* (ma il legislatore pare aver dimenticato di aver *già* introdotto, nelle more dell'adozione della normativa in materia di IA, un numero 11 *decies*, di dubbia compatibilità costituzionale, con il d.l. 11 aprile 2025, n. 48 – c.d. pacchetto sicurezza – convertito con L. 9 giugno 2025, n. 80), applicabile ove il fatto di reato sia commesso «mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, quando gli stessi, per la loro natura o per le modalità di utilizzo, abbiano costituito mezzo insidioso, ovvero quando il loro impiego abbia comunque ostacolato la pubblica o la privata difesa, ovvero aggravato le conseguenze del reato». Appare quindi ragionevole domandarsi se, in un caso di diffamazione realizzata mediante diffusione di *deepfakes*, debba effettivamente ritenersi un concorso tra art. 595 c.p. e (nuovo) art. 612 *quater* c.p., o non piuttosto un caso di diffamazione aggravata *ex* art. 61 n. 11 *undecies* c.p. A una prima lettura, tuttavia, sembra doversi accordare rilievo preminente alla considerazione che l'IA, nello scenario in questione, interviene nella fase della *creazione* del contenuto lesivo della reputazione, fase di per sé estranea e indifferente alla condotta propriamente 'diffamatoria', in cui la comunicazione

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

della reputazione, perno della repressione penale dovrebbe essere il concetto di 'pubblicazione' del contenuto offensivo, mentre nessuna rilevanza dovrebbe avere la 'presenza' (reale o virtuale) dell'offeso. Questo non solo perché, come altrove meglio argomentato[81], in un ordinamento maturo e democratico il 'sentimento dell'onore' – troppo soggettivo, inafferrabile, e spesso legato a 'codici' culturali retrivi – non dovrebbe avere cittadinanza, ma soprattutto perché è la diffusività dell'addebito diffamatorio, a prescindere dalla reazione che la persona possa o meno avervi prestato nell'immediatezza, a rendere non solo concretamente afferrabile, ma anche dimensionalmente parametrabile, l'offesa, tanto da suggerire una differenziazione, già sul piano della tipicità (oltre che su quello sanzionatorio) delle fattispecie, tra forme di pubblicazione 'analogiche' e forme di diffusione 'onlife'.

Ma anche per altri aspetti una migliore perimetrazione dell'oggetto – o degli oggetti – della tutela penale sarebbe probabilmente, sul medio-lungo periodo, fonte di maggiore effettività del sistema. La reazione penale dovrebbe essere limitata, sul fronte della difesa della reputazione strettamente intesa, alla diffusione di addebiti offensivi falsi[82], eventualmente con apposita valorizzazione dell'accentuato potenziale decettivo legato all'uso di strumenti di IA nella *creazione* del contenuto mendace e diffamatorio (realizzando, quindi, una maggiore integrazione e un miglior coordinamento del sistema, rispetto a quanto risultante oggi, a seguito della l. n. 132/2025). Il tutto, salva l'individuazione di un'apposita, parallela tutela contro quegli attacchi alla riservatezza che, per la natura stigmatizzante (a torto o a ragione, ma comunque in relazione alla realtà socioculturale di contesto) dell'informazione illecitamente divulgata, siano a loro volta suscettibili di

con più persone, anche online (il che, come si è visto, integra l'aggravante di cui all'art. 595 comma 3 c.p.), non implica normalmente un (volontario) uso *strumentale* di sistemi di IA. L''insidiosità' del mezzo di IA si colloca, dunque, *a monte* della condotta diffamatoria (così come a monte di questa stanno le potenzialità di approfondimento dell'offesa alla reputazione tipiche dei più riusciti *deepfakes*), di talché sembra doversi concludere per un concorso tra art. 595 (per solito aggravato *ex* comma 3) c.p. e art. 612 *quater* c.p. (ovviamente a condizione che di questo ricorrano tutti i presupposti).

[81] Cfr. A.Visconti, *Reputazione, dignità, onore*, cit., p. 597 ss.

[82] L'inserimento della falsità dell'addebito tra gli elementi della tipicità, necessariamente coperti dal dolo, potrebbe forse (salvo il sempre presente rischio di un abuso strumentale della categoria del dolo eventuale) anche porre un argine a quel 'diritto vivente', giustamente stigmatizzato dalla Consulta nella richiamata sentenza n. 150/2021, che ha di fatto introdotto una fattispecie di diffamazione a mezzo stampa colposa, «condiziona[ndo] l'operatività della causa di giustificazione del diritto di cronaca nella sua forma putativa (art. 59, comma 4, cod. pen.) al requisito dell'assenza di colpa nel controllo delle fonti: ammettendo conseguentemente la responsabilità del giornalista per il delitto di diffamazione anche nell'ipotesi in cui egli abbia confidato, seppur per un errore evitabile, nella verità del fatto attribuito alla persona offesa». Per una rassegna di riferimenti giurisprudenziali di merito e legittimità in argomento si rinvia, ancora una volta, ai testi citati *supra*, note 2 e 7.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

esporre la persona offesa a una perdita di capitale sociale[83], in particolare ove connotati dalla particolare pervasività e diffusività legata all'utilizzo di ICT. Una tale razionalizzazione del quadro normativo ridurrebbe l'incertezza applicativa e le difficoltà probatorie complessive, migliorando il tasso di precisione e determinatezza del sistema e la sua compatibilità con i principi di offensività ed *extrema ratio*, il che – tra l'altro – restituirebbe legittimità anche ad eventuali scelte (consapevoli e mirate) di ricorso alla pena detentiva per quegli scenari eccezionali (e del tutto residuali) evocati dalla giurisprudenza EDU e costituzionale, quali «discorsi d'odio» o connotati da contestuale «istigazione alla violenza», o anche «campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della – oggettiva e dimostrabile – falsità degli addebiti stessi»[84].

4. Questa apertura a un ventaglio sanzionatorio differenziato, suscettibile di includere anche – rispetto a scenari di offensività estrema – la pena detentiva, non va però confusa con un affidamento fideistico nelle capacità preventive dello strumento penale. Al contrario, mai come nel contesto della 'quarta rivoluzione' e della dimensione 'onlife', quest'ultimo appare del tutto inadeguato, se non come 'elemento di chiusura' di un modello preventivo che dovrebbe puntare prima e prevalentemente sulla rimozione, o per lo meno sulla massima riduzione possibile, di quelli che la psicologia sociale definisce fattori 'sistemici' e 'situazionali' di genesi della devianza[85].

Come altrove osservato[86], è l'attuale design dell'ecosistema digitale a

[83] Come è stato osservato in dottrina, del resto, nell'ambito che qui interessa «spostare la dimensione della tutela da quella della reputazione e/o dell'onore a quella della riservatezza può aiutare a disincentivare meccanismi, consapevoli o inconsapevoli, di *victim blaming*. La reputazione di una persona non dovrebbe considerarsi a priori lesa per la messa in circolazione delle sue immagini sessualmente esplicite, poiché non è la condotta a inficiare la reputazione, ma la reazione sociale a tale condotta» (cfr. G.M. Caletti, *Habeas corpus digitale. Lo statuto penale dell'immagine corporea tra privatezza e riservatezza*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 230, nota 63).

[84] Cfr. C. Cost. n. 150/2021, cit. Nella giurisprudenza della Corte EDU si vedano, *ex multis*, oltre alle pronunce citate *supra* (nota 33), anche Gr. Ch., 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, ric.n. 33348/96; sez. I, 6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia*, ric.n. 19331/05; sez. II, 5 novembre 2020, *Balaskas c. Grecia*, ric.n. 73087/17.

[85] Cfr. per tutti P.G. Zimbardo, *The Lucifer Effect. How Good People Turn Evil*, Random House, New York, 2007 (trad. it., Cortina, Milano, 2008), in part. p. 293 ss., anche per tutti gli ulteriori riferimenti bibliografici, per i quali si rinvia altresì, *ex multis*, a M. Catino, *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, il Mulino, Bologna, 2009.

[86] Cfr. A. Visconti, *Alcune considerazioni criminologiche e politico-criminali sulle c.d. 'fake news'*, in *Jus*, 2020/1, pp. 43-71, cui si rinvia, per necessità di sintesi, anche per tutti gli ulteriori, puntuali riferimenti bibliografici. V. inoltre *supra*, nota 70.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

presentare una serie di fattori strutturalmente criminogeni – non solo in rapporto al reato di diffamazione, ma rispetto a tutte le possibili condotte illecite e lesive online – che vanno dall'anonimato, quanto meno percepito, degli utenti, al distanziamento fisico e psichico dalle conseguenze delle proprie azioni, all'eccessiva compressione dei tempi di azione-reazione, a meccanismi algoritmici di 'segregazione' in camere dell'eco che confermano (o rafforzano) l'individuo nella convinzione della validità dei propri assunti e delle proprie linee di condotta, e così via. In breve, quello digitale è, oggi, un ecosistema strutturalmente anomico, che in quanto tale favorisce circoli viziosi di crescente violazione delle regole[87], non solo giuridiche, ma di elementare civile convivenza.

Le recenti richieste di archiviazione nei casi Seymandi[88] e Segre[89], per

[87] Per 'contesto anomico' si intende qui qualsiasi ambiente che trasmetta la percezione di una diffusa, generalizzata violazione delle regole e quindi, implicitamente, anche quella di una diffusa tolleranza (sostanziale, se non ufficiale) per tali infrazioni: studi empirici hanno infatti dimostrati come in tali ambienti aumenti in modo statisticamente rilevante il numero di episodi di devianza. Per descrivere tale meccanismo si parla anche di '*broken window effect*'. Cfr. per tutti W.G. Skogan, *Disorder and Decline: Crime and the Spiral of Decay in American Neighborhoods*, University of California Press, Berkeley, 1990; M. Gladwell, *The Tipping Point: How Little Things Can Make a Big Difference*, Little, Brown, Boston, 2000; K. Keizer, S. Lindenberg, L. Steg, *The Spreading of Disorder*, in *Sci.*, 2008 (322)5908, pp. 1681-1685 (quest'ultimo studio, strutturato in modo da rendere possibile il confronto con un gruppo di controllo, è decisamente più significativo dei precedenti, basati su evidenze maggiormente aneddotiche, e comunque non in grado di escludere variabili indipendenti).

[88] Cfr. Trib. Torino, sez. GUP, ord. 20 gennaio 2025: la richiesta di archiviazione si fondava (oltre che sull'asserita impossibilità di individuare gli autori dei commenti offensivi postati sul profilo social della persona offesa) sull'asserita applicabilità della scriminante del diritto di critica, trattandosi di vicenda e figura pubblica e dovendosi considerare che «l'interpretazione del requisito della continenza non potrebbe non tenere conto dell'evoluzione della società e del suo linguaggio (soprattutto del linguaggio utilizzato sui social network), dovendosi adeguare a criteri più elastici, sino a ricomprendere anche l'utilizzo di espressioni "forti"»; posizione non accolta dal GUP, il quale, al contrario, considerato anche che le espressioni fatte oggetto di querela per diffamazione, nel caso di specie, «attengono tutt[e], in buona sostanza, alla morale sessuale femminile» (sostanziandosi in epiteti quali 'puttana', 'zoccola' e simili), e dunque «inquadrabili nell'ambito di comportamenti sessisti e discorsi d'odio realizzati con l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), cui la normativa comunitaria dedica particolare attenzione, ritenendoli forme di manifestazione del più ampio concetto di violenza sulle donne», non ha ritenuto configurabile la scriminante in parola. I commenti in esame, infatti, «proprio perché volti a stigmatizzare la parte lesa in funzione del genere, appaiono marcatamente discriminatori: essi non sono espressione di un giudizio meramente critico, ma appaiono basati su stereotipi di genere animati, in via esclusiva, da finalità offensive», cosa che «rende arduo, già dal principio, ravvisare un legittimo esercizio del diritto di critica». Seppur, quindi, il GUP «concord[i], in linea generale, sulla necessità di adeguare la valutazione del requisito della continenza al mutato contesto sociale e al luogo ove il commento viene espresso (Facebook)», nel caso di spece ritiene che «le parole scelte dagli autori appaiono oggettivamente sopra le righe

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

quanto certamente in parte dovute alla nuova, più elevata 'asticella' posta all'esercizio dell'azione penale dalla c.d. riforma Cartabia[90], e per quanto in ultimo 'rintuzzate' in sede di udienza preliminare, sono comunque sintomatiche di una montante presa di consapevolezza di quanto sia difficile pretendere l'osservanza delle 'vecchie' regole di condotta – in materia di continenza espressiva[91], ma non solo – in un contesto di interazione sociale

e inutilmente umilianti […] veri e propri insulti. I termini scelti non sono semplicemente inurbani o forti, ma volutamente e inequivocabilmente offensivi», anche per l'assenza, o comunque estrema distanza, del nucleo fattuale dal quale la 'critica' asseritamente prenderebbe le mosse, dal momento che «la critica presuppone pur sempre un ragionamento logico, ma se insulto immotivatamente, senza indicare il presupposto di fatto del mio giudizio, la frase resta diffamatoria».

[89] Cfr. Trib. Milano, sez. GUP, 28 aprile 2025: anche in questo caso, tolti i profili squisitamente probatori (inerenti alla difficoltà di ottenere la collaborazione dei provider nella raccolta delle informazioni necessarie all'identificazione degli autori dei commenti diffamatori postati su diverse piattaforme), il principale argomento avanzato nella richiesta di archiviazione riguarda le peculiari 'consuetudini comunicative' invalse sui social media, e la conseguente diversa declinazione che il parametro della continenza dovrebbe assumere ove si consideri che «è frequente nel dibattito politico l'utilizzo, per contrastare e stigmatizzare l'avversario politico, del termine "nazista", ovviamente in un senso differente rispetto a quello proprio e storico»; anche in questo caso, la posizione della pubblica accusa viene respinta dal GUP sul rilievo che, pur se «condivisibile nella sua valenza astratta, […] il ragionamento proposto non può invece essere calato nella peculiare vicenda in esame. A ben vedere, infatti, accusare di nazismo una reduce dai campi di sterminio integra di per sé il reato di diffamazione sia nei casi in cui tale epiteto viene esternato in modo apodittico e non argomentato, sia quando esso si accompagna a riferimenti che richiamano con spregevole ironia la vita nei lager». Inoltre, «la circostanza che espressioni offensive siano state formulate sul web non caratterizza la vicenda in termini di minor disvalore»: al contrario, proprio il caso portato all'attenzione del giudice «conferma che l'estrema diffusività dello strumento informatico genera spirali di odio e violenza che sono alimentate proprio dalla inescusabile leggerezza con cui gli utenti si lasciano andare a commenti diffamatori. Il numero impressionante di messaggi che si pongono ben oltre il limite più estremo della continenza non può determinare una sorta di assuefazione a un fenomeno che, invece, deve essere valutato secondo i consueti canoni di giudizio che regolano il confine fra diritto di critica e diritto all'onore. […] Il web non rappresenta un terreno franco dove ogni insulto è consentito e dove la reputazione degli individui può essere calpestata impunemente. Va ribadito che lo schermo di un computer non è una barriera che assicura l'anonimato e che la tastiera non è un'arma contro la quale non ci sono difese».

[90] Come è noto, a norma dell'art. 408, comma 1 c.p.p. come riformulato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 il pubblico ministero deve richiedere l'archiviazione «quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna», laddove in precedenza doveva farlo in presenza di una notizia di reato «infondata». Parallelamente, mentre in precedenza l'art. 425, comma 3 c.p.p. prevedeva la pronuncia di sentenza di non luogo a procedere «quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio», la nuova formulazione della norma fa riferimento ad elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari che «non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna».

[91] V. *supra*, note 87 e 88.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

e comunicativa connotato da tanti e tali elementi criminogeni, e di un conseguente disagio, anche da parte della stessa magistratura requirente, nel (continuare ad) affidare allo strumento penale un compito per il quale si rivela, oggi più che mai, così profondamente inadeguato.

In un contesto di questo tipo, infatti, è innegabile che la capacità di orientamento dei comportamenti della norma penale sia, allo stato, pressoché inesistente. Ecco allora irrompere prepotentemente sulla scena l'esigenza di ricorrere, prima di tutto, a quello che ancora Luciano Floridi definisce un «*design pro-etico*» dell'infosfera, ossia una «configurazione degli ambienti» in cui le persone interagiscono che possa «rendere più agevoli le scelte, le azioni o i processi etici», senza paternalismo, ma attraverso una strutturazione di partenza che possa «agevolare la *riflessione* da parte degli agenti coinvolti sulle loro scelte, azioni o processi»[92].

Non è questa la sede – né chi scrive avrebbe le competenze – per avanzare proposte dettagliate sul *quomodo* di tale design pro-etico[93], tanto più che «nelle società iperstoriche» qual è ormai la nostra «ogni regolamento che incide sul modo in cui le persone interagiscono con l'informazione è destinato […] a influenzare l'intera infosfera e l'habitat onlife in cui tali persone vivono»[94]. Questo richiede al legislatore (idealmente, sovranazionale, ma, al minimo, comunitario, vista la natura globale dell'infosfera stessa) non solo un'estrema cautela nel progettare ogni regolamentazione del sistema, la quale deve considerarne l'estrema complessità e interconnessione, ma anche la disponibilità

> a rivedere la propria decisione e strategia rapidamente, appena gli effetti sbagliati iniziano a manifestarsi. […] Non esistono leggi perfette, ma soltanto leggi che possono essere perfezionate più o meno facilmente. Un buon accordo relativo al modo in cui configurare la nostra infraetica dovrebbe includere una clausola concernente il suo tempestivo aggiornamento. […] Infine, è sbagliato credere che siamo come stranieri che intendono regolare un ambiente distinto da quello che abitano. […] Stiamo riparando la zattera su cui navighiamo […]. Proprio perché l'intero problema del rispetto, della violazione o applicazione dei diritti […] è una questione infraetica e ambientale per avanzate società dell'informazione, la cosa migliore da fare, per individuare la soluzione corretta, è di applicare al processo stesso il quadro infraetico e i valori etici che vorremmo vedere promossi da tale processo. Ciò vuol dire che l'infosfera dovrebbe regolare se stessa dall'interno e non da un impossibile esterno[95].

[92] Cfr. L. Floridi, *The Fourth Revolution*, cit., p. 218.

[93] Anche se almeno alcune misure volte, ad esempio, alla riduzione dell'anonimato percepito e della conseguente deresponsabilizzazione degli utenti, al rallentamento dei tempi di azione-reazione online, ecc., parrebbero abbastanza agevoli da immaginare e da implementare tecnicamente: cfr. ancora Visconti, *Alcune considerazioni criminologiche e politico-criminali*, cit.

[94] Cfr. L. Floridi, *The Fourth Revolution*, cit., pp. 223-224.

[95] Cfr. L. Floridi, *The Fourth Revolution*, cit., p. 224.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Questa esigenza, innegabile, di rapido e flessibile adattamento del quadro normativo alla continua emersione di nuovi scenari e alla stretta connessione di soggetto e oggetto della regolamentazione mette di per sé in luce come un adeguato tasso di efficacia della stessa non possa prescindere da una significativa componente di cooperazione da parte delle piattaforme oggetto della regolamentazione stessa.

Un approccio non facile, vista la sostanziale extraterritorialità di queste ultime, il potere economico e di orientamento dell'opinione pubblica da esse detenuto (di molto superiore a quello della maggior parte degli Stati) e la troppo frequente mancanza di adeguata comprensione tecnologica e sociologica dei fenomeni da regolare da parte del legislatore stesso, al quale spetta pur sempre definire la cornice valoriale di riferimento e un quadro minimo di doveri di *risk assessment* e *risk management* da parte dei soggetti regolati, nonché le strategie di risposta a eventuali violazioni. Strategie che, tuttavia, una volta abbandonata una prospettiva esclusivamente incentrata sull'individuo e sulla deterrenza – più arcaica e inadeguata che mai, nel quadro appena tratteggiato – e recuperati un più ragionevole orizzonte organizzativo e il riferimento a un più flessibile ed efficace modello di *responsive regulation* (in cui la componente punitiva non scompare, ma gioca un ruolo più ridotto e, al tempo stesso, più incisivo)[96], permetterebbero almeno di 'giocare una partita' che vede oggi, al contrario, l'ordinamento sostanzialmente confinato ai margini del terreno di gioco, quando non spettatore impotente sugli spalti all'esterno di questo.

[96] In tema non si può in questa sede che rinviare ai fondamentali scritti di J. Braithwaite, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*, in *Michigan Law Review*, 1982 (80)7, pp. 1466-1507; Id., *Convergence in Models of Regulatory Strategy*, in *Current Issues in Criminal Justice*, 1990 (2)1, pp. 59-65; I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1992, in part. p. 38 ss.; B. Fisse, J. Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 1993, in part. pp. 31 ss. e 138 ss. Nella dottrina italiana, e per ulteriori riferimenti, cfr. inoltre, per tutti, G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in Aa.Vv., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Giuffrè, Milano, 2009, in part. p. 212 ss., e G. Rotolo, *'Riconoscibilità' del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2018, in part. p. 215 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Charissa Volponi

Propaganda razzista e discorso politico antimmigrazione: verso una ricostruzione contestuale del fenomeno alla maniera di Strasburgo*

Sommario: 1. Il primato della libertà di espressione e la lotta internazionale all'*hate speech*. – 2. Il discorso antimmigrazione come razionalità di governo. – 3. Dignità, uguaglianza e bene giuridico nell'art. 604 *bis* c.p. – 4. Per una ricostruzione contestuale dell'offensività. - 4.1. La responsabilità dello *speaker* politico nella giurisprudenza EDU. – 5. Conclusioni.

1. Il grande afflato garantista che permea la libertà di manifestazione del pensiero nel nostro ordinamento fa si che essa, tra tutte, sia da intendersi come la libertà «fondamentale» e la «più alta»[1]. In termini non dissimili si esprime la giurisprudenza di Strasburgo, secondo la quale costituisce «una delle fondamenta essenziali di una società democratica», condizione imprescindibile per il progresso della collettività e lo sviluppo dell'individuo[2].

La sinergia tra la libertà del singolo nel formare e comunicare le proprie opinioni e la sua strumentalità per l'esistenza di un dibattito aperto e pluralista, non garantisce che essa sia sempre e comunque un fattore di rafforzamento della democrazia ma anzi, proprio perché incide sulle condizioni del discorso pubblico, può allo stesso modo concorrere a deteriorarle. Per quanto, dunque, la protezione alla libertà di espressione all'interno del dibattito politico debba beneficiare di una tutela particolarmente ampia, comprensiva anche di posizioni aspre, divisive o fortemente critiche sulle questioni sociali più delicate, a tale ampiezza non corrisponde una tutela incondizionata né sul piano costituzionale né su quello sovranazionale.

Si ripropongono così i termini di una questione che attraversa continuamente gli ordinamenti liberali contemporanei: se, in un sistema aperto e pluralista, la tolleranza debba estendersi anche ad espressioni radicali, ovvero se possano individuarsi limiti costituzionalmente giustificati rispetto

* Revisione della relazione tenuta al *webinar* del 23 febbraio 2026 dal titolo *La criminalizzazione della parola nel diritto penale di uno Stato di diritto nell'era digitale: possibilità e limiti in prospettiva nazionale e sovranazionale*, nell'ambito del progetto SAFI 3 della Scuola Superiore di Catania.

[1] C. cost., 28 aprile 1969, n. 84; C. cost., 3 luglio 1985, n. 126.

[2] Corte eur. dir. uomo, 7 dicembre 1976, Handyside c. Regno Unito; cfr. M. Oetheimer, A. Cardone, *Art. 10*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Cedam, Padova, 2012, p. 397 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

a espressioni ritenute incompatibili con i valori codificati nelle Carte dei Diritti nate sulle ceneri del secondo conflitto mondiale.

In questo spazio di irriducibile tensione, come molti altri ordinamenti anche quello italiano ha introdotto strumenti penalistici in attuazione di quegli elevati standard di tutela verso minoranze razziali, etniche o religiose provenienti dalle sollecitazioni del diritto internazionale e sovranazionale; in una prima fase tali obblighi trovavano il proprio fondamento nella Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (ICERD) firmata a New York del 1966, nonché nel coevo Patto sui diritti civili e politici (art. 26); sul piano europeo, successivamente, a questi strumenti si sono affiancati interventi di carattere strettamente normativo, come la Decisione Quadro 2008/913/GAI sulla criminalizzazione di talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia, e atti di carattere interpretativo quali le Raccomandazioni del Comitato dei Ministri che, più di recente hanno insistito sull'esigenza che gli Stati Membri adottino un «comprehensive approach» nella prevenzione e nel contrasto delle manifestazioni di odio razziale[3].

A ben vedere, è il settore della comunicazione politica a costituire il luogo del dibattito pubblico contemporaneo in cui si manifesta con maggiore evidenza la tensione tra libertà di manifestazione del pensiero e le sue restrizioni. Trattandosi del settore in cui più intensamente la libertà di espressione dispiega la propria funzione di sviluppo dell'ordinamento democratico, quale condizione del confronto tra posizioni divergenti, anche radicali, e strumento imprescindibile per la formazione della volontà collettiva, non sorprende che diverse organizzazioni internazionali attive nella tutela dei diritti umani abbiano da tempo richiamato l'attenzione sul ruolo svolto dagli speaker politici nella produzione e nella diffusione di un clima d'odio. In tale direzione, si collocano anche le raccomandazioni del CERD che, «expressed deep concerns about racist discourse in politics […] and the immunity that has shielded parliamentarians who have made racist remarks» e già da tempo, ha ribadito all'Italia la necessità di assicurare che ogni individuo «including politicians at all levels, are held accountable and sanctioned for the dissemination of ideas based in racial superiority or hatred».

Negli studi sociologici di settore tale dinamica viene descritta attraverso la categoria dell'*hyperpolitical hate speech*, formula con cui si allude a manifestazioni di odio pronunciate da leader di partito, candidati o pubblici ufficiali, la cui specificità non risiede soltanto nel contenuto del messaggio ma nella posizione di autorità di chi lo esprime[4]. In qualità di *opinion-for-*

[3] Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, Raccomandazione R (97) 20, relativa al «discorso dell'odio» (*hate speech*), 30 ottobre 1997; Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, Raccomandazione CM/Rec (2022)16, sul contrasto al discorso dell'odio, 20 maggio 2022.

[4] A. Brown e A. Sinclair, *The politics of hate speech laws*, Routledge, London-New York, 2020, p. 24.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

mer, il *leader* politico dispone di una capacità di influenza tale da trasformare pregiudizi marginali in atteggiamenti socialmente accettati, incidendo in modo determinante sulla costruzione del consenso.

In questo settore, la questione tradizionale sui confini della libertà di manifestazione del pensiero e il paradosso della tolleranza all'interno degli ordinamenti costituzionali moderni si ripropone dirompente ma con una fisionomia inedita quando la protezione dell'espressione non viene più invocata come baluardo dell'emancipazione delle minoranze, come nel caso dei reati di opinione, ma opera come strumento attraverso cui la maggioranza stessa consolida la propria posizione di potere, stigmatizzando e marginalizzando gruppi minoritari.

Sul piano delle opinioni espresse dal *leader* politico, dunque, il dilemma si fa peculiare: sanzionare tali condotte espone al rischio di compromettere il *political speech*, componente essenziale del confronto democratico; lasciarle impunite può contribuire alla normalizzazione dell'ostilità e alla sua sedimentazione in pratiche discriminatorie ai danni di gruppi minoritari.

In questa prospettiva, il discorso sui confini della libertà di manifestazione del pensiero rispetto ad un'eventuale sua restrizione, si intreccia con la necessità di comporre una pluralità di interessi potenzialmente confliggenti che trovano nel bilanciamento il terreno impervio della mediazione[5].

In un sofisticato gioco di equilibri, anche la Corte di Strasburgo aveva riconosciuto ampiamente la promozione del dibattito politico quale caratteristica essenziale delle società democratiche, imponendo agli Stati un margine di apprezzamento particolarmente ristretto per le restrizioni alla libertà di espressione e al libero gioco del discorso politico[6]; nondimeno, è proprio in tali contesti che l'impatto di discorsi razzisti e xenofobi risulta più dannoso; sicchè pur avendo diritto di difendere le proprie opinioni, anche se offensive o disturbanti, «il est d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance»[7].

Il problema, allora, non riguarda soltanto l'individuazione del confine tra critica politica e condotte di propaganda penalmente rilevanti ma investe la definizione stessa della responsabilità pubblica nel bilanciamento tra interes-

[5] Cfr. A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa? I reati di opinione nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 17 ss.; C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, Torino, p. 55 ss.

[6] *Ex multis* Corte eur. dir. uomo, 12 luglio 2001, Feldek c. Slovacchia, § 83; Corte eur. dir. uomo, 25 marzo 1993, Tête c. Francia, § 63; Corte eur. dir. uomo, 16 luglio 2009, Willem c. Francia, § 32; Corte eur. dir. uomo, 7 novembre 2006, Mamère c. Francia, § 20; Corte eur. dir. uomo, 15 maggio 2023, Sanchez c. Francia, § 146.

[7] Corte eur. dir. uomo, 6 luglio 2006, Erbakan c. Turchia, § 64; contesto elettorale cfr. Corte eur. dir. uomo, 27 giugno 2007, Desjardin c. Francia, § 48; Corte eur. dir. uomo, 11 aprile 2006, Brasilier c. Francia, § 42.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

si confliggenti, quali la dignità e i presupposti di una convivenza democratica pluralista; viene così in rilievo, accanto ad un profilo strettamente repressivo, una dimensione ulteriore e, a nostro avviso, essenziale: la responsabilità simbolica dei soggetti che, per il ruolo istituzionale o politico rivestito, orientano la qualità del discorso pubblico, potendo legittimare pratiche discriminatorie in contesti giuridici e sociali attraversati tensioni pervasive.

2. Lungi dal rappresentare un mero eccesso del dibattito pubblico contemporaneo, le dichiarazioni fondate sull'appartenenza razziale, etnica o religiosa, devono essere trattate come una componente strutturale della razionalità di governo delle migrazioni. Per coglierne la reale portata, specie quando siano utilizzate dagli *speaker* politici a sostegno di politiche di contrasto all'immigrazione, esse vanno osservate nella più ampia narrazione politico-mediatica sviluppatasi in risposta all'intensificarsi della mobilità umana nello spazio europeo dalla fine del secolo scorso.

La rappresentazione del fenomeno migratorio come problema di sicurezza e fonte di minaccia ha inciso sulla definizione delle agende di governo europee e nazionali, ridefinito le identità dei principali attori politici e favorito una convergenza crescente tra sistemi di controllo amministrativo e dispositivi sempre più coercitivi[8].

Tra le distorsioni più rilevanti del discorso politico antimmigrazione vi è, anzitutto, la tendenza a trattare l'irregolarità come un dato naturale o spontaneo, anziché come il risultato di precise scelte normative e istituzionali attraverso cui la mobilità viene classificata, distinguendo tra ingressi e permanenze legittime e altre forme di soggiorno solo ricondotte all'area dell'irregolarità, come accade, in non pochi casi, per gli stessi richiedenti asilo[9]. La narrazione della migrazione come invasione incontrollata risulta tanto più significativa se si considera che l'identificazione tra irregolarità e violazione materiale della frontiera è empiricamente fuorviante, posto che una parte considerevole delle presenze irregolari deriva dal fenomeno degli *overstayers*, cioè da soggetti entrati regolarmente e rimasti oltre la scadenza del titolo di soggiorno[10].

Anche in Italia, l'insistenza politico-retorica sugli sbarchi e sulle operazioni di soccorso in mare da parte delle ONG assolve dunque a una fun-

[8] J. Stumpf, *The Crimmigration Crisis: Immigrants as Guilt by Association*, in *Villanova L. Rev.*, 2006; M. Sklanksy, *Crime, Immigration, and* Ad Hoc *Instrumentalism*, in *New Crim. L. Rev.*, 2012; v. anche G. Fabini, V. Ferraris e A. Sbraccia, *Migrazioni, criminalità, criminalizzazione*, in T. Pitch (a cura di), *Dev. Quest. crim.*, Roma, 2022, pp. 81-102.

[9] M. Ambrosini, *L'invasione immaginaria: l'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Laterza, Roma-Bari, 2020, p. 142; cfr. A. Dal Lago, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 2004.

[10] sul punto v. S. Spencer e A. Triandafyllidou (eds.), *Migrants with Irregular Status in Europe: A Multi-faceted and Dynamic Reality*, Cham, Spring, 2020.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

zione che trascende la mera descrizione del fenomeno, contribuendo piuttosto a veicolare una figura specifica di immigrato: quella del soggetto che infrange la frontiera e incarna simbolicamente l'idea di illegalità e minaccia. In questo quadro, il tema della criminalità straniera costituisce un argomento ulteriore della degenerazione del discorso politico mediatico, e più precisamente, della produzione di forme di ostilità istituzionalmente veicolate nei confronti della popolazione immigrata, il cui retroterra culturale e valoriale risiede nella percezione del migrante quale 'altro' minaccioso, soggetto deviante e indesiderato, capace di catalizzare paura sociale e di mobilitare consenso[11].

Quando la figura del migrante viene stabilmente inscritta nelle categorie dell'abuso, della clandestinità, dell'invasione o del pericolo per la sicurezza collettiva, il linguaggio politico non si limita al piano della rappresentazione, ma concorre alla produzione di un'immagine pubblica dell'alterità come minaccia; così facendo, evoca emozioni identitarie, rafforza la coesione dell'*in group* e, al contempo, costruisce e stigmatizza i membri di un gruppo esterno come portatori di caratteristiche incompatibili con l'ordine sociale dominante. A questo livello, la parola ostile cessa di essere espressione di un'ideologia ma assume una vera e propria forza performativa, capace di alimentare processi di esclusione e di subordinazione.

Risuonano, in questa direzione, le riflessioni sviluppate dalla *Critical Race Theory*, che, con riferimento al discorso razzista, hanno cercato di metterne a fuoco i profili eziologici di dannosità sociale, intesa come perpetuazione di gerarchie sociali, con il merito di sottrarlo alla sola dimensione simbolica della riprovazione morale e di ricondurlo entro processi causalmente apprezzabili[12]. Trasporre, tuttavia, queste acquisizioni al discorso anti-immigrazione o islamofobico pronunciato da leader politici in opposizione alla presenza straniera sul territorio impone di confrontarsi con un dato, per un penalista, al tempo stesso ovvio e inquietante: la parola può produrre effetti sociali senza 'causare' eventi in senso materiale e, nondimeno, incidere sugli assetti di libertà e di eguaglianza[13].

In altri termini, il discorso anti-immigrazione costituisce un banco di prova privilegiato per misurare i confini della criminalizzazione della parola ostile: proprio nei casi in cui l'ostilità verso *l'out-group* tende a mimetiz-

[11] E. Di Molfetta e F. Quassoli, «*Gli africani di colore, per dire, mai visti dediti al taccheggio!» Riflessioni critiche sulla costruzione dell'alterità in ambito penale*, in *St. Quest. Crim.*, 2, 2025, pp. 61-79.

[12] Per un'analisi delle tesi della Critical Race Theory (CRT) in relazione alla libertà di espressione v. G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir*, XXXIX, 2, 2008, pp. 287-305.

[13] Cfr. S. Post, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Armando Editore, Roma, 2011, p. 112.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

zarsi in linguaggi di policy, sicurezza, emergenza, contenimento, finendo con il legittimare pratiche di controllo sociale sempre più invasive, la qualificazione giuridica del fenomeno alla stregua dell'*hate speech* si fa infatti ancor più problematica[14].

È precisamente in questo spazio di tensione che si avverte con maggiore intensità l'esigenza di elaborare criteri interpretativi realmente capaci di governare le interazioni xenofobe che attraversano il dibattito pubblico, politico e digitale contemporaneo; in tale prospettiva, adottare una lettura sistemica del linguaggio impiegato nel dibattito politico di opposizione, più che estendere indiscriminatamente l'area della punibilità dell'*hate speech*, consente di spostare l'attenzione sulla qualità dell'offesa che tali messaggi sono in grado di produrre e rende, per ciò stesso, ancora più avvertita la necessità di una riconversione ermeneutica della propaganda razzista, in chiave di maggiore specificazione e concretizzazione del pericolo generato dalla singola condotta.

3. In risposta alla crescente attenzione che il tema dell'*hate speech* ha registrato sul piano internazionale, anche l'ordinamento nazionale ha progressivamente affinato, almeno formalmente, l'arsenale penalistico a disposizione[15]. Limitando qui l'osservazione alle espressioni che compongono il dibattito pubblico sul contrasto all'immigrazione, vengono in considerazione le disposizioni oggi confluite nell'art. 604 *bis* c.p. che consentono di punire, da un lato, la "propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico", dall'altro, l'istigazione "a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Il richiamo agli obblighi internazionali di contrasto all'*hate speech,* se da un lato rafforza l'esigenza di assicurare elevati standard di tutela contro le manifestazioni di odio, dall'altro non esime dall'interrogarsi sulla coerenza sistematica e sui limiti di un intervento di natura penale in materia: in un contesto di tensione tra libertà costituzionalmente garantite, non può essere risolta in via astratta sul piano della meritevolezza dell'intervento repressivo rispetto a valori socialmente condivisi, ma impone di soffermarsi sulla configurazione del bene giuridico tutelato, sulla natura dell'offesa prodotta dalla singola condotta che si intende sanzionare e, più in generale, sulla compatibilità del reato con i principi che dovrebbero orientare un diritto penale costituzionalmente conforme.

[14] Cfr. R. Bartoli, *Razzisti per legge. L'Italia che discrimina*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 58; A. Spena, *La parola (-odio). Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Crim.*, 2017, p. 593 ss

[15] dalla c.d. legge Mancino (d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con modif. in l. 25 giugno 1993, n. 205), passando per la l. 24 febbraio 2006, n. 85, sino alla trasposizione nel codice penale ad opera del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, v. per tutti L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene Editore, Napoli, 2019.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Muovere da queste esigenze impone innanzitutto prendere atto che, in questo settore inedito dell'ordinamento penale, il fondamento dell'incriminazione non risiede più nei termini tradizionali della tutela dell'ordine pubblico o della pacifica convivenza, come nei casi classici di reati di opinione[16], ma tende a spostarsi strutturalmente verso la salvaguardia dell'identità e del riconoscimento dei gruppi minoritari connotati da caratteristiche protette. Di qui la prospettiva, ampiamente coltivata in dottrina, di interpretare la repressione della propaganda razzista come forma di tutela della dignità, tanto del singolo discriminato in ragione della sua appartenenza a un gruppo, quanto della dignità del gruppo stesso[17].

Tra approssimazioni retoriche e sentimentalismo, tuttavia, voler rintracciare nella dignità l'unico bene giuridico tutelato rischia di funzionare come una clausola generale capace di giustificare qualunque forma di incriminazione, finendo per aggirare, sotto l'etichetta consolatoria del bene giuridico e di interessi dall'indiscutibile valore assiologico, la difficoltà di individuare con precisione la struttura dell'offesa e di stabilire se la norma sia volta a prevenire un danno ovvero un semplice pericolo. Non a caso, una parte della dottrina ha insistito sulla scarsa afferrabilità e sulla ridotta consistenza empirica di una simile ricostruzione, osservando come, sul piano dell'accertamento, la lesione della dignità verrebbe ad apparire immanente alla realizzazione del fatto tipico, mentre il pericolo che dall'espressione discriminatoria si consolidino trattamenti antiegualitari per gruppi di minoranza individuati sulla base dell'appartenenza costituirebbe un profilo lesivo soltanto eventuale e secondario[18].

Una lettura siffatta restituisce, in definitiva, il ritratto di un diritto penale sospeso tra tutela dei sentimenti e funzione pedagogico-promozionale, nel quale il ricorso al reato funziona come grande regolatore delle turbative prodotte dai conflitti della modernità, più che come strumento di reazione a lesioni concretamente individuabili; un'impostazione che non solo richiede di tollerare una funzione meramente sedativo-simbolica del diritto penale, ma si accontenta di un'azione meno efficace di quanto non si proclami[19].

[16] A. Spena, *Libertà d'espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2007, p. 689 ss.; Id., *La parola (-odio)*, cit., p. 593 ss.; C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., p. 15 ss.; M. Pelissero, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust*., 2015, p. 37 ss.

[17] *Ex multis* L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 212 s.; L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, p. 237 ss.; cfr. A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?* cit., p. 118 ss.

[18] A. Tesauro, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2012, pp. 961-977; sul punto cfr. C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., p. 141 ss.

[19] Per tutti sulla carenza di tassatività e sulla natura meramente simbolica dell'intervento legislativo v. L. Stortoni, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?* in *Crit. dir*., 1994, p. 16 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

In questo ordine di considerazioni, il merito di una maggiore portata selettiva nella materia del discorso d'odio razzista va riconosciuto al progressivo affinamento teorico che lega il riferimento alla dignità umana al principio di uguaglianza e, più precisamente, alla formula della pari dignità sociale di cui all'art. 3 Cost.[20]. In questa prospettiva, la tutela sottesa all'art. 604-*bis* c.p. non si esaurisce nella protezione di un sentimento individuale o collettivo di dignità, ma si dirige verso il rapporto di reciproco riconoscimento che deve intercorrere tra i membri della comunità sociale, escludendo ogni forma di gerarchia o di differenziazione fondata sull'appartenenza a una determinata razza, etnia, nazionalità o gruppo sociale.

Rifiutando ogni proclama di principio, il discorso sul bene giuridico tutelato è stato ulteriormente affinato attraverso il richiamo all'eguaglianza nella sua accezione sostanziale di cui all'art. 3 comma 2 Cost., con il merito di avvicinare sensibilmente l'analisi della propaganda penalmente rilevante ai processi di inclusione e di esclusione che attraversano le democrazie contemporanee e, più in generale, le dinamiche del dibattito pubblico[21]. Intrecciata con l'eguaglianza sostanziale, la disciplina di contrasto all'*hate speech* appare così maggiormente orientata alla tutela di soggetti e gruppi esposti a processi di esclusione strutturale che rappresentano la sostanza della propaganda razzista in esame, in coerenza non solo con i principi costituzionali di laicità e di eguaglianza ma anche con i valori fondativi dell'ordinamento dell'UE quali, il pluralismo, la non discriminazione e la tolleranza (art. 2 TUE); alla luce di tali principi ed obiettivi la disciplina penale delle manifestazioni razziste può dunque essere letta come forma di adempimento dei vincoli derivanti dall'integrazione sovranazionale, oltre che attuazione di obblighi assunti dall'ordinamento italiano sul piano costituzionale e internazionale.

Certo è che, per quanto persuasiva, una simile concettualizzazione dei rapporti tra libertà di parola e istanze di protezione penale, spingendosi oltre la consueta logica del bilanciamento, sino a legittimare una mobilitazione del diritto penale nella lotta contro le forme di emarginazione sociale, lascia ancora impregiudicata la questione cruciale della sua effettiva tenuta dogmatica; questione che investe, anzitutto, la configurazione dell'offesa penalmente rilevante e i criteri in base ai quali essa può essere accertata.

4. Le caratteristiche strutturali della dignità umana quale bene giuridico protetto dal reato di propaganda e istigazione al razzismo, che ne hanno

[20] G. De Francesco, *Commento al d.l. 26 aprile 1993, conv. con modifiche dalla l. n. 205/93*, in *Leg. pen*., 2, 1994, p. 179; cfr. M. Pelissero, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Dir. pen. proc*., 8, 2020.

[21] C. Salazar, *I "destini incrociati" della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quad. dir. e polit. eccl.*, 1, 2008; sul punto cfr. C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., p. 141 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

in larga parte determinato la sua fortuna in ambito internazionale e costituzionale, devono essere allora mitigate entro una logica di bilanciamento dell'art. 21 Cost. con i principi espressi dagli artt. 2 e 3 Cost., chiamati a salvaguardare interessi che esprimono i valori più profondi ed essenziali della convivenza umana propria di un paese civile.

Per evitare, tuttavia, che tale richiamo si risolva in una formula generica ed evanescente, l'oggetto della tutela è stato più precisamente ricondotto al diritto fondamentale a non subire discriminazione fondate su caratteristiche identitarie razza o su analoghe razioni di identità[22]. In questa prospettiva, l'attenzione si sposta dall'astratta riprovazione morale del discorso discriminatorio alla concreta offensività che esso può sprigionare nei confronti di individui appartenenti a gruppi etnicamente definiti e in un contesto storico sociale determinato[23].

Una prima soluzione potrebbe consistere nell'affidare tale bilanciamento alla verifica giudiziale del pericolo concreto di discriminazioni o violenze, con il pregio di preservare un approccio avalutativo e sostanzialmente tollerante nei confronti della libertà di espressione ed evitare che la punibilità del discorso razzista si fondi sulla mera violazione di standard sociali di correttezza o di valori predeterminati. In tal modo, discorsi anche profondamente deplorevoli, ma privi di risultati dannosi potenzialmente tangibili potrebbero rimanere penalmente irrilevanti; al tempo stesso, non è difficile immaginare situazioni nelle quali espressioni apparentemente moderate, si pensi alla diffusione di pseudo argomentazioni scientifiche volte a dimostrare la correlazione positiva tra immigrazione e criminalità, siano comunque capaci di rafforzare stereotipi o di legittimare, anche sul piano giuridico, legittimare pratiche discriminatorie e più spiccatamente coercitive.

In effetti, l'adesione ad una prospettiva di analisi sistemica, volta a ricondurre l'offesa del discorso razzista alla specifica funzione sociale del *leader* politico, rende particolarmente complessa la trasposizione della fattispecie in un linguaggio penalistico rigoroso e costituzionalmente conforme[24]. Paradossalmente, infatti, l'adozione di un criterio di punibilità fondato su una prognosi concreta di pratiche discriminatorie o violente rischierebbe di concentrare l'intervento repressivo proprio sulle espressioni politicamente più radicali, con l'effetto di una sostanziale identificazione tra *hate speech* penalmente rilevante e discorso politico conflittuale su temi

[22] L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, Xenofobia, Odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Cedam, Padova, 2006, p. 138.

[23] A. Tesauro, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2016, pp. 961-977.

[24] G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 278; cfr. A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 121.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

sensibili. Muovendo dal riconoscimento di una forza performativa peculiare del discorso pronunciato da speaker politici, che rende meno remota la possibilità di rintracciare connessioni causali, il ricorso al paradigma del pericolo concreto finirebbe per comprimere quella dimensione del dibattito che costituisce il cuore del pluralismo democratico.

Il dilemma tra due opzioni di politica criminali parimenti problematiche è presto detto[25]: da un lato un accertamento del pericolo concreto difficilmente controllabile, dall'altro la repressione di un'ideologia, di per sé incompatibile con quei doveri costituzionali di astinenza epistemica e di neutralità valutativa imposti all'ordinamento rispetto alla libertà di parola.

4.1. A nostro avviso, la traduzione penalistica più avvertita dell'intuizione sistemica cui si è fatto cenno muove dal riconoscimento che, pur a fronte della natura macroscopica e multifattoriale degli esiti cui la propaganda può concorrere, la tipicità difficilmente potrebbe essere fondata su una prognosi concreta circa l'effettiva commissione di atti discriminatori o violenti, accertamento che, nella pratica, si rivelerebbe quasi impossibile. Al tempo stesso, tuttavia, il tentativo di sottrarsi tanto al rischio di una criminalizzazione del dissenso quanto all'esigenza di un'azione efficace rispetto alle manifestazioni più insidiose del discorso razzista induce a verificare se la fattispecie non possa essere riletta attraverso indici oggettivi di pericolosità contestuale, quali la posizione del parlante, la vulnerabilità del gruppo bersaglio, il clima politico o elettorale e la diffusività del mezzo impiegato[26]. Solo quando tali elementi convergono, dotando il messaggio di una reale 'forza illocutoria', il discorso sembra abbandonare l'alveo della libera espressione per assumere i contorni di una condotta materialmente idonea a incidere sulle condizioni di eguaglianza nello spazio pubblico. Una simile soluzione, ancorata a criteri elaborati attraverso processi di generalizzazione induttiva di matrice anche giurisprudenziale, non elimina il ruolo del giudice di merito, ma può contribuire a sottrarre l'accertamento a valutazioni intuitive o assiologiche, orientandolo verso parametri più controllabili.

Un utile supporto a tale operazione può rintracciarsi nel confronto con la nozione sociocriminologica volutamente ampia di *hate speech*, fatta propria tanto dagli strumenti interpretativi di *soft law* internazionale[27], quanto

[25] C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., p. 246 ss.

[26] A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., pp. 122 e 157 ss.; V. Scalia, *Rules of Law and Hate Speech. The role of criminal law in the Realm of free speech*, II, in *New J. Eur. Crim. Law*, 2025, pp. 151-219.

[27] United Nations Strategy and Plan of Action on *Hate Speech*, 18 giugno 2019, consultabile in *www.un.org*; United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*, 5 ottobre 2012, in UN Doc. A/HRC/22/17/Add.4, 11 gennaio 2013.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dalla giurisprudenza di Strasburgo[28]. Proprio con riguardo allo *speech* politico la tradizionale tolleranza di Strasburgo verso le opinioni che «scioccano, inquietano o disturbano» è apparsa progressivamente ridimensionata, se non, in parte, superata[29].

Il più esplicito affinamento del criterio del danno indiretto nella sua accezione di prevenzione di tendenze antidemocratiche[30], emerge per la prima volta nel caso *Féret c. Belgio, sent. 16 luglio 2009, ric. n. 15615/07*, nel quale la Corte, nel ritenere proporzionata la condanna di un candidato politico di estrema destra per la diffusione di volantini che utilizzavano slogan contro gli immigrati, ha affermato che «les discours politiques qui incitent à la haine fondée sur les préjugés religieux, ethniques ou culturels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les Etats démocratiques»[31]. In termini analoghi, nel caso *Le Pen c. Francia, sent. 20 aprile 2010, ric. n. 18788/09*, la Corte ha ritenuto compatibile con l'art. 10 CEDU la condanna di un leader politico per talune affermazioni sulla minaccia migratoria, ribadendo che, allorché si tratti di opinioni dirette a denigrare e a suscitare un sentimento di ostilità verso un determinato gruppo di persone, «qu'il importe au plus haut point de lutter contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et manifestations (*Jersild c. Danimarca*, § 30)». Nello stesso solco si colloca una recente sentenza della Grande Camera, *Sanchez c. Francia*, *sent. 15 maggio 2023, ric. n. 45581/18* relativa alla condanna di un candidato politico per commenti xenofobi pubblicati sulla propria pagina Facebook durante la campagna elettorale; a ben vedere, pur riconoscendo le peculiarità del linguaggio politico in rete[32],

[28] Per un confronto tra ordinamenti v. M. Manetti, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'uguaglianza e difesa dello Stato*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino, 2005.

[29] C. Caruso, *L'*hate speech *a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quad. cost*., 4, 2017, pp. 963-968; L. Giosis, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di diritto penale antidiscriminatorio*, in *GenIus*, 4 ottobre 2024; P. Tanzarella, *Discriminare parlando*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 105 ss.

[30] S. Sottiaux, *Conflicting Conceptions of* Hate Speech *in the ECtHR's Case Law*, in *German Law Journal*, 23, 2022, pp. 1193-1211; M. Castellaneta, *Discriminazione razziale e propaganda, obblighi di valutazione del contesto e critica politica tra diritto interno e diritto internazionale*. Nota a Cass. pen., sez. I penale, 16 gennaio 2020, n. 1602; Cass. pen., sez. V penale, 30 luglio 2019, n. 34815, in *MediaLaws*, 2020, pp. 245-259.

[31] Cfr. Corte eur. dir. uomo, 16 luglio 2004, Norwood c. Regno Unito (dec.); Corte eur. dir. uomo, 20 febbraio 2007, Pavel Ivanov c. Russia (dec.); Corte eur. dir. uomo, 2 ottobre 2008, Leroy c. Francia; più recentemente v. Zemmour c. Francia, sent. 20 dicembre 2022, ric. n. 63539/19 (§ 61);. sul punto v. P. Tanzarella, Discriminare parlando, cit., p. 107; Id., *L'*hate speech *nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., p. 160.

[32] Sul punto v. P. Dunn, *Carattere eccezionale dell'«*hate speech*» e nuove forme di responsabilità per contenuti di terzi nella giurisprudenza EDU*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 6, 2023, pp. 238-257; J. Van De Kerkhof, *Sanchez v France: The Expansion of the*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

la Corte ha ritenuto che i commenti rivolti alla comunità musulmana, derisa e associata alla criminalità francese, costituissero una forma *hate speech* «in view of their content and general tone, together with the virulence and vulgarity of some of the language used» (§ 176), reputandoli altresì «clearly unlawful» in ragione del peculiare contesto in cui erano espresse, insieme digitale ed elettorale, che ne aveva ampliato la diffusione e aumentato il rischio di razzismo e xenofobia nei confronti della comunità immigrata aggredita.

5. Non sfugge a chi scrive che il prontuario ermeneutico offerto dalla Corte di Strasburgo non scioglie ancora il nodo decisivo per il penalista: una cosa è ritenere legittime, sul piano convenzionale, restrizioni alla libertà di espressione adottate dalle autorità nazionali; altra cosa è ritenere necessario, e costituzionalmente giustificato, il ricorso alla sanzione penale. Il sindacato richiesto dall'art. 10, par. 2 CEDU, per come progressivamente elaborato dalla Corte si concentra infatti sulla necessità e sulla proporzionalità della misura, attribuendo un rilievo decisivo al contesto, inteso quale il luogo nel quale il significato offensivo del messaggio ostile dello *speaker* politico si definisce e i suoi effetti divengono apprezzabili. Se il diritto penale interno non può recepire senza residui un approccio casistico come quello di Strasburgo, resta nondimeno vero che da tale esperienza, maturata nel confronto con un contesto europeo segnato da tensioni sociali largamente condivise, possono ricavarsi indicazioni metodologiche non irrilevanti anche per una necessaria riconversione ermeneutica delle norme penali di contrasto al fenomeno.

intermediary Liability in the Context of Online Hate Speech, in *https://strasbourgobservers.com/*, 17 luglio 2023.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Beatrice Fragasso

L'impatto dell'intelligenza artificiale sui principi e sulle categorie del diritto penale: la posizione del produttore di sistemi di I.A.

Sommario: 1. Imprevedibilità algoritmica e imputazione penale: quale angolo visuale? Alcune indicazioni di metodo. – 2. Il problematico accertamento della responsabilità penale colposa del produttore di sistemi di I.A., in relazione ai reati causalmente orientati. - 2.1. L'accertamento del nesso di causalità. - 2.2. L'accertamento della colpa. – 3. Che fare? Quattro approcci politico-criminali. - 3.1. L'approccio 'Stella': la rinuncia al diritto penale. - 3.2. L'approccio 'di lotta': la flessibilizzazione del diritto penale. - 3.3. L'approccio 'Hallevy': la responsabilità penale diretta dei sistemi di I.A. - 3.4. L'approccio 'di compromesso': l'anticipazione della tutela penale. – 4. L'elefante nella stanza: quale ruolo per la responsabilità "da reato" degli enti?

1. L'intelligenza artificiale (I.A.) permea ormai ogni aspetto della nostra quotidianità, promettendo di portare grandi benefici, ma aprendo anche una serie di interrogativi sul piano politico, etico, economico, e, per quanto qui interessa, giuridico.

Dal punto di vista penalistico, in particolare, sono diverse le prospettive di indagine che possono riguardare lo sviluppo e l'utilizzo dei sistemi di I.A.[1]. Sotto un primo profilo, l'I.A. può essere considerata come uno strumento al servizio del procedimento penale: si pensi, ad esempio, ai c.d. *risk assessment tools*, che supportano il giudice nella valutazione del rischio di recidiva o di reiterazione del reato da parte dell'imputato o dell'indagato[2], o alla polizia predittiva, che si propone di individuare le aree nelle quali è

[1] Sull'individuazione di diverse aree di indagine penalistica v. F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. uomo*, 10, 2019, p. 8 ss.; P. Severino, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, 2020, p. 531 ss.

[2] V., in una letteratura ormai sterminata, D. Kehl *et al*., *Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing*, Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School, 2017; D.K. Citron, *Technological Due Process*, in *Wash.U. L. Rev*., 85, 2008, p. 1249 ss.; S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Springer, 2020, p. 131 ss.; A.M. Maugeri, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra* evidence based practices *e tutela dei diritti fondamentali*, in *Arch. pen*., 1, 2021; cfr. anche i contributi contenuti in J. Lelieur (ed.), *Artificial Intelligence and Administration of Criminal Justice (International Colloquium, Buenos Aires, Argentina, 28-31 March 2023*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 94, 2, 2023.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

più probabile la commissione di reati, orientando così le attività preventive delle forze dell'ordine[3].

Sotto un secondo profilo, invece, l'I.A. può essere studiata come una fonte di rischio penale, ossia come una tecnologia che può essere all'origine di offese a beni giuridici penalmente tutelati. Ebbene, è proprio su tale ultimo aspetto che la presente relazione intende soffermarsi, nel tentativo di valutare in che modo l'intelligenza artificiale possa incidere sull'imputazione penale.

Ci sia consentito, a tal proposito, di prendere le mosse dalla struttura e dalla metodologia adottata nella monografia che recentemente abbiamo pubblicato proprio su questi temi[4]: ciò ci offrirà l'occasione per mettere immediatamente in luce le direttrici di indagine e le premesse metodologiche dalle quali prende avvio il nostro percorso di ricerca.

Innanzitutto, lo spunto dell'indagine è dato dalla seguente, forse banale, constatazione: ci troviamo in un contesto socio-tecnologico in cui, sempre più spesso, non siamo in grado di comprendere e di controllare le tecnologie più avanzate, e in particolare le tecnologie basate sull'I.A. È vero che una certa crisi di comprensione e controllo caratterizza da tempo l'interazione tra essere umano ed evoluzione tecnologica, e che, d'altra parte, questa crisi è già stata ampiamente tematizzata da importanti studi filosofici e sociologici del secondo dopoguerra[5]. Tuttavia, con lo sviluppo e la diffusione di sistemi di I.A. si assiste ad una nuova fase del rapporto tormentato tra tecnologia e *agency* umana; una fase in cui l'imprevedibilità non è un difetto del sistema, ma è piuttosto un risultato voluto e ricercato dagli stessi sviluppatori e produttori, poiché consente di ottenere dagli algoritmi le *performances* più

[3] V., senza alcuna pretesa di esaustività, A.G. Ferguson, *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement*, NYU Press, 2017; S. Brayne, *Predict and Surveil: Data, Discretion, and the Future of Policing*, Oxford University Press, 2020; L.M. Sommerer, *Self-imposed Algorithmic Thoughtlessness and the Automation of Crime Control. A study of person-based predictive policing and the algorithmic turn*, Nomos, 2022; nella letteratura italiana, E. Pietrocarlo, *Predictive policing: criticità e prospettive dei sistemi di identificazione dei potenziali criminali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2023, p. 114 ss.; L. Algeri, *Intelligenza artificiale e polizia predittiva*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2021, p. 724 ss.

[4] B. Fragasso, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale. Principi e categorie alla prova di una tecnologia "imprevedibile"*, Giappichelli, 2025.

[5] Cfr., limitandoci ad alcuni lavori ormai classici, M. Adorno, T. Horkheimer, *Dialettica dell'Illuminismo*, Einaudi, 2010 (ed. ted. 1947); J. Ellul, *La tecnica. Rischio del secolo*, Giuffrè, 1969 (ed. franc. 1954); M. Heidegger, *La questione della tecnica*, in Id., *Saggi e discorsi*, a cura di G. Vattimo, Mursia, 1976, p. 5 ss. (ed. ted. 1957); L. Winner, *Autonomous Technology: Technics-out-of-Control as a Theme in Political Thought*, MIT Press, 1977. Per una più ampia riflessione sul "paradosso della tecnica", aggiornato all'epoca dell'I.A., v. A. Mangione, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale. La «funzione di garanzia»* nell'*organizzazione e* dell'*organizzazione per la «sorveglianza dell'AI»*, Giappichelli, 2024, p. 89 ss.; sia consentito inoltre il rinvio a B. Fragasso, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale*, cit., p. 65 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

efficienti. Con un'espressione a nostro avviso particolarmente felice, Ryan Calo, tra i più noti studiosi nel campo della *Law and Technology*, ha definito queste tecnologie come *unpredictable by design*[6].

Ci troviamo, dunque, in un contesto in cui la tecnica – da strumento di comprensione e dominio sulla forza cieca e schiacciante della natura – diventa essa stessa un elemento misterioso, imperscrutabile, incontrollabile. Questo cambiamento ha risvolti enormi nel rapporto dell'essere umano con la tecnologia – risvolti che probabilmente non siamo ancora in grado di concettualizzare nella loro interezza, e che evidentemente si prestano alle letture più disparate, nell'ambito di molteplici ambiti del sapere (dalla sociologia alla filosofia, fino alle scienze cognitive).

In particolare, utilizzando le limitate lenti del penalista, la questione problematica può essere così riassunta: la tendenziale perdita di controllo dell'essere umano (del supervisore, così come del produttore, del programmatore, dello sviluppatore, etc.) sul processo decisionale e sul comportamento dell'algoritmo potrebbe mettere in crisi i tradizionali meccanismi ascrittivi del diritto penale, che sono strutturalmente fondati sul mancato dominio, da parte dell'agente, di fatti offensivi effettivamente dominabili.

La convinzione che ci siamo formati, a tal proposito, è che la suddetta perdita di controllo possa incidere sulla struttura del reato in maniera trasversale rispetto ai singoli settori di applicazione e alle singole fattispecie di parte speciale. Di qui, la decisione di adottare, nel nostro lavoro, un'impostazione di parte generale, in grado di orientare l'analisi dei più svariati fenomeni criminali che possono vedere coinvolta l'I.A.: dalla lesione cagionata da una *self driving car*, all'informazione falsa e lesiva della reputazione fornita da Chatgpt, fino agli errori diagnostici derivanti dall'utilizzo di algoritmi in ambito medico.

Una delle maggiori complessità derivanti dalla scelta di adottare un'impostazione di parte generale è consistita nella necessità di governare una materia potenzialmente vastissima, e di individuare dei criteri di classificazione in grado di ordinare, in maniera chiara e coerente, i problemi giuridici. D'altra parte, lungi dall'essere una scelta neutrale, l'utilizzo di un criterio tassonomico in luogo di un altro non può che comportare l'adozione di una prospettiva, di un particolare sguardo, sul fenomeno criminale trattato e sulla sua disciplina giuridica.

Tra le varie opzioni ipotizzabili, la nostra scelta è ricaduta sull'utilizzo di due criteri: il primo basato sull'elemento soggettivo (*reati colposi vs reati dolosi*); il secondo basato sulla "posizione" dell'agente rispetto al "comportamento" del sistema di I.A. (produttore vs supervisore-utilizzatore). Dall'intersezione di questi due assi sono derivate quattro diverse aree d'indagine:

[6] R. Calo, *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, in *California Law Review*, 103, 2015, p. 542.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

(i) *responsabilità colposa del produttore di sistemi di I.A.* (ad es., per un omicidio colposo: si pensi al produttore di una rete di "semafori intelligenti", nel caso in cui questi ultimi segnalino "il verde" su tutte le direttrici dell'incrocio, provocando l'impegno simultaneo e lo scontro dei veicoli, con conseguente morte di uno dei conducenti);

(ii) *responsabilità colposa dell'utilizzatore-supervisore* (ad es., per un omicidio colposo: un paziente muore a causa della terapia prescritta da un medico, che si era affidato all'indicazione terapeutica, poi rivelatasi errata, fornita da un sistema di I.A.);

(iii) *responsabilità dolosa dell'utilizzatore* (ad es., per una manipolazione del mercato: un investitore attiva un sistema di *trading* algoritmico, che effettua operazioni tali da determinare una sensibile alterazione dei prezzi degli strumenti finanziari);

(iv) *responsabilità dolosa del produttore* (ad es., per la diffusione di codici *malware*: si pensi al fornitore di un *chatbot* come ChatGPT, nel caso in cui il *chatbot* fornisca ad un utente il testo di un codice attraverso il quale realizzare un cyberattacco).

È scontato sottolineare che quella proposta rappresenta soltanto una delle possibili modalità di sistematizzazione della materia, ben potendosi adottare anche criteri tassonomici differenti. A nostro avviso, tuttavia, tale suddivisione ben risponde ad esigenze dogmatiche e pragmatiche di trattazione della materia: da un lato, infatti, essa corrisponde ad una distinzione strutturale tra reati colposi e reati dolosi, che richiedono necessariamente una separata analisi; dall'altro lato, essa corrisponde a quattro aree criminologiche ben distinte, che, di conseguenza, possono dare luogo ad esigenze politico-criminali diverse[7].

Chiarito ciò, in questa relazione intendiamo occuparci esclusivamente dei profili di responsabilità penale colposa del produttore di sistemi di I.A., rinviando alla nostra monografia per una più ampia trattazione delle altre tre aree di indagine.

2. In un contesto in cui attività sempre più numerose vengono automatizzate e delegate agli algoritmi, è proprio l'impresa produttrice di sistemi di I.A. – in quanto "creatrice" del "soffio vitale" algoritmico – a costituire il soggetto più idoneo a valutare i rischi della commercializzazione dei prodotti intelligenti e ad incidere sulla loro sicurezza[8]. Con la progressiva attribuzione di autonomia ai dispositivi intelligenti, infatti, il controllo che

[7] Per una più ampia riflessione sul metodo utilizzato, e sul criterio tassonomico scelto, v. B. Fragasso, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale*, cit., p. 325 ss.

[8] V., per tutti, G. Wagner, *Robot liability*, in S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer (eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Nomos, 2019, p. 38 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

gli utilizzatori potranno esercitare sulle fonti di rischio sarà infatti sempre minore: anche qualora il principio della sorveglianza umana venisse confermato sul lungo periodo, una responsabilità penale in capo all'operatore del sistema sarà configurabile soltanto qualora questi sia posto nelle condizioni di poter intervenire concretamente sull'attività algoritmica.

In ogni caso, sebbene siano proprio i produttori a sviluppare e ad addestrare gli algoritmi, essi non sfuggono a quella tendenziale perdita di controllo che caratterizza l'operare dell'intelligenza artificiale: sono gli stessi produttori, infatti, ad affermare di non essere in grado di comprendere né di prevedere a pieno il comportamento dei sistemi di I.A.[9].

Ebbene, l'imprevedibilità del comportamento algoritmico potrebbe avere un impatto – nell'ambito dei giudizi sulla responsabilità penale per danno da prodotto – sia sul piano della ricostruzione del nesso causale, sia sul piano dell'accertamento della colpa.

2.1. In relazione all'accertamento del nesso di causalità per i danni "da intelligenza artificiale" si intersecano problematiche attinenti a due diverse forme di opacità che sono riscontrabili nell'agire dei sistemi di I.A.

In primo luogo, vi è un'opacità che riguarda specificamente l'algoritmo di *machine learning*. È il fenomeno della c.d. *black box*: è possibile conoscere gli *input* (i dati di ingresso) e gli *output* (le previsioni algoritmiche), ma non è possibile comprendere pienamente, a posteriori, le concrete modalità con le quali l'algoritmo ha infine adottato una determinata decisione[10].

[9] V., da ultimo, quanto affermato da Dario Amodei, CEO di Anthropic (tra le più note società produttrici di sistemi di I.A.): «[…] there is now ample evidence, collected over the last few years, that AI systems are unpredictable and difficult to control – we've seen behaviors as varied as obsessions, sycophancy, laziness, deception, blackmail, scheming, "cheating" by hacking software environments, and much more. AI companies certainly want to train AI systems to follow human instructions (perhaps with the exception of dangerous or illegal tasks), but the process of doing so is more an art than a science, more akin to "growing" something than "building" it» (D. Amodei, *The Adolescence of Technology*, in *www.darioamodei.com*, gennaio 2026).

[10] Sul concetto di *black box* v., in una letteratura ormai vastissima, Y. Bathaee, *The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 31, 2, 2018, p. 905; S Chesterman, *Through a Glass, Darkly: Artificial Intelligence and the Problem of Opacity*, *American Journal of Comparative Law*, 69, 2021, p. 271; D. Castelvecchi, *Can We Open the Black Box of AI?*, in *Nature*, 5 ottobre 2016. Sulle potenzialità e sui limiti dei modelli di *Explainable Artificial Intelligence* (c.d. XAI), v., senza alcuna pretesa di esausitività, R. Guidotti *et al*., *A Survey of Methods for Explaining Black Box Models*, in *ACM Computing Surveys*, 51, 2018, p. 1 ss.; A.D. Selbst, S. Barocas, *The Intuitive Appeal of Explainable Machines*, in *Fordham Law Review*, 87, 2018, p. 1110 ss.; F. Sovrano *et al*., *Metrics, Explainability and the European AI Act Proposal*, in *J*, 5, 2022, p. 126 ss.; S. Bordt *et al*., *Post-Hoc Explanations Fail to Achieve their Purpose in Adversarial Contexts*, in *FAccT '22: 2022 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

L'identificazione della causa dell'errore algoritmico potrebbe, d'altra parte, apparire questione superflua: in fondo, si potrebbe pensare, l'importante è che si dimostri che la *condicio sine qua non* dell'evento lesivo sia costituita da un generico malfunzionamento del sistema di I.A., potendosi in questo modo imputare l'addebito al produttore, indipendentemente dall'identificazione dello specifico fattore causativo del danno. Una simile prospettiva è senz'altro concepibile in ambito civilistico, in cui il produttore (e, più spesso, la società produttrice) risponde oggettivamente per i danni cagionati al consumatore da qualsiasi tipo di difetto del prodotto[11] – eventualmente solidalmente con progettisti, programmatori, fornitori di dati etc.[12]. L'individuazione del soggetto personalmente responsabile per la verificazione dell'evento lesivo è, invece, un'esigenza fondamentale per il diritto penale, fondato sul principio di personalità della responsabilità penale – che, nella sua configurazione minima, richiede proprio un nesso di derivazione eziologica tra condotta dell'imputato ed evento lesivo.

Ebbene, a noi pare che soltanto dalla conoscenza circa i fattori che hanno concretamente determinato la decisione algoritmica si potrà risalire all'identificazione della sfera di responsabilità all'interno delle società produttrici, o comunque delle società che si occupano di fornire servizi per il funzionamento del sistema di I.A. (programmazione, addestramento, fornitura di *dataset*, etc.). La *black box* algoritmica, di conseguenza, ha un effettivo impatto sul piano dell'imputazione penale dell'evento lesivo, poiché potrebbe impedire l'identificazione della persona fisica a cui è imputabile la condotta (sia che si voglia considerare quest'ultima in senso commissivo, sia che la si voglia considerare in senso omissivo, come è ormai prassi nella giurisprudenza sulla "criminalità d'impresa").

La *black box*, d'altra parte, va ad aggiungersi ad una "seconda" forma di opacità, che si riscontrava anche in passato con riferimento ai prodotti più complessi (automobili, aeroplani, elicotteri, etc.)[13]. Tale forma di opacità con-

[11] Come noto, la disciplina della responsabilità civile per danno da prodotto è basata su un regime di i*mputazione oggettiva*; v. Direttiva 2024/2853/UE del 23 ottobre 2024 sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, nonché la precedente Direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

[12] V. l'articolo 8 della direttiva 2024/2853/UE, che individua, tra le persone obbligate in solido al risarcimento del danno da prodotto difettoso, il fabbricante di un prodotto difettoso (lett. *a*), il fabbricante di un componente difettoso (lett. *b*), e, nel caso in cui il fabbricante sia stabilito al di fuori dell'Unione, e fatta salva la responsabilità di tale fabbricante, «i) l'importatore del prodotto o componente difettoso; ii) il rappresentante autorizzato del fabbricante; e iii) se non vi è un importatore stabilito nell'Unione o un rappresentante autorizzato, il fornitore di servizi di logistica» (lett. *c*).

[13] Sulla difficoltà di individuare il fattore causativo dell'evento lesivo, in relazione alla produzione e all'impiego di prodotti "complessi", v., nella letteratura penalistica, F. Stella,

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

cerne il dispositivo intelligente come sistema socio-tecnologico "complesso", comprensivo sia dell'algoritmo di *machine learning*, sia del vettore – fisico (*hardware*) o virtuale – che consente all'algoritmo di incidere sulla realtà, interagendo con l'ambiente circostante, con le infrastrutture tecniche, e con i comportamenti umani di chi sorveglia il dispositivo o collabora con esso.

Per comprendere meglio le difficoltà che potrebbero presentarsi nell'accertamento del nesso di causalità, può essere utile fare riferimento ad un esempio tratto dalla circolazione stradale: un *autonomous vehicle* non si ferma ad un semaforo rosso, impegna l'incrocio, e si scontra con un altro veicolo, cagionando la morte del conducente alla guida di quest'ultimo. In un caso simile, l'incidente potrebbe essere stato causato, in via alternativa o cumulativa (c.d. *web of causation*[14]): dal malfunzionamento dei sensori del veicolo; da un errore del sistema di *image recognition*; da un attacco *cyber* che incida sul funzionamento dell'algoritmo; da una distrazione del conducente, nel momento in cui era attiva la funzione di guida "condivisa" tra algoritmo e persona fisica.

In sintesi: la "doppia" opacità che caratterizza i sistemi di I.A. rischia di ostacolare la possibilità di individuare con certezza, tra i vari possibili decorsi causali alternativi, l'ipotesi esplicativa che sia in grado di spiegare correttamente quanto accaduto nella vicenda oggetto del giudizio[15].

2.2. Il rapporto che lega colpa e società del rischio presenta, da sempre, caratteri di ambiguità. Da un lato, l'industrializzazione su larga scala e l'esercizio di attività pericolose in forma organizzata – con contestuale massiccia positivizzazione delle cautele doverose – hanno trasformato la colpa da "Cenerentola" della scienza giuridica penalistica a modello idealtipico del diritto penale "moderno". Parallelamente, tuttavia, l'acquisito protagonismo della colpa ne rende altresì evidenti i limiti – quantomeno rispetto alle aspettative che, sempre più spesso, circondano l'intervento e l'applica-

Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime, III ed., Giuffrè, 2003, pp. 224-235; C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 50 ss.; A. di Martino, *Danno e rischio da prodotti. Appunti per la rilettura critica di un'esperienza giurisprudenziale italiana*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa: (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University press, 2010, p. 455 ss. Sulle due forme di opacità riscontrabili nei prodotti intelligenti v. B. Fragasso, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale*, cit., p. 56 ss.

[14] Cfr. C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2020, p. 1755.

[15] Un ulteriore interrogativo emerso nel dibattito dottrinale, in relazione alle offese derivanti dai sistemi di I.A., riguarda la possibilità di considerare la decisione autonoma assunta dall'algoritmo di *machine learning* quale fattore interruttivo del nesso di causalità tra condotta del produttore ed evento lesivo. Su tale interrogativo – al quale, a nostro avviso, deve darsi una risposta negativa – v. B. Fragasso, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale*, cit., p. 392 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

zione del diritto penale. Ai processi produttivi e industriali è infatti connaturata una certa dose di incertezza sui rischi che essi stessi comportano, con la conseguenza che l'individuazione, *ex post*, dello standard di diligenza doveroso può talvolta rivelarsi un'operazione complessa, che rischia di sfociare – in una prassi giurisprudenziale talvolta piegata su presunte esigenze di "giustizia sostanziale" – nella deprecabile logica del "senno del poi"[16].

Nell'ambito della responsabilità penale per danno da prodotto tradizionale, tale disallineamento tra conoscenze scientifiche effettive e necessità di individuare modelli (positivizzati o meno) di comportamento diligente è spesso sfociato, per via giurisprudenziale, in un'estrema flessibilizzazione del *crimen colposum*, con progressivo affievolimento del rigore metodologico che il principio di legalità richiederebbe per l'individuazione delle regole cautelari violate, per la dimostrazione della causalità della colpa, per la verifica circa l'esigibilità dell'osservanza di tali regole da parte del produttore[17].

Ebbene, le suddette difficoltà rischiano di acuirsi nel settore della produzione di sistemi di I.A.

L'incertezza che caratterizza il funzionamento dell'intelligenza artificiale potrebbe infatti entrare in collisione con i parametri della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento lesivo. Da un lato, infatti, non sempre l'evento lesivo da I.A. potrà dirsi prevedibile; ed il sostenere, con un artificio retorico, che l'imprevedibilità dei sistemi di I.A. possa essere oggetto del giudizio di prevedibilità – in quanto circostanza conosciuta ai produttori – rischia di allargare eccessivamente le maglie di tale valutazione, comportando, di fatto, uno scivolamento nel campo della responsabilità oggettiva[18]. Dall'altro lato, l'opacità degli algoritmi di *machine learning* potrebbe scardinare dalle fondamenta il giudizio sulla c.d. causalità della colpa, stante la limitata conoscenza nomologica circa l'efficacia impeditiva del comportamento alternativo diligente[19].

[16] Cfr., per tutti, G. Marinucci, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1, 2005, p. 48; P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, 2003, p. 55; F. Sgubbi *Il diritto penale incerto e inefficace*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 4, 2001, p. 1197.

[17] Cfr. C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 404 ss. e p. 422 ss.; A. Bernardi, *La responsabilità da prodotto nel sistema italiano: profili sanzionatori*, in *Riv. trim. dir. pen. ec*., 1-2, 2003, p. 30; G. Azzali, *La responsabilità penale del produttore per danni alla salute*, 1991, p. 875 ss.

[18] In questo senso, C. Piergallini, *Intelligenza artificiale*, cit., pp. 1762-1763; sul rapporto tra imprevedibilità algoritmica e giudizio di prevedibilità nell'accertamento della fattispecie colposa cfr., *ex multis*, L. D'Amico, *La misura della (im)prevedibilità. Modelli d'imputazione della responsabilità al tempo dell'intelligenza artificiale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2025, p. 254 ss.

[19] In argomento v. M. Lanzi, Self-driving cars *e responsabilità penale. La gestione del "rischio stradale" nell'era dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, p. 247 ss.; A. Mangione,

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

È vero che un argine all'espansione del giudizio sulla prevedibilità e sull'evitabilità dell'evento lesivo potrebbe essere costituito dalla delimitazione di un'area di rischio consentito – nozione che, nella sua versione "forte", delinea un'area di impermeabilità al giudizio sulla colpa generica dell'agente, delimitata dall'esistenza di regole cautelari positive[20].

D'altra parte, nonostante la centralità teorica assunta, nelle riflessioni penalistiche, dalla nozione di rischio consentito, non si può non rilevare come tale istituto mostri alcuni inevitabili limiti nella sua applicazione concreta. La principale ragione del suo insuccesso applicativo, in particolare, consiste in una tecnica redazionale delle cautele scritte che – anche in settori ad alto gradiente tecnico-scientifico – lascia ampi margini di discrezionalità ai suoi destinatari, rendendo dunque necessaria, nel processo penale, la valutazione del comportamento dell'imputato alla luce dello *standard* dell'agente modello.

Si noti, a tal proposito, che le cautele elastiche ricorrono anche nell'attuale disciplina europea sull'intelligenza artificiale (l'AI Act[21]), ove alcuni requisiti riportano formule vaghe e soggette ad interpretazione: si pensi, ad esempio, all'art. 9, par. 5, AI Act, che richiede la riduzione "per quanto possibile" dei rischi derivanti dallo sviluppo di sistemi di I.A. ad alto rischio.

Va oltretutto rilevato che la giurisprudenza, anche in presenza di regole cautelari rigide ed esaustive, è solita effettuare una valutazione sulla colpa generica dell'agente – introducendo, oltretutto, logiche squisitamente precauzionali nella verifica della prevedibilità dell'evento[22].

Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale, cit., p. 189; nella letteratura di lingua tedesca cfr. B. Fateh-Moghadam, *Innovationsverantwortung im Strafrecht: Zwischen strict liability, Fahrlässigkeit und erlaubtem Risiko - Zugleich ein Beitrag zur Digitalisierung des Strafrechts*, in *ZStW*, 131, 4, 2019, p. 885; V. Ibold, *Künstliche Intelligenz Und Strafrecht Zur Strafrechtlichen Produktverantwortung in Der Innovationsgesellschaft*, Nomos, 2024, p. 388 ss.

[20] V., per tutti, G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, p. 456; S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, 2018, p. 356; C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, 2010, pp. 526-527. Il concetto di "rischio consentito", d'altra parte, è stato oggetto di rinnovata attenzione, recentemente, proprio in relazione agli eventi lesivi derivanti da sistemi di I.A.; v., *ex multis*, C. Piergallini, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 1750; L. Picotti, *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale: crisi o palingenesi?*, in *Sist. pen.*, 31 luglio 2024, p. 14; I. Salvadori, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2021, p. 116 ss.; A. Mangione, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale*, cit., p. 202 ss.

[21] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale.

[22] Per una ricostruzione delle principali applicazioni giurisprudenziali del principio di precauzione v. D. Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Aracne, 2012, p. 87 ss.; F. D'Alessandro, voce *Precauzione (principio di)*, in M. Donini (diretto da), *Reato colposo*, *Enc. dir. - I Tematici*, Giuffrè, 2021, p. 985 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Insomma, ci sembra di poter affermare che – anche in relazione ai danni da intelligenza artificiale – il perimetro del rischio consentito non sarà rigorosamente delineato, e costituirà piuttosto una "guida" per le valutazioni del giudice circa la responsabilità colposa del produttore.

3. Il cammino per il riconoscimento di una responsabilità penale colposa, in capo al produttore, per gli eventi lesivi scaturenti dai sistemi di I.A. ci pare, in definitiva, molto tortuoso, e ricco di incognite.

Ecco, allora, che si ripropone, in termini ancora più radicali, un interrogativo ben noto agli studiosi che riflettono sul ruolo del diritto penale nell'era della complessità: dobbiamo accettare un fisiologico *deficit* di efficacia del diritto penale, incapace di governare le nuove forme di offesa derivanti dal progresso tecnologico, oppure è opportuno un adattamento dei principi e delle categorie penalistiche alle esigenze di fluidità e flessibilità tipiche della modernità?

Ebbene, a noi pare che di fronte a tale interrogativo siano concepibili diverse prospettive, che in questa sede ci proponiamo di passare brevemente in rassegna.

3.1. Una prima prospettiva, innanzitutto, è quella che vede nel diritto penale un modello di responsabilità inadatto a contenere quei fenomeni sistemici, globalizzati ed incerti che caratterizzano la post modernità. Le garanzie che circondano il sistema costituzionale del diritto penale (prime tra tutte: legalità, offensività, colpevolezza, presunzione di innocenza) lo rendono infatti uno strumento intrinsecamente rigido, difficilmente adattabile a contesti in cui il controllo umano sulla tecnologia risulta attenuato o addirittura assente. In questo contesto, bisognerebbe semplicemente prendere atto che il diritto penale non è in grado di governare il rischio da I.A., se non snaturandosi.

Quella dell'arretramento del diritto penale è una prospettiva che, evidentemente, riecheggia le tesi espresse da Federico Stella in *Giustizia e modernità*[23]. In quella sede, come noto, Stella sosteneva che il diritto penale – di fronte a quello "shock da modernità"[24] generato da fenomeni lesivi a carattere diffuso e opaco – dovesse cedere il passo a modelli più duttili di responsabilità, quali la responsabilità civile e la responsabilità amministrativa.

Effettivamente, entrambi questi modelli di responsabilità si candidano ad assumere un ruolo centrale nella prevenzione dei danni da I.A. Da un lato, infatti, vi sono le sanzioni amministrative sancite dall'art. 99 AI Act, che presidiano il modello "cooperativo" di gestione del rischio "da intelli-

[23] F. Stella, *Giustizia e modernità*, cit.

[24] F. Stella, *Giustizia e modernità*, cit., p. 292; riprende l'espressione stelliana, nel settore di cui ci stiamo occupando, F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, cit., p. 4.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

genza artificiale" previsto dal Regolamento, intervenendo laddove i meccanismi di *compliance*, monitoraggio e dialogo tra autorità pubbliche e attori privati si rivelino inefficaci. Dall'altro lato, l'Unione europea si è mossa per garantire una compensazione effettiva dei danni da I.A., introducendo una riforma della Direttiva sul danno da prodotto[25] che dovrebbe assicurare una strada semplificata per ottenere un risarcimento dei danni cagionati dai prodotti di consumo (inclusi i sistemi di I.A.)[26].

In sintesi, il legislatore europeo ha cercato di rispondere a due obiettivi: da un lato, la definizione di un perimetro di rischio lecito, sul cui rispetto vigilano degli organi amministrativi; dall'altro lato, la predisposizione di un meccanismo di compensazione per le persone danneggiate dall'I.A.

Ebbene, in questo contesto, l'arretramento del diritto penale potrebbe essere concepito come l'esito coerente del principio di *extrema ratio*. Laddove, infatti, le sanzioni amministrative – pur afferenti alla *matière pénale*, considerata la loro afflittività[27] – si dovessero rivelare sufficientemente efficaci sul piano general-preventivo, potrebbe riflettersi circa l'effettiva necessità di un intervento penalistico. D'altra parte, una giustizia civile che funziona, e che garantisce la compensazione delle vittime, dovrebbe scongiurare il pericolo che queste ultime si aspettino proprio dalla giustizia penale un ruolo "satisfattivo" – ruolo, quest'ultimo, che di certo non rientra tra le finalità istituzionali dello *ius terribile*.

3.2. La seconda possibile postura del penalista, di fronte alle sfide poste dall'intelligenza artificiale, è quella che potremmo definire "di lotta": l'idea è che, se l'imprevedibilità algoritmica mette in crisi le categorie penalistiche, è necessario trasformare tali categorie, così da renderle adatte al nuovo contesto tecnologico.

A dire il vero, infatti, la nostra previsione su un'incipiente crisi del diritto penale d'evento in relazione ai danni da intelligenza artificiale potrebbe rivelarsi avventata, scontrandosi con una certa resistenza da parte della giu-

[25] Direttiva 2024/2853/UE, cit.

[26] Si consideri, tuttavia, che una parte della dottrina civilistica ritiene che la Direttiva 2024/2853/UE non sia comunque in grado di soddisfare le esigenze di chiarezza, semplificazione e riduzione dei costi del contenzioso che costituivano l'obiettivo principale delle modifiche; v., per tutti, A. Bertolini, *La responsabilità civile derivante dall'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale: il quadro europeo*, in M. Biasi (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Giuffrè, 2023, p. 76 ss.; Z. Jacquemin, *Product Liability Directive: Disclosure of Evidence, the Burden of Proof and Presumptions*, in *Journal of European Tort Law*, 15, 2, 2024, p. 139 ss.

[27] V., ad esempio, il par. 3 dell'art. 99 AI Act, che, in merito alla violazione «del divieto delle pratiche di IA di cui all'articolo 5», prevede «sanzioni amministrative pecuniarie fino a 35 000 000 EUR o, se l'autore del reato è un'impresa, fino al 7% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

risprudenza, che già in passato ha talvolta flessibilizzato l'imputazione colposa al fine di offrire risposte a "domande di giustizia" ben radicate nell'opinione pubblica[28]. Ci riferiamo, in particolare, ad alcune interpretazioni poco rigorose del nesso di causalità e all'impiego della logica precauzionale come criterio di "politica giudiziaria", che si manifesta soprattutto in una lettura estensiva del parametro della prevedibilità dell'evento[29].

Ma, a ben vedere, i più recenti orientamenti giurisprudenziali fanno presagire che è sul piano della posizione di garanzia che si potrebbero realizzare le maggiori semplificazioni in ordine all'accertamento della responsabilità penale del produttore. Il veicolo di tale flessibilizzazione, in particolare, sembrerebbe essere la nozione di "sfera di competenza per la gestione del rischio"[30], concetto magmatico in grado di eludere le tradizionali distinzioni tra agire e omettere, e di innestare il criterio dell'ingerenza nell'interpretazione dell'art. 40, co. 2, c.p. La nuova egemonia del reato omissivo improprio parrebbe servire, effettivamente, pretese esigenze di alleggerimento dell'accertamento penale, favorendo il surrettizio accorpamento, nella valutazione sulla violazione del dovere impeditivo, del giudizio causale e del giudizio sulla colpa[31].

Se una simile prospettiva è contestabile con riferimento alla normale criminalità d'impresa, ci pare che il settore dell'intelligenza artificiale non possa che accentuarne le criticità, stante l'imprevedibilità e l'opacità che caratterizza i prodotti intelligenti e che rischia di allontanare ulteriormente – dal punto di vista oggettivo, così come da quello soggettivo – gestore del rischio e verificazione dell'evento lesivo.

[28] Scettico sul tramonto del diritto penale d'evento è A. Mangione, *Prove tecniche per un diritto penale dell'intelligenza artificiale: riflessioni a margine della L. n. 132/2025*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 2025, p. 1241, che ritiene «illusorio pensare di escludere dall'arena della giustizia penale le pulsioni sociali che alimentano le aspettative di tutela innanzi a rischi per la vita e l'incolumità anche pubblica».

[29] Sulla flessibilizzazione delle categorie penalistiche ad opera della giurisprudenza v., per tutti, A. Gargani, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen*., 2, 2011, p. 397 ss.; C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, cit., *passim*.

[30] Cfr., in particolare, Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343.

[31] In argomento v., per tutti, A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 3-4, 2017, p. 510 ss.; F. Consulich, *Controllo del comportamento economico deviante ed evoluzione del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2024, pp. 22-23; A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press, 2009, p. 158 ss.; D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, p. 509 ss. V. anche A. Mangione, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale*, cit., *passim*, spec. p. 282 ss., a cui si rinvia per un'ampia e lucida analisi dell'istituto della posizione di garanzia nel contesto della produzione e dell'impiego di sistemi di I.A.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Per concludere, a noi pare che qualsivoglia tendenza a flessibilizzare le categorie penalistiche debba essere rigettata con forza, nella misura in cui rischia di compromettere il nucleo garantistico del diritto penale.

3.3. Prendendo atto delle difficoltà di individuare un centro di imputazione penale per i comportamenti imprevedibili degli algoritmi, vi sono poi alcuni autori che hanno ipotizzato di introdurre una forma di responsabilità penale diretta dei sistemi di I.A. Le proposte relative alla *AI direct liability*, in particolare, provengono in larga parte dalla dottrina giuridica di area *common law*, ma sono condivise anche da una minoranza di giuristi dell'Europa continentale; il più celebre sostenitore della teoria è il penalista israeliano Gabriel Hallevy, che ha scritto diversi articoli e una monografia sul tema[32].

In particolare, tra gli studiosi che, con varie sfumature, propugnano la tesi della responsabilità penale diretta dei sistemi di I.A. ci sembra di poter distinguere due diversi approcci: da un lato, vi sono Autori che – adottando una concezione utilitaristico-funzionalistica, à la Jakobs, della soggettività penale – ritengono che i sistemi di I.A. potranno essere considerati soggetti del diritto penale nel caso in cui tra i consociati si crei un'aspettativa di conformità rispetto all'ordinamento giuridico, così come avviene per gli esseri umani[33]; dall'altro lato, vi sono coloro che fondano l'estensione della capacità penale sul rilievo che le modalità di agire di esseri umani e sistemi di I.A. – sul piano della comprensione della realtà circostante e dell'intenzionalità delle azioni – possono essere considerate, dal punto di vista fenomenico, assimilabili[34].

Ebbene, in entrambe le sue versioni, la teoria non convince affatto.

Della tesi utilitaristico-funzionalista, sono proprio le premesse teoriche – che negano l'esistenza di qualsiasi substrato fenomenico alla soggettività penale – che riteniamo incompatibili con il modello personalistico di

[32] V. G. Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Springer, 2015; Id., *"I, Robot - I, Criminal" - When Science Fiction Becomes Reality: Legal Liability of AI Robots committing Criminal Offenses*, in *Syracuse Sci. & Tech. L. Rep.*, 1, 22, 2010, p. 1 ss.; Id., *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron Intellectual Property Journal*, 4, 2010, p. 171 ss. Per una più ampia rassegna delle diverse posizioni emerse nel dibattito dottrinale v. A. Giannini, *Criminal behavior and Accountability of Artificial Intelligence Systems*, Eleven, 2023; M. Giuca, *La responsabilità penale dell'intelligenza artificiale: dubbi, perplessità e prospettive*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1, 2025, p. 143 ss.; volendo, v. B. Fragasso, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale*, cit., p. 613 ss., a cui si rinvia anche per una più ampia confutazione delle teorie della responsabilità penale diretta dei sistemi di I.A.

[33] Emblematico di questo approccio è il lavoro di M. Simmler, N. Markwalder, *Guilty Robots? - Rethinking the Nature of Culpability and Legal Personhood in an Age of Artificial Intelligence*, in *Crim. Law Forum*, 30, 2019, p. 1 ss.

[34] Cfr. i lavori, già citati, di G. Hallevy.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

responsabilità penale, che presuppone la normale capacità dell'essere umano di autodeterminarsi.

Della tesi biofisica, invece, non condividiamo le conclusioni, che restituiscono un'idea di soggettività penale ridotta al minimo, tanto da poter essere estesa ad algoritmi che di certo non possono essere considerati come dotati di capacità di comprensione e volizione.

Insomma, a meno di non voler trasfigurare profondamente il volto del diritto penale, il riconoscimento di una responsabilità penale in capo a degli algoritmi non ha senso: innanzitutto, non può esservi "responsabilità" ove non vi sia autodeterminazione né comprensione semantica e convenzionale del proprio comportamento; in secondo luogo, non può esservi propriamente "pena" se il condannato non può provare sofferenza né stigma, né – in ottica special-preventiva – può intraprendere un percorso di risocializzazione.

Ciò detto sul piano dogmatico, può essere utile qualche riflessione in ottica politico-criminale. Ci pare infatti che le teorie della *AI criminal liability* trasmettano un evidente messaggio deresponsabilizzante nei confronti delle persone fisiche e delle imprese che gravitano "intorno al sistema di I.A.", che – beneficiando di uno "schermo penale" algoritmico – potrebbero violare impunemente gli obblighi di diligenza in materia di produzione e utilizzo dei sistemi di I.A.[35]. Il processo retorico di antropomorfizzazione dell'intelligenza artificiale rischia insomma di rivelarsi come una narrativa utile soprattutto alla causa di coloro che traggono benefici dalla produzione e dall'utilizzo dei sistemi di I.A.: la certezza dell'impunità annichilirebbe, infatti, la funzione general-preventiva del diritto penale, creando un meccanismo di incentivi distorti nella gestione del rischio da intelligenza artificiale[36].

3.4. Veniamo, infine, all'approccio che è più vicino alla nostra sensibilità politico-criminale, e che ci pare si possa collocare idealmente tra la prospettiva di una rinuncia al diritto penale e la prospettiva di una flessibilizzazione delle categorie penalistiche.

Di fronte alle citate difficoltà di individuare un nesso oggettivo e soggettivo tra condotta umana ed evento algoritmico, ci pare che una soluzione possa venire, *de iure condendo*, dalla predisposizione di forme di anticipazione della tutela penale, che sanzionino la messa in commercio di sistemi di I.A. pericolosi per la vita e l'incolumità individuale.

[35] Cfr., in questo senso, T. Weigend, *Convicting Autonomous Weapons? Criminal Responsibility of and for AWS under International Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2023, cit., pp. 7-8; B. Fateh-Moghadam, *Innovationsverantwortung im Strafrecht*, cit., pp. 878-879.

[36] V. già, in questo senso, A. Mangione, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale*, cit., p. 143.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Una simile impostazione permea anche uno dei criteri di delega contenuti nella legge 23 settembre 2025, n. 132, contenente *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*[37]. In particolare, la lett. *b*) dell'art. 24, co. 5, delega il Governo ad introdurre fattispecie, punite a titolo di dolo o di colpa, incentrate «sull'omessa adozione o sull'omesso adeguamento di misure di sicurezza per la produzione, la messa in circolazione e l'utilizzo professionale di sistemi di intelligenza artificiale, quando da tali omissioni deriva pericolo concreto per la vita o l'incolumità pubblica o individuale o per la sicurezza dello Stato» (lett. b).

Si tratterà, ora, di vedere in che modo il Governo darà attuazione alla delega[38].

Si potrebbe obiettare che quella dell'anticipazione della tutela penale è una soluzione già ampiamente esplorata dalla dottrina, come risposta alle sfide poste dallo sviluppo industriale e dall'evoluzione tecnologica – soluzione che, tuttavia, non sempre ha conseguito i risultati attesi. L'obiezione – non possiamo negarlo – coglie nel segno. A noi pare, tuttavia, che il settore dell'intelligenza artificiale potrebbe rivelarsi un terreno davvero fecondo per l'oculata introduzione di alcune specifiche forme di anticipazione penale. E ciò per una semplice ragione: il *disvalore del fatto umano*, quando è coinvolto l'agire di un sistema di I.A., sarà sempre più concentrato *sulla condotta* – ad esempio, sull'omessa predisposizione dei necessari presidi di sicurezza – piuttosto che sull'evento lesivo, sempre più distante rispetto alle capacità di comprensione e previsione dell'agente. Di qui la convinzione che, accanto alle sanzioni amministrative e alle misure correttive che potranno essere imposte dalle autorità di vigilanza, possa essere opportuno introdurre anche alcuni reati di pericolo, la cui formulazione dovrà necessariamente essere ispirata ai principi di frammentarietà ed *extrema ratio*.

[37] Per un'analisi sistematica dei profili penalistici e processual-penalistici della legge 132/2025 v. L. Picotti, *I contenuti penali della legge sull'intelligenza artificiale*, in *Sist. pen.*, 2 dicembre 2025; G. Vaccari, *Gli attuali profili penalistici dell'intelligenza artificiale alla luce della legge n. 132/2025*, in *Giustizia Insieme*, 4 dicembre 2025; A. Mangione, *Prove tecniche per un diritto penale dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 1413 ss.; volendo, v. anche B. Fragasso, *Profili penalistici della legge sull'intelligenza artificiale: osservazioni a prima lettura*, in *Sist. pen.*, 10, 2025, p. 157 ss. Sul testo del d.d.l. presentato dal Governo (n. S. 1146 del 2024) v. già F. Consulich, *Il diritto penale al tempo dell'intelligenza artificiale prospettive punitive nazionali dopo l'AI Act*, in *Dir. dif.*, 3-4, 2023, p. 721 ss., spec. p. 739 ss.; L. Scollo, *L'intelligenza artificiale entra nel Codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2025, p. 693 ss.

[38] Sulle (ampie) deleghe in materia penale contenute nella legge v. N. Maiello, *Prime riflessioni sulla delega al Governo nella l. 23 settembre 2025, n. 132. Verso una responsabilità penale per fatto artificiale?*, in *Sist. pen.*, 12, 2025, p. 27 ss.; sia consentito inoltre il rinvio al nostro contributo in corso di pubblicazione nel fascicolo 1/2025 della *Riv. it. dir. proc. pen*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

4. Infine, ci sia consentita qualche cursoria – e tutt'altro che conclusiva – considerazione sulla responsabilità "da reato" degli enti.

Sino ad ora abbiamo sorvolato sul fatto che, a ben guardare, saranno le società, più che le singole persone fisiche, i principali attori nello sviluppo e nell'impiego dell'intelligenza artificiale. È infatti praticamente inimmaginabile, oggi, che una singola persona sviluppi e commercializzi sistemi di I.A., data la complessità e i costi che una simile attività richiede; e lo stesso discorso, tra l'altro, riguarda anche gli utilizzatori (si pensi, ad esempio, alla crescente diffusione nelle fabbriche di macchinari industriali "intelligenti", o all'utilizzo di sistemi di I.A. per la *corporate governance*[39]).

Anche nel settore della produzione (e dell'impiego) dei sistemi di I.A., insomma, emerge plasticamente la disarmonia tra il carattere intrinsecamente plurisoggettivo degli illeciti e la conformazione personalistica della responsabilità penale – una disarmonia che si riscontra in relazione a tutti i fenomeni tipici della criminalità d'impresa, e che sconta il rischio che la ricerca del soggetto rimproverabile all'interno degli enti si trasformi in una caccia al capro espiatorio.

In questo contesto, la responsabilità "da reato" degli enti rappresenta senz'altro un modello in grado di spostare il *focus* dell'imputazione penale dalla colpa del singolo al *deficit* organizzativo.

Va evidenziato, tuttavia, che le difficoltà emerse in relazione all'imputazione penale – di cui si è detto – rischiano di avere un effetto a cascata anche sul sistema 231, che presuppone pur sempre la commissione di *un fatto antigiuridico e colpevole da parte di una persona fisica*[40]. Ciò significa che l'ente potrà essere ritenuto responsabile soltanto nel caso in cui sia possibile dimostrare la commissione di un reato completo di tutti i suoi elementi: una circostanza che – sebbene teoricamente non impossibile – incontra senza dubbio molte difficoltà nel settore che qui ci occupa, per le motivazioni anzidette[41].

Ecco, allora, che ci si potrebbe chiedere se, *de iure condendo*, il settore della produzione di sistemi di I.A. possa rappresentare un buon banco di prova per il riconoscimento di una maggiore autonomia della responsabilità

[39] M. Mozzarelli, G. Schneider, *AI and Strategic Decisions: Facing the Incompleteness*, in *European Business Organization Law Review*, 2026; per un approccio penalistico alla materia della *corporate governance* v. A. Mangione, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale*, cit., *passim*.

[40] In questo senso v. D. Pulitanò, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Giuffrè, 2002, p. 963; M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2-3, 2002, p. 404; *contra* v., per tutti, C.E. Paliero, *Dieci anni di* corporate liability *nel sistema italiano*, in *Soc.*, 12, 2011, p. 17.

[41] Cfr. V. Mongillo, *Responsabilità da reato degli enti e crimini connessi all'intelligenza artificiale: tecniche giuridiche di intervento e principali ostacoli*, in *Arch. pen*., 3, 2024, p. 17.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dell'ente rispetto a quella della persona fisica, superando gli angusti meccanismi ascrittivi dell'art. 8 del d.lgs. 231/2001[42]. Si tratta di uno sviluppo che è senza dubbio da guardare con interesse, poiché proprio in relazione agli eventi lesivi "da intelligenza artificiale" potrebbe emergere la necessità di valorizzare direttamente la colpa di organizzazione come "causa" dell'evento.

La domanda che dovremmo porci, tuttavia, in un'ottica di sussidiarietà e di razionalizzazione del sistema sanzionatorio, è se vi sia davvero bisogno, in questo settore, di un modello di responsabilità degli enti slegato rispetto all'accertamento del reato presupposto. Quali benefici, insomma, potrebbe determinare l'implementazione di un sistema di responsabilità penale diretta degli enti, considerato che esiste già, ai sensi dell'AI Act, un sistema di sanzioni amministrative punitive?

Occorre evitare, insomma, che da un rischio di deresponsabilizzazione si passi ad un carico punitivo sproporzionato a carico dei produttori dei sistemi di I.A.

Sulla conformazione della responsabilità "da reato" degli enti, d'altra parte, sono praticamente nulle le indicazioni contenute nella legge italiana sull'intelligenza artificiale (l. 132/2025). In particolare, la delega prevista dalla lett. *c*) dell'art. 24, co. 5, demanda al Governo la «precisazione dei criteri di imputazione della responsabilità […] amministrativa degli enti per gli illeciti inerenti a sistemi di intelligenza artificiale, che tenga conto del livello effettivo di controllo dei sistemi predetti da parte dell'agente».

Se è pacifico che in attuazione di un criterio di delega così vago non possa procedersi ad una riforma organica dei criteri di imputazione contenuti nel d.lgs. 231/2001, a noi pare che la stessa preclusione debba operare con riferimento all'estensione dell'elenco dei *predicate crimes*. L'individuazione, ad opera del legislatore, delle figure di reato che possono far sorgere la responsabilità degli enti contribuisce, infatti, alla descrizione del precetto penale: attività, quest'ultima, che, quantomeno nelle sue linee essenziali, deve necessariamente essere riservata al Parlamento, se ancora – a dispetto delle prassi disinvolte ormai affermatesi in relazione all'approvazione degli

[42] Sull'opportunità di accentuare l'autonomia della responsabilità "penale" degli enti rispetto a quella delle persone fisiche v. E. Greco, *L'illecito dell'ente nella teoria della colpa. Modelli emergenti e proposte di rinnovazione*, Giappichelli, 2024, *passim*, spec. p. 380 ss.; nello specifico settore dei reati ambientali, L. Maldonato, *Il crimine ambientale come crimine delle corporations: cooperazione pubblico-privato e responsabilità indipendente dell'ente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 3-4, 2021, p. 504 ss.; A. Gargani, *Profili della responsabilità collettiva da reato colposo*, in L. Cornacchia, E. Demetrio Crespo (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti. Profili dogmatici e politico-criminali a oltre vent'anni dal d.lgs. 231/2001*, Giappichelli, 2023, p. 195 ss., pubblicato anche in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 1-2, 2022, p. 56 ss.; nel settore della sicurezza alimentare, E. Birritteri, *Salute pubblica, affidamento dei consumatori e diritto penale. Limiti e prospettive di tutela nel settore alimentare tra individuo e ente collettivo*, Giappichelli, 2022, p. 352 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

atti aventi forza di legge[43] – intendiamo riconoscere una funzione ordinamentale al principio di riserva di legge in materia penale.

[43] Per qualche numero sui d.l. e i d.lgs approvati dai diversi governi v. L. Casini, *Il governo legislatore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, p. 149 ss.; più recentemente, C. Canepa, *Il governo Meloni non è stato di parola sull'abuso dei decreti-legge*, in *Pagella politica*, 19 giugno 2025; F. Gonzato, *Il Parlamento cede sempre più poteri al governo e in modo confuso*, *ivi*, 16 giugno 2025.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Alfio Guido Grasso

Uso professionale dell'intelligenza artificiale: tra regolazione e responsabilità

Sommario: 1. L'intelligenza artificiale e le professioni intellettuali: "una relazione destinata a durare". – 2. L'uso dell'intelligenza artificiale nella professione forense: tra moltiplicazione dei casi giudiziari e responsabilità degli avvocati. – 3. È configurabile una responsabilità del professionista per mancato utilizzo dell'intelligenza artificiale? – 4. Dovere di informazione del cliente e consenso informato del paziente: quando il professionista deve comunicare il ricorso all'intelligenza artificiale.

1. L'intelligenza artificiale, intesa nel senso più esteso come la capacità di un sistema informatico di simulare l'intelligenza umana, sta trasformando le strutture economiche e sociali del nostro tempo. Tuttavia, fino a poco tempo fa, nonostante l'impatto dirompente, non aveva attirato l'attenzione degli organi legislativi. Solo di recente, e con una convergenza di interessi e attori senza precedenti, sono state adottate varie misure per limitare e regolamentare il fenomeno, sia a livello nazionale che internazionale, molte delle quali sono ancora in fase di discussione.

L'Europa e l'Italia sono in prima linea in questo processo di riforma. Da parte sua, l'Unione europea ha emanato il cosiddetto AI Act (Regolamento 2024/1689), pubblicato il 12 luglio sulla Gazzetta Ufficiale dell'UE, ma la cui applicazione definitiva avverrà solo a partire dal 2 agosto 2026 (anche se è probabile un possibile slittamento in avanti[1]). Si tratta del primo tentativo sistematico a livello mondiale di regolamentare l'innovazione legata all'intelligenza artificiale, d'ispirazione per molti altri progetti in corso di realizzazione su scala globale[2]. Nel contesto europeo, merita una menzione

[1] Giorno 18 marzo 2026, le commissioni del Parlamento UE (IMCO e LIBE) hanno approvato una proposta di modifica dell'AI Act che posticipa l'applicazione delle regole ai sistemi di I.A. ad alto rischio. Le nuove scadenze proposte sono: dicembre 2027 per i sistemi legati alla biometria, alle infrastrutture critiche, all'istruzione, al lavoro e alla giustizia e il 2 agosto 2028 per i sistemi coperti dalla legislazione settoriale in materia di sicurezza e sorveglianza. Il motivo dello slittamento risiede nel fatto che gli adattamenti tecnici necessari non sarebbero (stati) pronti entro il 2026. Il voto del 18 marzo sul rinvio delle scadenze dell'AI Act va inquadrato nell'ambito del cosiddetto "pacchetto Omnibus" (o "Digital Omnibus"), un'iniziativa della Commissione UE ideata per modificare e semplificare alcune norme già approvate, adattandole alle difficoltà applicative emerse, e per dare più tempo alle imprese e alle autorità nel processo di adeguamento.

[2] Cfr., per tanti, G. Finocchiaro, *Diritto dell'intelligenza artificiale*, 2ª ed., Bologna, 2025, p. 19 s.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

anche il primo trattato internazionale su "Intelligenza artificiale e diritti umani, democrazia e stato di diritto", adottato dal Consiglio d'Europa il 17 maggio. Sul fronte nazionale, invece, spicca la legge 23 settembre 2025, n. 132, intitolata "Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale", che si distingue per ambiziosità e organicità.

Lo studioso di diritto delle trasformazioni tecnologiche ha l'obbligo di riflettere su queste importanti innovazioni, così come sui processi di introduzione in atto presso *competitors* internazionali quali Stati Uniti e Cina, per offrire un contributo di chiarezza e approfondimento nei molteplici ambiti in cui l'intelligenza artificiale è chiamata a operare.

Tra questi, per il presente lavoro si è scelto di concentrare l'attenzione sulle ripercussioni che l'uso sempre più pervasivo dell'intelligenza artificiale sta producendo sulle professioni intellettuali, approfondendo così anche il quadro normativo in divenire in questo specifico ambito. L'obiettivo è quello di offrire un contributo di conoscenza in vista della piena applicazione dell'AI Act (Regolamento 2024/1689) nonché della corrispettiva legge italiana, focalizzando l'attenzione su uno degli ambiti in cui l'intelligenza artificiale sta incidendo maggiormente.

Se da un lato è più che lecito supporre che i professionisti facciano un uso costante e diffuso dei Large Language Models (LLM), dall'altro lato si tende solitamente a non rivelare o ammettere il ricorso a tale risorsa, temendo un discredito sociale e/o della categoria di appartenenza, ma anche nutrendo timore di possibili sanzioni da parte dei rispettivi ordini professionali (e non solo: v. § 2).

Tuttavia, l'atteggiamento del legislatore della recente legge italiana sull'intelligenza artificiale non sembra essere pregiudizialmente ostile, anzi, all'art. 13 della richiamata l. n. 132/2005, rubricato «Disposizioni in materia di professioni intellettuali», viene espressamente riconosciuto l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale nelle professioni intellettuali, a condizione che siano impiegati «al solo esercizio delle attività strumentali e di supporto all'attività professionale e con prevalenza del lavoro intellettuale oggetto della prestazione d'opera».

Il Regolamento 2024/1689 (AI Act), pur non dettando norme specifiche in merito, contribuisce a "normalizzare" l'uso dell'intelligenza artificiale nell'attività lavorativa e professionale, dotandolo di una base giuridica. Pur non imponendo l'uso dell'I.A., il Regolamento ne riconosce e ne regolamenta l'uso attraverso una serie di obblighi in materia di trasparenza, gestione dei rischi e supervisione che si applicano anche ai professionisti intellettuali: sia in qualità di "utenti" (*deployers*), se utilizzano un sistema di I.A. sviluppato da altri, sia in qualità di "fornitori" (*providers*), se sviluppano o commissionano lo sviluppo di un sistema di I.A.

2. La circostanza che tanti professionisti intellettuali ricorrano costantemente e in modo trasversale agli strumenti di intelligenza artificiale ge-

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

nerativa – ossia quegli strumenti capaci di creare "nuovi" contenuti come testi, immagini, video e musica – traspare in modo evidente dalle numerose pronunce giudiziarie che, negli ultimi tempi, hanno lambito il tema.

Solo da ultimo, il Tribunale di Siracusa, con sentenza del 20 febbraio 2026, n. 338, ha ritenuto che la condotta processuale di una parte, consistita nel citare e avvalersi di precedenti giudiziari inesistenti (probabilmente generati da I.A.), integrasse una condotta processuale particolarmente grave e giustificasse una condanna per lite temeraria ai sensi dell'art. 96 c.p.c.[3]. In particolare, il giudice segnalava con analiticità che quattro precedenti di legittimità, riportati testualmente tra virgolette, in realtà non contenessero i passaggi riportati e che almeno due di essi trattassero, nella loro formulazione autentica, materie estranee a quella del contendere.

È interessante il modo analitico e, se vogliamo, "investigativo" con cui il giudice si interroga sulle cause di quest'anomalia (un modo di procedere che non si riscontra nella giurisprudenza formatasi in precedenza su casi analoghi, v. oltre). Escluso che possa essere dovuto a un problema di malfunzionamento o cattiva indicizzazione delle banche dati giuridiche professionali – perché questi strumenti non generano di per sé testo, ma riportano il provvedimento semplicemente riproducendolo –, viene reputato improbabile anche il caso di un errore mnemonico o di distrazione: non trattandosi di un numero scritto male o di una sezione annotata in modo impreciso, bensì di massime costruite *ex novo*, non corrispondenti alle sentenze menzionate. Non può neanche ipotizzarsi un comportamento deliberato: sarebbe troppo grave e poco plausibile che un difensore agisse in questo modo.

Scartate, dunque, possibili ipotesi alternative, la spiegazione più probabile sembrerebbe essere l'uso di LLModels. Sul punto, al di là di quanto già noto e di quanto già esposto in precedenza, è interessante la menzione che il giudice fa della base di conoscenza di questi dispositivi. I sistemi di I.A. generativa generalisti (come, per intenderci, ChatGPT), hanno una base di conoscenza non verificabile, aperta (ossia non fondata su conoscenze definite dall'addestratore e quindi in precedenza controllate) e non conoscibile da parte degli utenti. Di conseguenza, il rischio di allucinazioni, ossia di contenuti apparentemente affidabili ma in realtà inesistenti o incoerenti, è particolarmente elevato.

La mancanza di un controllo critico di questi strumenti, in particolare in un contesto tecnologicamente integrato come il nostro, costituisce una grave negligenza, che aumenta ingiustificatamente il carico di lavoro del giudice e della controparte, chiamati a verificare l'esistenza e l'attendibilità della fonte prima ancora del contenuto.

[3] Trib. Siracusa, 20 febbraio 2026, n. 338, in *OneLegale*; anche in *Altalex.com*, con nota di G.A. Riccio, *Ci risiamo: ancora a proposito dell'uso improprio dei sistemi AI da parte degli avvocati*, pubbl. 3.3.2026.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Prima della pronuncia del Tribunale di Siracusa, si era già espresso il Tribunale di Firenze (sezione specializzata in materia di imprese) in relazione a un caso in cui, in sede di comparsa di costituzione, erano state indicate sentenze inesistenti o il cui contenuto reale non corrispondeva a quello riportato[4]. Il difensore, in un certo senso "pilatescamente", dichiarava che i riferimenti giurisprudenziali citati nell'atto fossero il risultato della ricerca effettuata da una collaboratrice dello studio mediante l'intelligenza artificiale, del cui utilizzo non era a conoscenza: l'accaduto è stato inquadrato come un caso di allucinazioni dell'intelligenza artificiale. In questo caso, lo strumento di I.A. avrebbe inventato dei numeri, asseritamente riferibili a sentenze della Corte di cassazione inerenti al tema del processo, che invece non avevano nulla a che fare con tale materia. Il Collegio osservava innanzitutto che l'indicazione di tali riferimenti giurisprudenziali non mirava a influenzarne il giudizio ma, piuttosto, a richiamare quanto già indicato in senso analogo anche nelle decisioni di prime cure, inserendosi nella struttura difensiva rimasta immutata sin dal primo grado del giudizio.

In concreto, il Collegio ha escluso sia la condanna *ex* art. 96, primo comma, c.p.c., non essendo state fornite dal reclamante allegazioni, neppure generiche, dei danni subiti a causa dell'attività difensiva svolta dalla controparte, sia la condanna *ex* art. 96, terzo comma, c.p.c.

Merita approfondire le ragioni per cui il Tribunale ha ritenuto non applicabile il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. Pur riconoscendo il disvalore dell'omessa verifica dell'effettiva esistenza delle sentenze risultanti dall'interrogazione dell'I.A., il richiamo a precedenti della Cassazione non pertinenti non avrebbe avuto altro effetto che quello di rafforzare la linea difensiva già esposta in primo e secondo grado, escludendosi così la malafede nell'intento difensivo.

Tuttavia, va osservato, di contro, che se la *ratio* del comma 3 dell'art. 96 c.p.c. consiste, come riconosciuto dallo stesso Collegio, nel disincentivare l'abuso del processo o i comportamenti strumentali al funzionamento del servizio giustizia, è difficile escludere che la menzione di precedenti insussistenti o non pertinenti al caso specifico configuri una condotta caratterizzata da colpa grave. La norma non mira solo a colpire la malafede di chi abusa del diritto d'azione o di difesa in giudizio per spirito di emulazione o per meri fini dilatori, ma anche la mancanza di diligenza e prudenza necessarie per rendersi conto dell'infondatezza della propria pretesa o delle conseguenze dei propri atti[5].

Di quest'ultimo avviso, nel senso di una condanna *ex* art. 96 c.p.c., commi 3 e 4, si è mostrato il Tribunale di Torino, sezione lavoro, in relazione ad

[4] Tribunale Firenze, sez. spec. in materia di imprese, 14 marzo 2025, n. 945, in *OneLegale*.

[5] Cfr. Cass., 30 dicembre 2023, n. 36591; Cass., 17 aprile 2023, n. 10097; già Cass., 17 marzo 1982, n. 1722, tutte in *Italgiure.giustizia.it*

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

un «ricorso redatto 'col supporto dell'intelligenza artificiale', costituito da un coacervo di citazioni normative e giurisprudenziali astratte, prive di ordine logico e in larga parte inconferenti, senza allegazioni concretamente riferibili alla situazione oggetto del giudizio – eccezioni tutte manifestamente infondate»[6].

Nella stessa direzione si è indirizzato il Tribunale di Latina, sezione lavoro, che, con motivazioni inequivocabili, ha riconosciuto come «il ricorso giudiziario – così come tutti gli altri centinaia di giudizi patrocinati dal medesimo difensore, tutti redatti a stampone – risulta evidentemente redatto con strumenti di intelligenza artificiale; tanto è evidente non solo dalla gestione del procedimento (deposito di note *ex* art. 127 *ter* c.p.c. il giorno successivo al deposito del decreto di fissazione dell'udienza) ma soprattutto dalla scarsa qualità degli scritti difensivi e dalla totale mancanza di pertinenza o rilevanza degli argomenti utilizzati [il ricorso] è infatti composto da un coacervo di citazioni normative e giurisprudenziali astratte, prive di ordine logico e in gran parte inconferenti rispetto al *thema decidendum* ed, in ogni caso, tutte manifestamente infondate». Queste osservazioni, insieme al comportamento del difensore che, pur invitato, evitava di comparire in udienza per fornire chiarimenti, hanno indotto la Corte a ritenere integrata la malafede, ovvero la grave negligenza, giustificando così la condanna *ex* art. 96, comma 3, c.p.c.[7].

Infine, neanche la giustizia amministrativa è rimasta immune da questi casi. Risalta una pronuncia del TAR Lombardia, in cui si biasima la condotta di un difensore il cui ricorso conteneva numerose sentenze citate a sostegno delle proprie tesi «non pertinenti e le massime indicate in molti casi sono riferibili ad orientamenti giurisprudenziali non noti». Tale condotta è stata ritenuta in violazione del dovere del difensore di comportarsi in giudizio con lealtà e probità, in quanto «introduce elementi potenzialmente idonei ad influenzare il contraddittorio processuale e la fase decisoria verso un percorso non corretto, e perché rende inutilmente gravosa, da parte del giudice e delle controparti, l'attività di controllo della giurisprudenza citata e dei principi dalla stessa apparentemente affermati». Inoltre, in sede di trattazione orale, alla richiesta di chiarimenti, il difensore affermava «di aver citato nel ricorso della giurisprudenza reperita mediante strumenti di ricerca basati sull'intelligenza artificiale che hanno generato risultati errati».

Secondo i giudici amministrativi, tutto ciò non rappresenterebbe una circostanza esimente, semmai una ragione di inasprimento della posizione del legale, in quanto «la sottoscrizione degli atti processuali ha la funzione di attribuire la responsabilità degli esiti degli scritti difensivi al sottoscrittore indipendentemente dalla circostanza che questi li abbia redatti personalmente o avvalendosi dell'attività di propri collaboratori o di strumenti di intelligenza

[6] Tribunale Torino, sez. lavoro, 16 settembre 2025, n. 2120, in *OneLegale*.
[7] Tribunale Latina, sez. lavoro, 23 settembre 2025, n. 1034, in *OneLegale*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

artificiale». Inoltre, continua il Collegio, il difensore, in osservanza del principio della centralità della decisione umana – e al riguardo cita in modo molto interessante e pertinente «La carta dei principi per un uso consapevole dei sistemi di intelligenza artificiale in ambito forense», redatta dall'Ordine degli Avvocati di Milano nel 2024 – «ha un onere di verifica e controllo dell'esito delle ricerche effettuate con i sistemi di intelligenza artificiale, possibile fonte di risultati errati comunemente qualificati come "allucinazioni da intelligenza artificiale», che si verificano quando tali sistemi inventano risultati inesistenti ma apparentemente coerenti con il tema trattato". Per queste ragioni ha disposto, ai sensi dell'art. 88 cod. proc. civ., applicabile al processo amministrativo in forza del rinvio contenuto nell'art. 39 cod. proc. amm., l'invio di copia della sentenza al competente Consiglio dell'Ordine[8].

Oltre alla responsabilità processuale aggravata che può derivare da queste condotte, i difensori che le adottano possono essere ritenuti responsabili, in via contrattuale, nei confronti delle parti che rappresentano, per non aver esercitato attività di controllo e verifica adeguate sui responsi forniti dallo strumento di I.A.

Ci sarebbero anche margini per argomentare la responsabilità (contrattuale e/o aquiliana) dell'impresa *provider* del servizio di I.A., ma ciò esulerebbe dagli stretti confini di questo contributo.

In questa sede, piuttosto, preme continuare a ragionare sull'uso dell'AI da parte dei professionisti intellettuali, individuando le opportunità legate a tale utilizzo, il modo in cui lo stesso viene regolamentato e l'eventuale (forse paradossale) responsabilità per un loro mancato impiego.

3. L'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale da parte dei professionisti è solitamente etichettato in modo negativo, essendo considerato una minaccia per la loro competenza e autonomia di giudizio. Ciononostante, se impiegati correttamente, questi sistemi sono in realtà destinati a migliorare significativamente l'efficienza delle prestazioni professionali, nonostante i rischi di allucinazioni o "artefatti"[9], in particolare in campo medico[10].

[8] T.A.R. Lombardia Milano, sez. V, 21 ottobre 2025, n. 3348, in *OneLegale*.

[9] Gli artefatti nelle immagini mediche sono distorsioni o errori che possono verificarsi durante l'acquisizione di immagini, ad esempio in caso di TAC o risonanza magnetica. Questi artefatti hanno un impatto significativo nel campo dell'intelligenza artificiale, poiché influenzano la qualità dei dati su cui i modelli vengono addestrati. Se l'AI "impara" da immagini con artefatti, potrebbe interpretare erroneamente le informazioni e fornire diagnosi meno accurate. Allo stesso tempo, l'intelligenza artificiale può essere utilizzata per riconoscere e correggere questi artefatti, migliorando la qualità delle immagini e rendendo le analisi più affidabili.

[10] La letteratura in materia è talmente ampia che non può essere richiamata nemmeno in sintesi. Si rinvia pertanto al recente volume collettivo, curato da C. De Menech e M. Foglia, *Autodeterminazione, cura e ricerca nell'era digitale*, Torino, 2026, ove ampi riferimenti.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Quanto precede non deve indurre a trascurare il fatto che, nella maggior parte dei casi, le indicazioni algoritmiche si rivelano corrette e che il tasso di errore diagnostico di questi dispositivi in molte aree della medicina sia inferiore a quello dei medici[11]. Proprio in questo campo, l'elevata accuratezza delle tecnologie di intelligenza artificiale ha indotto a considerare le loro indicazioni come un modello comportamentale particolarmente accreditato e affidabile, ferma restando la necessità di verificare l'adattabilità delle raccomandazioni algoritmiche al caso specifico[12].

La circostanza che l'indicazione algoritmica sia statisticamente più corretta rispetto al suo contrario, comporta che:

1) il medico non possa decidere di ignorare o trascurare l'indicazione della macchina senza prima effettuare i rilievi necessari, pena il rischio di essere ritenuto gravemente negligente;

2) il medico abbia l'onere di approfondire il riscontro proveniente dal dispositivo: onere che non va inteso come limitazione o invasione della sua discrezionalità professionale, ma come misura di tutela dell'organizzazione di appartenenza di fronte a possibili richieste di risarcimento danni di natura civile e contabile e, soprattutto, come misura di salvaguardia della salute dei pazienti.

Adesso, complice anche l'introduzione di alcune disposizioni normative contenute nella recente legge nazionale italiana sull'intelligenza artificiale (legge n. 132 del 23 settembre 2025, articoli 13 e 24), queste considerazioni sull'opportunità (anzi, sulla necessità) che i professionisti facciano ricorso all'intelligenza artificiale hanno coinvolto anche la professione forense. Può apparire paradossale, ma i dati statistici empirici relativi all'efficienza di queste macchine ribalterebbero la responsabilità dall'uso al mancato uso di tali dispositivi nell'esercizio dell'attività professionale.

Consideriamo ora gli argomenti evocati a sostegno di questa tesi.

Vengono innanzitutto richiamate due disposizioni normative contenute nella recente legge 23 settembre 2025, n. 132, recante «Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale». L'art. 24, comma 2, lettera i), che prevede l'inserimento nei corsi universitari di attività formative per «l'utilizzo consapevole anche sotto il profilo giuridico delle tecnologie, anche con riferimento ai sistemi di intelligenza artificiale». E l'art. 24, comma 5, lettera b), che delega il Governo a introdurre fattispecie

[11] Riferimenti a molteplici progetti già sperimentati con successo nei campi dell'oftalmologia, della cardiologia e della radiologia si ritrovano in R.T. Sutton, D. Pincock, D.C. Baumgart, D.C. Sadowski, R.N. Fedorak e K.I. Kroeker, *An overview of clinical decision support systems: benefits, risks, and strategies for success*, in *Npj Digital Medicine*, 2020, 3, p. 17 ss.

[12] Si consenta il rinvio a A.G. Grasso, *Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica*, in *Riv. dir. civ*., 2023, n. 2, p. 334 s., spec. p. 353.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

di reato incentrate sull'«omessa adozione o sull'omesso adeguamento di misure di sicurezza per […] l'utilizzo professionale di sistemi di intelligenza artificiale».

Da un lato, il riconoscimento normativo di un "utilizzo professionale" dell'I.A., dall'altro la previsione di responsabilità (addirittura penale) per la sua gestione negligente, eleverebbe implicitamente tali sistemi a strumenti ordinari della professione e, quindi, aprirebbe «logicamente la porta a interrogarsi sulle conseguenze del suo mancato utilizzo, laddove questo si traduca in una prestazione qualitativamente inferiore a quella che sarebbe stata possibile»[13].

Tuttavia, non si comprende bene il passaggio dalla previsione di corsi per aumentare la consapevolezza e la capacità di utilizzare tali strumenti all'obbligatorietà del loro uso. Analoghe perplessità riguardano la lettura della previsione relativa alle nuove ipotesi di reato incentrate sull'omessa adozione o sull'omesso adeguamento delle misure di sicurezza per l'utilizzo professionale dei sistemi di intelligenza artificiale. La previsione di questi ulteriori reati, infatti, sembra riferirsi alle cautele e agli *standard* tecnici da adottare quando si utilizza l'AI, più che a un presunto obbligo di utilizzo.

Piuttosto, il punto è se la prestazione dell'avvocato sia davvero qualitativamente inferiore se condotta senza l'ausilio di uno strumento AI. Un secondo argomento, a mio avviso anche il più fondato, si basa sul parametro della diligenza professionale qualificata *ex* art. 1176, comma 2, c.c. È noto che, rispetto ai professionisti, non vige la c.d. diligenza del buon padre di famiglia, ma la più elevata e stringente diligenza qualificata, ossia quella del "professionista medio" di quel determinato settore e rispetto a quel particolare compito. Agirebbe in modo inadempiente quel professionista che ignorasse l'introduzione e la diffusione di sistemi di intelligenza artificiale capaci di assisterlo in attività cruciali come la ricerca giurisprudenziale, l'analisi documentale e la previsione degli esiti processuali: la realtà di questi strumenti modificherebbe inevitabilmente lo standard di diligenza esigibile, rapportandolo all'evoluzione scientifica e tecnologica[14].

È dunque lecito porsi la questione della c.d. minimizzazione del rischio in relazione all'uso di sistemi automatizzati. L'intelligenza artificiale riduce il rischio di errore medico, ad esempio: individua contraddizioni che per un medico sarebbero impossibili da notare nell'immediatezza e spesso è più veloce e accurata dei medici nell'identificare patologie nascoste. E rispetto agli avvocati? Le attività offerte attualmente dai sistemi di I.A. generativa nel mondo legale, come la generazione di bozze di atti o modelli,

[13] Così A.M. Gambino, *La responsabilità dell'avvocato per mancato utilizzo della IA*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 1 dicembre 2025, p. 2.

[14] Così A.M. Gambino, *op. loc. ult. cit*.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

la velocizzazione della ricerca giurisprudenziale e la "previsione degli esiti processuali"[15], non sono altrettanto rivoluzionarie né attendibili, anche se possono offrire un supporto significativo, benché soprattutto in termini di risparmio di tempo.

4. Il già richiamato art. 13 della legge italiana sull'intelligenza artificiale (l. n. 132/2025), al comma secondo, dispone che «Per assicurare il rapporto fiduciario tra professionista e cliente, le informazioni relative ai sistemi di intelligenza artificiale utilizzati dal professionista sono comunicate al soggetto destinatario della prestazione intellettuale con linguaggio chiaro, semplice ed esaustivo». Mentre, all'art. 7 (rubricato «Uso dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario e di disabilità»), comma terzo, afferma che «l'interessato ha diritto di essere informato sull'impiego di tecnologie di intelligenza artificiale»[16].

L'introduzione di queste due significative previsioni normative sembra confermare l'opinione, che avevo espressa in un lavoro precedente all'emanazione della legge, secondo cui esiste un obbligo di informare il paziente sull'uso di dispositivi di intelligenza artificiale[17]. La tesi, che era già argomentabile sulla base del disposto normativo contenuto nell'art. 1 della l. 22 dicembre 2017, n. 219 – ove si riconosce il diritto di ogni persona a ricevere informazioni complete, aggiornate e comprensibili sulla diagnosi, la prognosi, i benefici e i rischi degli esami diagnostici proposti, nonché sulle possibili alternative e sulle conseguenze di un eventuale rifiuto – trova ora inequivocabilmente conferma nei disposti normativi richiamati della legge sull'AI[18].

[15] Per una panoramica completa delle utilità che la GenAI può rivestire per la professione forense (in termini di aumento dell'efficienza, velocizzazione della ricerca giuridica, automatizzazione di attività ripetitive, supporto nella redazione di bozze, traduzioni, sintesi di documenti etc etc) v. la Guida del Consiglio degli Ordini Forensi d'Europa (CCBE) sull'uso dell'intelligenza artificiale generativa da parte degli avvocati rilasciata il 2 ottobre 2025.

[16] L'uso del termine "interessato" anziché "paziente" nell'ambito dell'art. 7 può apparire inappropriato, considerando che la norma è dedicata all'impiego dell'intelligenza artificiale nel settore sanitario e medico. Tale scelta può essere spiegata, da un lato, dall'uso del termine "data subject" (soggetto interessato) nei testi legislativi europei pertinenti e, dall'altro, dall'ampiezza della norma stessa, che sembra estendersi a ogni prestazione attinente al sistema sanitario e non solo ai trattamenti di natura strettamente medica.

[17] A.G. Grasso, *op. cit*., p. 353 s.; si mostrava contraria C. De Menech, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 2022, p. 181 s.

[18] Resta comunque aperta la questione di quali informazioni fornire al paziente riguardo all'uso di un dispositivo automatizzato per la prestazione di cura. Aspetto da considerare anche per le sue ripercussioni sulla capacità di condizionamento dell'informazione. Tuttavia, si tratta di un tema che esula dagli scopi del presente lavoro e per cui si rimanda a M. Duffourc e R. Cahill, *Informed consent for medical AI*, in *AI & Society*, 2026, *https://doi.org/10.1007/s00146-026-02940-y*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Per quanto riguarda la figura dell'avvocato, la legge richiede espressamente che il professionista informi il cliente sui sistemi di intelligenza artificiale utilizzati. Pertanto, il 13 ottobre 2025, il Consiglio Nazionale Forense ha diffuso una circolare indirizzata ai presidenti dei Consigli degli Ordini degli Avvocati, allegando uno schema di informativa tipo da utilizzare nella comunicazione con il cliente. Nella stessa si riporta che:

> – nel corso dell'esecuzione dell'incarico conferito sia in sede giudiziale che stragiudiziale, ove ritenuto utile, potrebbe ricorrere all'impiego di sistemi di Intelligenza Artificiale ("I.A."), per svolgere attività strumentali e/o di supporto all'attività professionale;
> – l'utilizzo dei sistemi di Intelligenza Artificiale ("I.A.") avverrà sempre nel pieno rispetto delle disposizioni del Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e dei doveri deontologici che regolano la professione forense al fine di garantire la tutela della privacy e della riservatezza del cliente e della parte assistita;
> – in particolare, l'Intelligenza Artificiale ("I.A.") sarà impiegata esclusivamente per funzioni di supporto alla attività professionale, quali, a titolo meramente esemplificativo, la gestione di attività organizzative e di segreteria, la ricerca normativa e giurisprudenziale, l'analisi preliminare di documenti e la predisposizione di bozze o sintesi;
> – il risultato derivato dai sistemi di Intelligenza Artificiale ("I.A.") sarà oggetto di una verifica attenta e accurata da parte dell'avvocato, sia in sede di generazione del prodotto che di controllo delle fonti.

Per quanto analitica, l'informativa appare insufficiente (e non pienamente conforme alla *ratio* sottesa al comma 2 dell'art. 13) per una serie di ragioni. In primo luogo, sarebbe opportuno chiarire il ruolo dell'AI nel procedimento specifico in cui è coinvolto il cliente, al fine di garantirne il rapporto fiduciario. Inoltre, bisognerebbe chiarire il confine tra supporto decisionale e decisione vera e propria: affermare che "il risultato derivato dai sistemi di I.A. sarà oggetto di verifica da parte dell'avvocato" non sembra garantire di per sé la conformità alla legge, che limita l'uso dell'I.A. alle sole attività strumentali e di supporto all'attività professionale. Infine, va considerato il momento in cui uno strumento di I.A. viene inserito nel flusso di lavoro: un sistema decisionale automatizzato impiegato per le attività preparatorie e integrato solo alla fine dall'intervento umano non corrisponde a un approccio *human-in-the-loop*, in contrasto sia con il già richiamato principio espresso dal comma 1 dell'art. 13 della legge italiana sull'I.A. sia con l'art. 22 del GDPR e con l'art. 86 dell'AI Act (Regolamento 2024/1689)[19].

[19] Con il termine "approccio human-in-the-loop" si intende un modello in cui l'essere umano rimane parte integrante e centrale del processo decisionale: i sistemi automatici supportano l'analisi e propongono delle azioni, ma spetta a una persona umana non solo validarle, ma anche discuterle nel merito, senza limitarsi a correggere o supervisionare, ma intervenendo attivamente, apportando modifiche, ripetendo il processo, ecc. Questo tema,

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Se, ed eventualmente quali, informazioni fornire al cliente sull'utilizzo di un dispositivo automatizzato è un aspetto da considerare anche per le sue ripercussioni sul versante della responsabilità. Un'informazione analitica non solo è in linea con lo spirito della novella, ma anche con la giurisprudenza in materia[20], dovendo financo includere la valutazione prospettica di possibili esiti sfavorevoli (in questo, i modelli predittivi dell'intelligenza artificiale sono destinati a svolgere un ruolo significativo).

Tuttavia, a ostacolare questo approdo intervengono i limiti di trasparenza associati al funzionamento dei dispositivi di intelligenza artificiale, che possono rendere difficile nella pratica comunicare ai clienti informazioni affidabili e adeguate.

ovvero quando interviene il controllo umano e in che fase del lavoro, è centrale per determinare se la decisione è completamente automatizzata, semi-automatizzata o interamente affidata all'uomo. Per ulteriori approfondimenti, si rimanda, per molti, a S. Sapienza, *Decisioni algoritmiche e diritto*, Milano, 2024; B. Parenzo, *La profilazione algoritmica nel prisma dell'autonomia privata*, Napoli, 2024; A.G. Grasso, *GDPR Feasibility and Algorithm Non-Statutory Discrimination*, Napoli, 2023.

[20] Cfr., di recente, Cass., 22 settembre 2025, n. 25889; Cass., 11 dicembre 2023, n. 34412, entrambe in *Italgiure.giustizia.it*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Soroor Mahamedi

Personalità giuridica e arbitro: ripensare l'assunto antropocentrico nel diritto dell'arbitrato

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le descrizioni normative dell'arbitro come «persona». – 3. Il concetto di persona nella teoria generale. – 4. Persona fisica e persona giuridica. – 5. La personalità e l'arbitro nel diritto dell'arbitrato. – 6. Conclusione.

1. Nel sistema dell'arbitrato la risoluzione delle controversie è affidata a un decisore terzo scelto dalle parti. Nella prassi, tale decisore è quasi invariabilmente concepito come una persona fisica. La figura dell'arbitro è generalmente associata a un decisore «umano», la cui autorità deriva dall'accordo delle parti e il cui ruolo, sotto molti aspetti, presenta analogie con quello di un giudice privato. Nonostante l'apparente evidenza di tale presupposto, la legislazione arbitrale non sempre definisce l'identità dell'arbitro in termini strettamente umani.

Molte normative in materia di arbitrato si limitano infatti a prevedere la nomina di una «persona» quale arbitro, senza specificare espressamente se tale termine indichi necessariamente una persona fisica. Questa formulazione compare non solo in diversi ordinamenti nazionali, ma anche in importanti strumenti internazionali, come la Legge Modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale. L'impiego legislativo di una terminologia più ampia solleva una rilevante questione concettuale: il riferimento a una «persona» nel diritto dell'arbitrato implica intrinsecamente un essere umano oppure si riferisce piuttosto a un soggetto giuridico riconosciuto dall'ordinamento? La questione non è meramente semantica. L'identità dell'arbitro costituisce infatti un elemento fondamentale del processo arbitrale, incidendo sul modo in cui il dovere di decidere la disputa è strutturato ed esercitato. Se il concetto di «persona» nelle normative arbitrali venisse interpretato esclusivamente in termini biologici, la funzione arbitrale rimarrebbe necessariamente limitata alle persone fisiche. Se invece il termine riflettesse il più ampio concetto giuridico di personalità elaborato nella teoria generale del diritto, l'ambito applicativo della nozione potrebbe richiedere una rivalutazione.

Il presente articolo esamina il significato del termine «persona» nel diritto dell'arbitrato, collocando il concetto di arbitro all'interno del più ampio quadro della personalità giuridica. L'analisi prende avvio da una panoramica comparata di come la legislazione arbitrale descrive la figura dell'arbitro, evidenziando le differenze tra le normative che limitano espressamente

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

tale ruolo alle persone fisiche e quelle che invece utilizzano il concetto più generale di «persona». L'articolo si rivolge quindi alla teoria generale per chiarire il concetto di personalità, richiamando le ricostruzioni classiche e normativistiche della persona giuridica come costruzione attraverso la quale diritti, doveri e atti giuridici sono imputati nell'ambito dell'ordinamento.

Ripreso questo quadro teorico, l'articolo analizza le discussioni dottrinali presenti nella letteratura sull'arbitrato riguardanti il rapporto tra il processo decisionale umano e il soggetto giuridico titolare dell'ufficio arbitrale. Particolare attenzione è dedicata ai meccanismi organizzativi attraverso i quali le persone giuridiche operano nei procedimenti giuridici e alla possibilità che gli atti decisori compiuti da individui possano essere giuridicamente imputati a un ente distinto da tali individui. Chiarendo i fondamenti concettuali della personalità nel diritto dell'arbitrato, l'articolo sostiene che la diffusa identificazione dell'arbitro con una persona fisica rifletta principalmente una scelta istituzionale e legislativa, piuttosto che una necessità concettuale intrinseca all'arbitrato stesso. Comprendere il significato giuridico del termine «persona» costituisce, pertanto, un passaggio analitico indispensabile per valutare l'insieme dei soggetti che potrebbero potenzialmente rientrare nella definizione di arbitro.

2. Il punto di partenza per comprendere come il diritto dell'arbitrato concepisca l'identità dell'arbitro risiede nella terminologia impiegata nelle legislazioni arbitrali. In molti ordinamenti giuridici, l'arbitro non è definito attraverso una descrizione concettuale elaborata, ma viene semplicemente indicato come una «persona». Questa scelta linguistica, apparentemente semplice, comporta implicazioni rilevanti. Qualificando l'arbitro come persona, la legislazione arbitrale colloca la funzione arbitrale all'interno della più ampia categoria giuridica della «persona». Allo stesso tempo, la tecnica legislativa riflette spesso una concezione storicamente antropocentrica dell'arbitrato, suggerendo che la persona prevista dalla legge sia normalmente un decisore umano. In diverse legislazioni arbitrali tale presupposto emerge in modo esplicito. Alcuni ordinamenti descrivono espressamente l'arbitro come un «individuo» o una «persona fisica». L'Arbitration Act scozzese, ad esempio, stabilisce che «solo un individuo può agire come arbitro», limitando così chiaramente la funzione arbitrale ai soggetti umani[1].

Il diritto francese adotta un approccio analogo. L'articolo 1450 del Code de procédure civile[2] stabilisce che solo una persona fisica dotata di piena

[1] Arbitration (Scozia) Act 2010 (asp 1). Inoltre, N. Andrews, *Arbitration and Contract Law: Common Law Perspectives*, in *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 54, Springer, London, 2016, pp. 100-101.

[2] Code de procédure civile, Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, art. 1450 (come modificato da Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011; P. Fouchard, E. Gaillard, B. Gold-

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

capacità giuridica può svolgere la funzione di arbitro, mentre le persone giuridiche eventualmente designate in una convenzione arbitrale possono soltanto amministrare l'arbitrato. La disposizione opera quindi una distinzione tra l'autorità decisoria, riservata alle persone fisiche, e l'amministrazione istituzionale del procedimento arbitrale, che può essere svolta da enti giuridici.

Tuttavia, una simile limitazione esplicita è tutt'altro che universale. In molte legislazioni arbitrali, il legislatore si astiene dal definire l'arbitro come una persona fisica e utilizza invece il termine più ampio e neutro di «persona». È stato osservato che tali normative non escludono che un ente giuridico possa essere designato come arbitro. Ciò avviene, ad esempio, in Belgio e, apparentemente, anche in Germania[3]. Il Codice giudiziario belga faceva riferimento a «qualsiasi persona che abbia la capacità di stipulare contratti» quale soggetto idoneo ad essere nominato arbitro[4]. Inoltre, l'articolo 812 del Codice di procedura civile italiano prevede che «non può essere arbitro chi è privo, in tutto o in parte, della capacità legale di agire»[5]. Piuttosto che specificare la natura (biologica) dell'arbitro, la disposizione si concentra esclusivamente sulla capacità giuridica. Come è stato osservato in dottrina, la formulazione non esclude di per sé le persone giuridiche, poiché tali enti possiedono ordinariamente capacità giuridica nell'ordinamento[6]. Formulazioni analoghe compaiono anche in diversi altri ordinamenti. La legislazione svedese sull'arbitrato prevede che «qualsiasi persona che possieda piena capacità giuridica riguardo ai propri atti e ai propri beni può agire come arbitro»[7].

Lo stesso schema linguistico può essere osservato anche nei principali strumenti internazionali. La già citata Legge Modello UNCITRAL, ad esempio, si riferisce costantemente all'arbitro come a una «persona». L'articolo 11(1) stabilisce che «nessuna persona può essere esclusa dall'esercizio della funzione di arbitro per ragioni di nazionalità», mentre l'articolo

man, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, E. Gaillard and J. Savage (a cura di), Kluwer Law International, The Hague-Boston-London 1999, pp. 471-472; G.B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, § 7.01.

[3] J.F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, II ed., Sweet & Maxwell, London 2007, pp. 327-328.

[4] Gerechtelijk Wetboek, Legge del 10 ottobre 1967, art. 1676 (versione precedente alla riforma introdotta dalla legge del 24 giugno 2013 sull'arbitrato, entrata in vigore il 1° settembre 2013).

[5] Codice di procedura civile, Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443, art. 812 (come modificato da d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40).

[6] E. Cusa, *The Company as Institutional Arbitrator in Italian Law - Setting an International Trend?,* in *International Arbitration Law Review*, fasc. 6, 2009, p. 137.

[7] Lag om skiljeförfarande, 1999:116 (come modificato da 2018:1954, è entrato in vigore il 1° marzo 2019).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

12 si apre con l'espressione «quando una persona è contattata in relazione alla sua possibile nomina come arbitro»[8].

Sebbene la Legge Modello non definisca il termine «persona», la sua formulazione non limita espressamente la figura dell'arbitro alle sole persone fisiche. Una terminologia analoga compare anche in diverse legislazioni nazionali influenzate dalla Legge Modello. In Australia, ad esempio, le disposizioni che disciplinano la nomina e la ricusazione degli arbitri fanno semplicemente riferimento a una «persona» contattata in relazione a una possibile nomina[9].

In altri ordinamenti, il linguaggio normativo combina questa terminologia generale con limitazioni esplicite. Il Codice di procedura civile greco, ad esempio, prevede inizialmente che «una o più persone» possano essere nominate arbitri, ma chiarisce successivamente che le persone giuridiche non possono svolgere tale funzione[10].

Questa tecnica redazionale, per inciso, conferma che il concetto normativo di «persona» è sufficientemente ampio da richiedere una limitazione espressa quando il legislatore intende escludere le persone giuridiche. Anche nei casi in cui la legislazione non limita espressamente la figura dell'arbitro alle persone fisiche, alcune tecniche di redazione normativa possono comunque riflettere una concezione antropocentrica della funzione arbitrale. Un esempio noto si trova nella Sezione 26 dell'Arbitration Act 1996, la quale prevede che l'autorità dell'arbitro «è personale e cessa con la sua morte».

Sebbene la legge non definisca espressamente l'arbitro come una persona fisica, il riferimento alla morte riflette implicitamente il presupposto di un decisore umano[11].

Anche la giurisprudenza inglese ha interpretato tale disposizione nel senso che, ai sensi dell'*Arbitration Act*, solo le persone fisiche possono svolgere la funzione di arbitro[12].

Il diritto arbitrale iraniano presenta una simile ambiguità nella descrizione legislativa dell'arbitro. Il Codice di procedura civile iraniano utilizza infatti termini differenti quando si riferisce agli arbitri, e tali espressioni

[8] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, arts. 11(1), 12(1) (adottato il 21 giugno 1985, modificato nel 2006).

[9] International Arbitration Act 1974 (Cth), n. 136 of 1974, s. 16 (attuazione della Legge Modello UNCITRAL; sostanzialmente modificata nel 2010). Commercial Arbitration Act 2017 (NSW), n. 4 of 2017, s. 11.

[10] Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας, legge n. 503/1985, art. 867 (come modificato dalla Legge n. 4335/2015)

[11] J. Ilhao Moreira, R. Vecellio Segate, *The 'It' Arbitrator: Why Do Corporations Not Act as Arbitrators?* in *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 12 , 2021, p. 537.

[12] H. Eidenmüller, F. Varesis, *What Is an Arbitration? Artificial Intelligence and the Vanishing Human Arbitrator?* in *New York University Journal of Law & Business*, vol. 17, n. 1, 2020.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

non trasmettono sempre lo stesso significato concettuale. In diverse disposizioni, come gli articoli 454, 460 e 564, la legge menziona la nomina di «uno o più individui» (*yek yā chand nafar*), una formulazione che sembra presupporre una persona fisica. In altre disposizioni, tuttavia, tra cui gli articoli 463 e 474, nonché la nota all'articolo 484, viene utilizzato il termine più ampio «persona» (*shakhs*). Il Codice, inoltre, impiega talvolta il termine «collegio» (*hey'at*) dopo la parola arbitri, il quale può indicare un organo collegiale piuttosto che semplicemente una pluralità di arbitri individuali[13].

Allo stesso tempo, alcune disposizioni che descrivono le situazioni riguardanti gli arbitri fanno riferimento a circostanze tipicamente associate agli individui umani – come malattia, viaggio, morte o incapacità – il che suggerisce che il quadro normativo sia stato principalmente concepito con riferimento alle persone fisiche. Una formulazione diversa compare nell'articolo 1(a) della Legge iraniana sull'Arbitrato Commerciale Internazionale, che definisce l'arbitrato come la risoluzione delle controversie al di fuori dei tribunali da parte di «una persona o più persone, fisiche o giuridiche, scelte o nominate dalle parti»[14].

Il riferimento esplicito alle persone giuridiche può essere interpretato come un riconoscimento della possibilità che tali soggetti possano svolgere la funzione di arbitro. Tuttavia, è stato anche sostenuto che il richiamo alle persone giuridiche in questa disposizione possa piuttosto riflettere il ruolo delle istituzioni arbitrali nell'arbitrato amministrato, e non la nomina di un ente giuridico quale arbitro in senso proprio. È stato osservato che, poiché le disposizioni successive della legge non disciplinano in modo dettagliato la partecipazione delle persone giuridiche come arbitri, il riferimento contenuto nell'articolo 1 è stato talvolta interpretato come relativo all'arbitrato istituzionale, piuttosto che alla possibilità che le persone giuridiche agiscano direttamente come arbitri[15].

Da una prospettiva comparata, la legislazione arbitrale rivela una gamma di approcci differenti. Alcuni ordinamenti giuridici limitano espressamente e in modo vincolante la funzione arbitrale alle persone fisiche. Altri utilizzano una terminologia più ampia e disciplinano la figura dell'arbitro principalmente attraverso requisiti di capacità giuridica, indipendenza e imparzialità, piuttosto che attraverso l'identità biologica del decisore. In

[13] قانون آیین دادرسی مدنی, 1379, مواد 454, 460, 463, 474, 484, 564. (Codice di procedura civile della Repubblica islamica dell'Iran, 2000); M.J. Safar, شخصیت حقوقی (Personalità giuridica), II ed., Behnami, Tehran, 2016, pp. 454-458.

[14] قانون داوری تجاری بین المللی جمهوری اسلامی ایران, 1376, ماده 1. (Legge sull'arbitrato commerciale internazionale della Repubblica islamica dell'Iran, adottata il 17 settembre 1997).

[15] A. Shiravi, داوری تجاری بین المللی (Arbitrato commerciale internazionale), XIV ed., SAMT, Tehran, 2022, pp. 159-160; per ulteriori approfondimenti, v. A.H. Shiravi, S. Mahamedi, *A comparative study of accepting a legal entity as an arbitrator*, in *Comparative Study on Islamic and Western Law*, vol. 11, n. 4, 2023, pp. 113-132.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

questi diversi modelli legislativi emerge tuttavia una caratteristica comune: le normative sull'arbitrato fanno frequentemente riferimento all'arbitro semplicemente come a una «persona», mentre la portata precisa di tale termine è raramente definita. Questa formulazione ricorrente solleva pertanto una questione concettuale preliminare: che cosa significa la nozione di «persona» all'interno della struttura giuridica dell'arbitrato? La sezione seguente affronta questa questione esaminando il concetto di personalità nella teoria generale del diritto.

3. Che cosa intende il diritto con il termine «persona»? Nella teoria generale, questo concetto non indica semplicemente un essere umano. Esso opera piuttosto come una categoria giuridica tecnica attraverso la quale l'ordinamento attribuisce diritti e doveri a un determinato soggetto. Chiarire questa distinzione è essenziale prima di esaminare se l'uso del termine «persona» nelle legislazioni arbitrali presupponga necessariamente un arbitro umano.

La dottrina classica ha da tempo affrontato la nozione di persona in termini funzionali piuttosto che biologici. Una definizione classica della teoria generale del diritto descrive la persona come «qualsiasi essere al quale il diritto attribuisce la capacità di avere interessi e quindi diritti, nonché la capacità di compiere atti e quindi di essere titolare di doveri»[16]. Allo stesso modo, un'altra ricostruzione classica definisce la persona come «qualsiasi essere considerato dal diritto capace di diritti o di doveri, o di entrambi, sia esso un essere umano oppure no»[17]. In entrambe le formulazioni, l'elemento decisivo non è l'esistenza biologica, bensì l'attribuzione giuridica di diritti e obblighi. Il concetto di persona funziona dunque come uno strumento giuridico attraverso il quale il diritto organizza i rapporti giuridici.

La teoria giuridica successiva ha affinato questa comprensione ponendo l'accento sulla struttura normativa della personalità. Secondo la teoria pura del diritto, la persona non è un'entità reale che esiste indipendentemente dal diritto, ma la personificazione di un insieme di norme giuridiche. Ciò che il diritto chiama «persona» è quindi l'unità di norme che attribuiscono diritti e doveri a un determinato punto di riferimento[18].

L'essere umano il cui comportamento è disciplinato da tali norme rappresenta soltanto l'elemento fattuale attorno al quale esse si organizzano, mentre la persona giuridica esiste unicamente come unità normativa di tali diritti e doveri. Questa intuizione è stata ulteriormente sviluppata nella teoria pura del diritto. In questa prospettiva, la persona è stata descritta come un

[16] J.W. Salmond, *Jurisprudence*, III ed., Stevens and Haynes, London, 1912, p. 108.

[17] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, London, 1832, Lect. VI, p. 374.

[18] H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, trad. A. Wedberg, *Transaction Publishers*, New Brunswick, 2006, pp. 94-95.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

«punto di imputazione» (*point of assignability*) all'interno dell'ordinamento giuridico, ossia un punto logico al quale diritti e doveri vengono attribuiti[19].

Da questa prospettiva, la personalità non corrisponde a un'entità fisica o metafisica, ma a una posizione strutturale all'interno del sistema delle norme giuridiche. Un successivo sviluppo teorico ha cercato di tradurre questa comprensione astratta in un quadro più operativo. In tale analisi, il soggetto giuridico funziona come un'unità operativa di norme (*norm-operating unit*), definita da quattro elementi: autorità, imputazione, forma procedurale e competenza[20].

Attraverso questi elementi l'ordinamento giuridico determina chi può generare o ricevere (l'imputazione di) norme giuridiche, in quale forma tali norme sono espresse ed entro quali limiti esse operano. La personalità giuridica non deriva quindi dalle caratteristiche intrinseche di un'entità, ma dalla struttura giuridica che organizza attorno ad essa diritti e doveri. Questi approcci teorici convergono su una conclusione comune. Nella teoria del diritto, la personalità non è un fatto biologico, ma una costruzione normativa. Una «persona» rappresenta il punto giuridico di imputazione attraverso il quale l'ordinamento organizza diritti e obblighi. Che sia descritta come l'unità di norme, come il punto di imputazione, o come un'unità strutturata operativa di norme, la personalità dipende in ultima analisi dal riconoscimento giuridico piuttosto che dall'esistenza biologica. Se la personalità giuridica è intesa come una costruzione normativa piuttosto che come un fatto biologico, il rapporto tra personalità e umanità richiede un esame più approfondito. Sebbene il termine «persona» possa a prima vista sembrare riferirsi a un essere umano, la teoria giuridica ha da tempo riconosciuto che i due concetti sono analiticamente distinti.

Una formulazione classica della teoria giuridica offre una chiara illustrazione di questa distinzione. Una persona nel diritto è qualsiasi essere al quale l'ordinamento attribuisce diritti e doveri. L'umanità, pertanto, non costituisce né una condizione necessaria né una condizione sufficiente per la personalità giuridica. La stessa storia del diritto dimostra questa separazione. Vi sono stati esseri umani che non erano considerati persone nel diritto – ad esempio gli schiavi nei sistemi giuridici nei quali non venivano loro attribuiti diritti o doveri. Allo stesso tempo, esistono entità riconosciute come persone pur non essendo umane, come le società, i comuni e altri enti collettivi[21]. Questi noti esempi mostrano che il concetto giuridico di persona opera indipendentemente dall'esistenza biologica.

[19] F. Weyr, citato in K. Beran, *The Person at Law from the Point of View of Pure Legal Science*, in The *Lawyer Quarterly*, vol. 3, n. 1, 2013, p. 33.

[20] J. Slezák, citato in K. Beran, *The Person at Law from the Point of View of Pure Legal Science*, cit., pp. 35-36.

[21] J.W. Salmond, *Jurisprudence*, cit., p. 108.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

La teoria giuridica normativistica rafforza ulteriormente questa conclusione. Secondo la teoria pura del diritto, l'essere umano e la persona giuridica appartengono a due domini analitici distinti. L'essere umano è una realtà biologica il cui comportamento si manifesta nel mondo fisico, mentre la persona è l'espressione giuridica delle norme che regolano tale comportamento. Ciò che il diritto definisce come «persona fisica» non è quindi l'essere umano in quanto tale, ma la personificazione del complesso di diritti e doveri attribuiti a quell'individuo[22].

La persona esiste soltanto all'interno della struttura normativa del diritto; al di fuori di tale struttura vi è semplicemente un essere umano il cui comportamento può diventare oggetto di regolamentazione giuridica. In questa formulazione teorica, la persona giuridica è semplicemente un punto di imputazione, privo di un necessario corrispettivo nel mondo fisico. La personalità giuridica funziona come uno strumento organizzativo dell'ordinamento giuridico piuttosto che come il riflesso di una proprietà naturale[23].

La dottrina contemporanea esprime la stessa idea in termini analoghi. È stato osservato che «lo status di essere umano non è né necessario né sufficiente per essere considerato una persona agli occhi del diritto»[24]. Ciò che determina la personalità giuridica è la decisione dell'ordinamento di riconoscere un soggetto come capace di essere titolare di diritti e doveri. Che tale soggetto sia umano, collettivo o artificiale non è decisivo sul piano concettuale.

Considerato in questa prospettiva, il concetto giuridico di persona emerge come una categoria funzionale. Il diritto individua determinate entità come centri attraverso i quali diritti, obblighi e interessi possono essere coordinati. Una volta che tale attribuzione avviene, l'entità diventa una persona indipendentemente dalla sua natura biologica. L'umanità costituisce dunque soltanto una delle possibili basi su cui la personalità giuridica può essere organizzata; non rappresenta invece l'elemento definitorio della personalità stessa. Questa chiarificazione teorica è particolarmente rilevante nel contesto del diritto dell'arbitrato. Molte legislazioni arbitrali fanno riferimento all'arbitro semplicemente come a una «persona». Se il concetto di persona nella teoria giuridica non implica intrinsecamente un essere umano, l'uso legislativo di tale termine non può essere automaticamente interpretato come una limitazione della funzione arbitrale alle sole persone fisiche. Il termine identifica il titolare di diritti e doveri all'interno del procedimento arbitrale, piuttosto che la natura biologica del decisore.

[22] H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 94-95.

[23] F. Weyr, citato in K. Beran, *The Person at Law from the Point of View of Pure Legal Science*, cit., p. 33.

[24] S.K. Ripken, *Legal Theories of the Corporate Person, Corporate Personhood*, Cambridge University Press, Cambridge 2019, p. 21.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

4. Come menzionato nella prima sezione, alcuni ordinamenti giuridici definiscono espressamente l'arbitro come una persona fisica o un individuo. Ad esempio, il *Revised Uniform Arbitration Act* negli Stati Uniti definisce l'arbitro come «un individuo nominato per rendere un lodo»[25]. Un linguaggio analogo compare anche in legislazioni come la legge brasiliana sull'arbitrato[26].

In tali formulazioni, il legislatore limita deliberatamente la funzione arbitrale ai decisori umani e la possibilità di estendere il concetto oltre la sfera umana risulta quindi esclusa dal testo normativo stesso. Altre legislazioni arbitrali, tuttavia, si riferiscono più genericamente all'arbitro come a una «persona». In questi sistemi, la terminologia legislativa non chiarisce esplicitamente se il concetto sia limitato alle persone fisiche oppure possa comprendere altri soggetti giuridicamente riconosciuti. La distinzione tra persone fisiche e persone giuridiche assume qui un ruolo centrale, poiché spiega come il diritto organizzi diversi tipi di soggetti all'interno del medesimo quadro concettuale della personalità.

A prima vista, tale distinzione appare semplice. Una persona fisica è comunemente intesa come un essere umano, mentre una persona giuridica indica un'entità non umana – come una società o un'istituzione – alla quale il diritto attribuisce personalità. Molti giuristi adottano questa formulazione. Ad esempio, una definizione dottrinale descrive la personalità come «la capacità di un essere umano di possedere diritti e obblighi nella società e di esercitarli, direttamente oppure tramite rappresentanza»[27]. Muovendo da questa impostazione, è stato osservato che, nella terminologia giuridica, la nozione di «persona» si riferisce in generale al soggetto capace di essere titolare di diritti e obblighi. Il termine funziona quindi come una categoria giuridica generale che comprende sia le persone fisiche sia le persone giuridiche. In questo senso, una persona nel diritto è l'entità alla quale l'ordinamento attribuisce diritti e doveri e alla quale viene riconosciuta la personalità giuridica. Di conseguenza, il concetto di persona non è limitato all'esistenza naturale di un essere umano, poiché anche entità diverse dagli individui umani possono divenire soggetti di diritti e obblighi all'interno del sistema giuridico[28].

Una parte della dottrina descrive la persona fisica come un essere umano riconosciuto come soggetto di diritto dalla nascita fino alla morte, mentre altre ricostruzioni associano analogamente il concetto di persona fisica all'individuo umano capace di partecipare ai rapporti giuridici[29]. Queste

[25] Revised Uniform Arbitration Act (RUAA), 2000, § 1(2).

[26] Brazilian Arbitration Act (Brasile) legge n. 9,307 del 23 settembre 1996, art. 13.

[27] H. Emami, **حقوق مدنی** (*Diritto civile*),VI ed, vol. 4, Islamieh, Tehran, 1977, vol 4, pp. 150-151.

[28] M.J. Safar, **شخصیت حقوقی** (*Personalità giuridica*), cit., pp. 88-90.

[29] K. Knapp, J. Boguszak, citato in K. Beran, *The Person at Law from the Point of View of Pure Legal Science*, cit., p. 29.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

definizioni riflettono l'intuizione giuridica diffusa secondo cui la personalità naturale corrisponde all'esistenza umana.

Un'analisi teorica più approfondita rivela tuttavia che la distinzione è più articolata. Anche quando la persona fisica corrisponde a un essere umano, il concetto giuridico non si limita a riprodurre la realtà biologica. Secondo la teoria pura del diritto, l'essere umano e la persona fisica non sono categorie identiche. L'essere umano appartiene all'ambito delle scienze naturali, mentre la persona appartiene al dominio normativo del diritto. Ciò che il diritto definisce come persona fisica non è quindi l'individuo biologico in quanto tale, ma la personificazione del complesso di norme giuridiche che regolano la condotta di quell'individuo[30]. La persona rappresenta quindi l'unità dei diritti e dei doveri attribuiti a un determinato punto di riferimento.

Da questa prospettiva, sia le persone fisiche sia le persone giuridiche condividono la stessa natura concettuale: entrambe sono costruzioni normative all'interno dell'ordinamento giuridico. La differenza risiede soltanto nell'elemento attorno al quale il sistema giuridico organizza il complesso dei diritti e dei doveri. Nel caso della persona fisica, questa costruzione normativa è strutturata attorno a un essere umano. Nel caso della persona giuridica, essa è invece strutturata attorno a un'entità collettiva o istituzionale, come una società, un'associazione o una fondazione. Una formulazione classica esprime la distinzione in termini analoghi, osservando che le persone fisiche sono «persone di fatto oltre che di diritto», mentre le persone giuridiche sono «persone di diritto ma non di fatto»[31]. La persona fisica corrisponde quindi a un essere che esiste sia nel mondo fisico sia nell'ordinamento giuridico, mentre la persona giuridica esiste soltanto all'interno del quadro normativo stabilito dal diritto. In entrambi i casi, tuttavia, la personalità rimane una costruzione giuridica.

Nel loro insieme, questi chiarimenti teorici rivelano una comprensione relativamente stabile nel pensiero giuridico. Quando la legislazione o la dottrina giuridica si riferiscono a una persona fisica, l'espressione è normalmente intesa come riferita a un individuo umano. Negli ordinamenti in cui le norme sull'arbitrato definiscono espressamente l'arbitro come persona fisica o individuo, l'intenzione legislativa appare quindi piuttosto chiara: la cerchia dei soggetti idonei a svolgere la funzione arbitrale è limitata ai decisori umani. In tali casi, la possibilità di estendere la nozione di arbitro oltre la sfera umana è esclusa dalla stessa lettera delle norme.

La situazione interpretativa diventa tuttavia più complessa negli ordinamenti in cui le norme si riferiscono all'arbitro più genericamente come a una «persona». Come mostrato nella discussione precedente, il concetto di

[30] H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 94-95.
[31] J.W. Salmond, *Jurisprudence*, cit., p. 108.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

persona nella teoria giuridica non coincide necessariamente con l'umanità biologica, ma opera come una categoria giuridica che comprende sia le persone fisiche sia le persone giuridiche. Quando il legislatore utilizza questa terminologia più ampia, il testo normativo non determina di per sé se la funzione arbitrale sia limitata agli individui umani o possa potenzialmente estendersi ad altri soggetti giuridici.

Per questa ragione, l'uso legislativo del termine «persona» richiede un esame più approfondito di come la dottrina dell'arbitrato abbia interpretato il concetto. La sezione seguente si rivolge quindi alle analisi dottrinali che affrontano il rapporto tra il processo decisionale umano e il soggetto giuridico titolare della funzione arbitrale, al fine di chiarire come la teoria giuridica e la dottrina dell'arbitrato comprendano il riferimento a una «persona» che agisce come arbitro.

5. Che cosa si intende quando il diritto dell'arbitrato si riferisce all'arbitro come a una «persona»? Si è visto che, nell'analisi normativista, la persona è intesa come un punto di imputazione attraverso il quale le conseguenze giuridiche sono collegate a un soggetto riconosciuto dall'ordinamento. È stato osservato che la formulazione puramente astratta di questa idea – secondo cui la persona costituirebbe un semplice «punto di imputazione» – rischia di rimanere eccessivamente indeterminata. Per rendere il concetto operativo, la dottrina ha introdotto l'idea di una «unità di produzione normativa» (*norm-making unit*), definita come un insieme strutturato di norme che determinano a chi siano imputati gli atti e le conseguenze giuridiche, da chi essi possano essere prodotti, attraverso quali procedure ed entro quali limiti di competenza essi operino.

Secondo questa ricostruzione, la personalità giuridica appare come una struttura funzionale composta da elementi identificabili: il soggetto autorizzato ad agire, l'imputazione degli effetti giuridici a tale soggetto, il quadro procedurale attraverso il quale gli atti sono compiuti e i limiti di competenza entro i quali il soggetto può operare. Quando questi elementi sono presenti, la persona emerge come un'unità operativa all'interno dell'ordinamento giuridico, capace di essere titolare di diritti e doveri e di partecipare ai processi giuridici.

Vista da questa prospettiva, la distinzione tra persone fisiche e persone giuridiche non rappresenta un'opposizione concettuale, ma una differenza di organizzazione istituzionale. Nel caso della persona fisica, la struttura di imputazione è organizzata attorno a un essere umano che compie direttamente gli atti. Nel caso della persona giuridica, la stessa struttura opera attraverso meccanismi organizzativi che consentono di attribuire all'ente l'azione umana. In entrambe le situazioni, il sistema giuridico costruisce un soggetto al quale gli atti e le loro conseguenze giuridiche sono normativamente collegati.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Questo quadro analitico fornisce un punto di partenza essenziale per esaminare il concetto di arbitro nel diritto dell'arbitrato. La questione centrale non è quindi se l'attività decisoria comporti un'attività umana – circostanza inevitabile – bensì se il soggetto giuridico titolare della funzione arbitrale debba necessariamente coincidere con l'individuo umano che svolge l'attività decisionale.

È stato osservato che, quando un ente giuridico è designato come arbitro, tale designazione non può essere interpretata come un'esclusione del processo decisionale umano. Piuttosto, la funzione arbitrale deve essere intesa come esercitata attraverso le persone fisiche che agiscono all'interno della struttura organizzativa dell'ente[32]. Un approccio analogo interpreta la designazione di una persona giuridica quale arbitro *per relationem*, per cui l'attività decisionale concreta è svolta dal rappresentante individuale, mentre l'imputazione giuridica della funzione arbitrale può comunque riferirsi all'ente stesso[33].

Un'analisi strettamente correlata emerge anche nell'esame delle istituzioni arbitrali organizzate come persone giuridiche. In tale prospettiva, anche quando il mandato arbitrale è affidato a una persona giuridica, l'esercizio concreto dell'attività decisoria continua a essere svolto da persone fisiche che operano all'interno della struttura organizzativa dell'ente. Gli atti attraverso i quali la funzione arbitrale viene esercitata restano pertanto psicologicamente attribuibili agli individui che li compiono, mentre la loro imputazione giuridica può appartenere all'ente stesso[34].

Un'analoga interpretazione emerge anche nella dottrina giuridica iraniana. Nel contesto dell'arbitrato istituzionale, è stato osservato che il riferimento a una persona giuridica come arbitro non implica che l'ente stesso svolga l'attività decisoria. Piuttosto, la funzione arbitrale è esercitata da una persona fisica che opera all'interno della struttura organizzativa dell'istituzione arbitrale. La designazione dell'ente giuridico si riferisce quindi alla struttura istituzionale attraverso cui la funzione arbitrale è esercitata, mentre l'attività decisionale concreta continua a essere svolta da un arbitro individuale[35].

Una conclusione analoga emerge anche nell'analisi della prassi arbitrale. Si osserva che, anche quando il lodo arbitrale è emesso a nome di una persona giuridica, la funzione arbitrale è necessariamente esercitata attraverso una persona fisica che svolge l'attività decisoria. La partecipazione

[32] C. Ceccella, *L'Arbitrato*, UTET, Torino, 2005, pp. 112-113.

[33] G. Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 104.

[34] E. Cusa, *La società di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pp. 785-786.

[35] A. Shams, دادرسی مدنی دوره پیشرفته (*Procedura civile, corso avanzato*), vol. 3, Tehran, 2005, p. 547.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dell'ente giuridico opera quindi a livello di imputazione giuridica, mentre l'attività decisionale concreta rimane di natura umana[36].

Nel loro insieme, queste analisi dottrinali mettono in luce una caratteristica strutturale comune della personalità giuridica: l'azione umana rimane il mezzo indispensabile attraverso il quale gli enti giuridici operano, ma l'ordinamento può attribuire gli atti risultanti a un soggetto distinto dall'individuo che li ha materialmente compiuti.

Una delle analisi dottrinali più sistematiche sulla possibilità che un ente collettivo assuma la funzione arbitrale sviluppa questo problema in termini di imputazione giuridica degli atti compiuti all'interno della struttura organizzativa dell'ente. Sebbene il problema sia talvolta formulato in termini di capacità di un ente di agire come arbitro, l'analisi si concentra in ultima analisi su una questione diversa: il modo in cui gli atti compiuti dagli individui all'interno di una struttura organizzativa vengono imputati alla persona giuridica stessa. La questione, pertanto, non è se l'attività decisoria richieda un giudizio umano – circostanza, si ripete, inevitabile – ma come tale attività umana venga giuridicamente strutturata e imputata nel quadro della personalità giuridica[37]. La risposta risiede nei meccanismi organizzativi attraverso i quali le persone giuridiche partecipano alla vita giuridica. Gli enti giuridici agiscono tramite organi e, attraverso il meccanismo tradizionalmente descritto come immedesimazione organica, l'atto compiuto dall'individuo che ricopre l'organo non è considerato come l'atto di un rappresentante distinto dall'ente, ma come l'atto della persona giuridica stessa. Attraverso questa struttura organizzativa, il comportamento umano diventa direttamente imputabile all'ente all'interno dell'ordinamento giuridico. In questo quadro emerge una distinzione fondamentale tra imputazione psicologica e imputazione giuridica. Dal punto di vista psicologico, ogni decisione deve necessariamente essere riferita all'individuo che compie materialmente l'atto: giudizio, deliberazione e ragionamento rimangono attività svolte da esseri umani. Dal punto di vista giuridico, invece, l'atto è immediatamente imputato all'ente stesso, insieme ai suoi effetti giuridici[38]. L'azione umana rimane quindi indispensabile, senza tuttavia implicare che il soggetto giuridico che compie l'atto debba necessariamente coincidere con l'individuo che forma il giudizio.

L'importanza di questa analisi risiede nella spiegazione strutturale che essa fornisce di come il processo decisionale umano possa essere giuridicamente attribuito a un soggetto giuridico. La struttura organizzativa della persona giuridica consente infatti che l'atto compiuto dagli individui operi

[36] A. Khodabakhshi, حقوق داوری و اختلافات مرتبط در رویه قضایی (*Diritto arbitrale e controversie connesse nella pratica giudiziaria)*, VI ed., Tehran, 2019, p. 246.

[37] C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Cedam, Padova, 2000, vol. p. 320.

[38] *Ibidem*, pp. 325-326.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

giuridicamente come atto dell'ente stesso. In questo quadro emerge una distinzione fondamentale tra imputazione psicologica e imputazione giuridica. La partecipazione delle persone giuridiche all'arbitrato non elimina il processo decisionale umano, ma lo struttura attraverso il quadro organizzativo dell'ente. L'ufficio arbitrale può quindi essere esercitato da una persona giuridica nella misura in cui l'ente opera attraverso le persone fisiche mediante le quali si proietta verso l'esterno nella vita giuridica[39].

A questo punto diventa evidente il collegamento con l'analisi normativista della personalità. La descrizione dell'imputazione organizzativa proposta nella dottrina sull'arbitrato corrisponde infatti in modo stretto alla ricostruzione normativista secondo cui la persona giuridica è un'unità funzionale definita da norme che determinano chi può agire, come gli atti sono compiuti e a chi i loro effetti giuridici sono attribuiti. In entrambi gli approcci, la personalità non opera come una categoria biologica, ma come una struttura normativa attraverso la quale gli atti giuridici vengono collegati a un soggetto giuridico. All'interno di questo quadro, il rapporto tra l'arbitro e l'individuo umano deve essere compreso con maggiore precisione. L'arbitrato richiede indubbiamente un giudizio umano nel momento della formazione della decisione. L'attività decisoria non può svolgersi senza individui che deliberano e adottano la decisione. Questa necessità empirica, tuttavia, non determina di per sé l'identità del soggetto giuridico titolare della funzione arbitrale. La presenza di un processo decisionale umano all'interno del procedimento arbitrale non implica quindi che l'arbitro debba concettualmente coincidere con una persona fisica. Ciò che l'arbitrato richiede è piuttosto che il giudizio umano operi all'interno di un quadro giuridicamente strutturato capace di attribuire la decisione risultante a un soggetto riconosciuto.

Tuttavia, questa analisi solleva un'ulteriore questione. Se la funzione arbitrale può essere esercitata attraverso una struttura organizzativa nella quale il soggetto giuridico e l'individuo che prende la decisione non coincidono necessariamente, l'atto arbitrale viene allora compiuto mediante una struttura mediata di imputazione. La decisione è formata da una persona fisica, ma può essere giuridicamente attribuita a un diverso soggetto giuridico. Questa situazione invita quindi a un'ulteriore indagine: un esercizio indiretto od organizzato della funzione arbitrale può essere conciliato con la concezione tradizionale in termini di mandato personale, non delegabile, affidato all'arbitro?

6. L'analisi sviluppata nel presente articolo dimostra che il concetto di «persona» nel diritto dell'arbitrato non può essere automaticamente equiparato a un individuo umano. Sebbene la prassi arbitrale sia stata tradizio-

[39] *Ibidem*, p. 330.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

nalmente strutturata attorno a decisori umani, la terminologia legislativa utilizzata in molte normative arbitrali si riferisce più genericamente all'arbitro come a una «persona», senza definire sempre tale termine in senso biologico. Questa formulazione linguistica suscita un'indagine concettuale più approfondita sul significato della personalità giuridica all'interno dell'ordinamento. La teoria generale mostra che la personalità non è un attributo biologico, ma una costruzione normativa attraverso la quale il sistema giuridico attribuisce diritti, doveri e atti giuridici a un soggetto riconosciuto. Che sia intesa come unità di norme, punto di imputazione o unità strutturata operativa di norme, la persona giuridica funziona come un centro giuridico al quale sono collegati effetti giuridici. Da questa prospettiva, sia le persone fisiche sia le persone giuridiche rappresentano differenti forme organizzative attraverso le quali l'ordinamento struttura la responsabilità e l'azione giuridica. Quando questo quadro teorico viene applicato all'arbitrato, emerge una distinzione analitica importante. L'arbitrato richiede indubbiamente un giudizio umano nella formazione della decisione. Tuttavia, la presenza di un processo decisionale umano non determina necessariamente l'identità giuridica del soggetto titolare della funzione arbitrale. Come dimostrano le analisi dottrinali sull'imputazione organizzativa e sulla cosiddetta immedesimazione organica, l'ordinamento può attribuire atti compiuti da individui a un'entità giuridica distinta. L'associazione diffusa tra l'arbitro e la persona fisica appare quindi meno come un requisito concettuale intrinseco all'arbitrato e più come una tecnica istituzionale attraverso la quale molti ordinamenti organizzano l'autorità decisionale. Quando la legislazione limita espressamente la funzione arbitrale alle persone fisiche, tale limitazione riflette una scelta legislativa consapevole. Quando invece la legge utilizza il concetto più ampio di «persona», l'interpretazione di tale termine non può essere semplicemente ridotta all'umanità biologica.

Chiarire questo punto concettuale non risolve di per sé le questioni pratiche e normative relative all'eventuale estensione della funzione arbitrale ad altri soggetti. Questioni quali la capacità giuridica, l'indipendenza, l'imparzialità, la responsabilità e le garanzie procedurali rimangono elementi essenziali per stabilire se una determinata entità possa legittimamente esercitare l'autorità arbitrale. Tuttavia, l'analisi preliminare svolta in questo articolo fissa intanto una base concettuale necessaria: l'identità dell'arbitro nel diritto dell'arbitrato deve essere compresa innanzitutto attraverso il concetto giuridico di personalità, prima che l'ambito della funzione arbitrale possa essere pienamente valutato.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

PARTE V

Cultura, generazioni e dinamiche sociali

Marco Gaetano Pulvirenti

Eredità culturale e impatto generazionale

Sommario: 1. Il patrimonio culturale per le future generazioni. – 2. Strumenti di pianificazione e di programmazione. – 3. Patrimonio culturale e impatto generazionale.

1. La riforma dell'art. 9, Cost. ha introdotto, tra le altre cose, nel lessico costituzionale le «future generazioni», consentendo di ritenere che la testimonianza e la salvaguardia del passato nelle sue varie forme (culturali, scientifiche ed ambientali) costituiscono un impegno per il futuro[1].

La novella costituzionale, per quanto rilevante[2] dal punto di vista simbolico[3], non introduce una novità assoluta. Già nel Piano Nazionale di Ri-

[1] Sia consentito rinviare ai nostri, *Patrimonio culturale e ordinamento pluralista*, Torino, 2022, p. 237; *Prime riflessioni sulla tutela del patrimonio culturale e dell'ambiente nel nuovo testo dell'art. 9 Cost.*, in *Ildirittoamministrativo*, 2023.

[2] M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum Quad. cost.*, 2021, p. 309, ha ritenuto opportuna la modifica dell'art. 9 Cost., in quanto il riferimento alle future generazioni rende la revisione costituzionale una «revisione-programma» e non una mera «revisione-bilancio». Lo stesso è a dire della modifica dell'art. 41, Cost. Cfr. F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *ApertaContrada*, 2022. Vd. *contra* F. Rescigno, *Quale riforma per l'articolo 9,* in *Federalismi*, secondo la quale «l'aspetto decisamente meno convincente è il richiamo "*anche nell'interesse delle future generazioni*"", in quanto si tratta di "un inciso alquanto fumoso, *anche* rispetto a chi? Alle generazioni attuali o all'ambiente stesso? Quali future generazioni? È un'ambiguità che suscita confusione rispetto agli stessi interessi umani e dimostra al contempo un'impostazione marcatamente antropocentrica». Parla invece di «novità estremamente significativa» L. Bartolucci, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in *Forum Quad. cost.*, 2022.

[3] Si pensi alla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul clima del 24 marzo 2021, con la quale quest'ultimo ha giudicato parzialmente incostituzionale la legge tedesca sul cambiamento climatico, approvata nel 2019, per l'assenza di indicazioni dettagliate sulla riduzione delle emissioni dopo il 2030, sostenendo che il legislatore avrebbe dovuto prendere delle precauzioni per salvaguardare le libertà fondamentali delle generazioni future. Vd. R. Montaldo, *La neutralità climatica e la libertà di futuro (BVerfG, 24 marzo 2021)*, in *Diritticomparati*, 2021; M. Pignataro, *Il dovere di protezione del clima e i diritti delle generazioni future in una storica decisione tedesca*, in *EuBlog.eu*, 17 maggio 2021; R. Bifulco, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in *LuissOpen*, 2021; R. Bin, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *LaCostituzione.info*, 2021; M. Carducci, *Libertà "climaticamente" condi-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

presa e Resilienza la terza componente della missione 1 prevede, tra gli interventi, quello sul «patrimonio culturale per la prossima generazione». Nell'ambito del diritto amministrativo[4], è ancor meno un dato di novità, se si pensa che il richiamo alle «generazioni future» era stato inteso già un secolo fa come giustificazione dell'inalienabilità dei beni pubblici[5], ma anche come elemento imprescindibile della forza dello Stato e del diritto[6].

Nella Costituzione era possibile trarre dei riferimenti quantomeno impliciti alle generazioni future[7]. Un primo dato è il principio solidaristico, che è necessariamente rivolto al futuro[8]; inoltre, i riferimenti alla «solidarietà»[9], alla «dignità» e ai «diritti inviolabili» (art. 2 Cost.)[10] indicano la pro-

zionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG *del 24 marzo 2021*, *ivi*; Id., *Contenzioso climatico, illecito civile, termodinamica*, *ivi*. Va evidenziato che la disposizione della *Grundgesetz* ha notevoli analogie con la norma italiana (art. 20a: «Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung»).

[4] Sia consentito rinviare al nostro, *Eredità culturale e impatto generazionale*, in *Giustamm*, 2024, 1 ss., in cui sono indicati ulteriori richiami alle «future generazioni» anche in ambiti differenti dal diritto amministrativo.

[5] L. Meucci, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, p. 420 ss.: «La inalienabilità solo come effetto della destinazione all'uso pubblico, ha la sua ragione in questa, e nell'interesse di riserbare non solo ai presenti tutti, ma alle generazioni future l'uso delle cose».

[6] S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi* (1909), ora in Id., *Scritti minori*, I, 2, Milano, 1990, p. 381: «Lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce a unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto. Soltanto così esso […] si eleva al di sopra degli interessi non generali, contemperandoli e armonizzandoli; si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un'intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva espressione».

[7] La Corte costituzionale, prima della novella, aveva spesso desunto forme di protezione rivolte anche alle generazioni future, sulla base delle regole ispirate al criterio della sostenibilità (vd. le sentenze 12 ottobre 1988, n. 1002; 10 luglio 1996, n. 259; 5 luglio 2016, n. 173; 17 marzo 2017, n. 93) anche con riguardo agli aspetti economici delle politiche dello Stato (sentenza 5 dicembre 2019, n. 18).

[8] S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 3 ss., evidenzia che la solidarietà «pur immersa nel presente, non è immemore del passato e impone di contemplare il futuro».

[9] Per F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, p. 80, la solidarietà è un principio giuridico costituzionale qualificante la realtà dei rapporti tra singoli, formazioni sociali e potere pubblico. L. Carlassare, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo*, 2016, p. 46 ss. ha ritenuto che «la solidarietà traversa la Costituzione: percorre l'intero testo, […] raggiungendo anche il patrimonio storico-artistico della Nazione, bene comune che insieme al paesaggio la Repubblica deve tutelare».

[10] G. Alpa, *Solidarietà*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, p. 372, ha rilevato che gli interventi in favore dell'ambiente possono essere letti anche come dettati da ragioni di solidarietà. Può qui vedersi una continuità con F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino:*

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

pensione verso il futuro. Questi rifermenti impongono l'impegno comune e solidale dei consociati[11], in termini di sviluppo, promozione e conservazione, in un legame indissolubile[12] con l'eguaglianza[13].

Il riferimento al «popolo» (art. 1 Cost.) può essere inteso come riferimento non solo agli interessi contingenti degli attuali cittadini, ma anche ai bisogni di coloro che verranno dopo[14]. La stessa parola «Nazione» nell'art. 9 Cost.[15] richiama lo spirito solidaristico intergenerazionale[16], come «clausola di eredità»[17], in quanto sintesi delle generazioni passate, presenti e future[18], e risposta al bisogno di continuità attraverso il tempo di un'esperienza sociale e comunitaria[19].

2. L'organizzazione di attività future è del resto una funzione tipica delle amministrazioni. Il riferimento è ovviamente agli strumenti di pianificazione e di programmazione, i quali, sebbene diversamente teorizzati dagli economisti degli anni Trenta del Secolo scorso (la pianificazione come attività di più ampio respiro, la programmazione come maggiormente limitata)[20], possono essere ricondotti ad unità sulla scorta della dottrina[21] e delle indicazioni del legislatore[22].

tra libertà garantita e libertà attiva, Venezia, 1994 ed ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, p. 930, per il quale «Vi è un altro campo in cui opera la solidarietà, non più nel rapporto interindividuale ma nel rapporto collettivo ed è quello dell'ambiente».

[11] M. Fioravanti, *Costituzione italiana: Art. 2*, Roma, 2018, p. 32.

[12] P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi*, 2023.

[13] Sulla specificazione della solidarietà attraverso l'art. 3 Cost., A. Apostoli, *La solidarietà, principio irrinunciabile per un ordinamento democratico*, in corso di pubblicazione nel terzo volume de *I Quaderni del Laboratorio su Cittadinanze e Inclusione Sociale (La.C.I.S.)* istituito presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

[14] D. Porena, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, p. 155 ss.

[15] A proposito del riferimento implicito alle generazioni future nell'art. 9 Cost., M. Cammelli, *L'ordinamento dei beni culturali tra continuità e innovazione*, in *Aedon*, 2017, n. 3, parla di «felice presbiopia».

[16] P. Marzaro, *Nuove dinamiche e antichi doveri nel sostegno e nella promozione della cultura: dalle radici della questione museale ai diritti delle generazioni future*, in *Nomos*, 2019, p. 2.

[17] R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità generazionale*, Roma, 2008, p. 124.

[18] L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 106.

[19] A. D'Aloia, *Generazioni*, cit., p. 331.

[20] O. Lange, *On the Economic Theory of Socialism*, Minneapolis, 1938; F. von Hayek, *Collectivist Economic Planning: Critical Studies on the Possibilities of Socialism*, Londra, 1935; L. von Mises, *Economic Calculation in the Socialist Commonwealth*, Vienna, 1920.

[21] M.S. Giannini, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 630.

[22] Si consideri che, per esempio, accanto a strumenti urbanistici di portata ridotta e qualificati come «programmi» (il programma di fabbricazione), analogamente circoscritti sono i piani di risanamento o i piani di edilizia economica e popolare.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Per il patrimonio culturale, la continuità tra passato e futuro permea la sua disciplina, anche sulla base del noto assunto di tali beni come «di fruizione»[23].

Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale costituiscono funzioni strumentali alla trasmissione «culturale» della comunità in cui i beni si trovano perché fonte di conoscenza, di ispirazione e di arricchimento culturale. Tale circostanza è ben esemplificata dal richiamo alla «preservazione della memoria» nell'art. 1, comma 2, c.b.c.[24], come ha peraltro ricordato la Corte costituzionale, nella decisione sulla legge della Regione Lombardia 31 luglio 2012, n. 16 in tema di valorizzazione dei reperti mobili e dei cimeli appartenenti a periodi storici diversi dalla prima guerra mondiale[25].

Tra gi strumenti pianificatori, occorre innanzitutto considerare i Piani di gestione per i siti UNESCO introdotti dalla l. 20 febbraio 2006, n. 77. Con essi si definiscono le priorità di intervento e le relative modalità attuative, nonché le azioni esperibili per reperire le risorse pubbliche e private necessarie[26]. Occorre poi aggiungere i piani di gestione integrata della *governance* previsti per specifiche esperienze locali, soprattutto con riferimento ad itinerari culturali comprendenti beni diffusi sul territorio di pertinenza di vari enti[27]. Inoltre sono previsti anche i «piani strategici di sviluppo culturale e i programmi» di cui all'art. 112, c.b.c.

Gli strumenti pianificatori di più diretta incidenza sul territorio contribuiscono tutti ad incidere sull'interesse culturale. Proprio perché finiscono per rilevare sul medesimo territorio e (quantomeno in parte) sugli stessi ambiti di attività, si determinano difficoltà di coordinamento tra di essi e sovente la soluzione è affidata alla prevalenza di un piano rispetto ad altri.

L'intersezione si determina già per effetto della previsione nel piano re-

[23] M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 24.

[24] G. Corso, *Articolo 1*, in M. Cammelli (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004, p. 55 ss.

[25] Sentenza 17 luglio 2013, n. 194. Vd. L. Casini, *"Le parole e le cose": la nozione giuridica di bene culturale nella legislazione regionale*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, p. 257 ss.; G. Manfredi, *Il riparto delle competenze in tema di beni culturali e la leale collaborazione*, in *Istituz. feder.*, 2017, p. 791 ss.

[26] La legge ha fissato disposizioni generiche circa il valore giuridico dei piani di cui nel testo e in ordine alla loro approvazione, prevedendo, per quest'ultimo aspetto, la conclusione di accordi tra i soggetti istituzionalmente competenti secondo le forme e le modalità previste dal codice dei beni culturali (art. 3). I piani di gestione UNESCO non sembrano comunque avere efficacia conformativa della proprietà e del territorio, ma piuttosto valore di atti politico-amministrativi, «privi di autentica efficacia precettiva», da «considerarsi come delle dichiarazioni di intento funzionali all'adempimento "formale" degli oneri derivanti dall'appartenenza di un Sito alla *World Heritage List,* senza che a ciò corrisponda un effettivo contenuto giuridico» (così A. Cassatella, *Tutela e conservazione dei beni culturali nei Piani di gestione Unesco: i casi di Vicenza e Verona*, in *Aedon*, 2011, n. 1).

[27] Si pensi al Piano della *governance* previsto nell'ambito del progetto Terre dei Giganti, attivato da vari comuni della provincia di Catania.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

golatore generale dei «vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale, paesistico» (art. 7, comma 1, n. 5, l. 17 agosto 1942, n. 1150). È una previsione che si interseca con i contenuti dei vari strumenti di pianificazione (settoriale) culturale ed ambientale. A sua volta, con il decreto di approvazione del piano regolatore[28] possono essere apportate le modifiche[29], tra l'altro, riconosciute indispensabili per assicurare la tutela del paesaggio e di complessi storici, monumentali, ambientali ed archeologici (art. 10, comma 2, lett. *c*, l. 17 agosto 1942, n. 1150)[30]. In più, limitatamente al territorio siciliano, l'art. 26, l.r. 13 agosto 2020, n. 19 ha previsto che per la redazione del piano urbanistico generale comunale sia obbligatorio e propedeutico, oltre agli studi agricoloforestale e geologico ed allo studio demografico e socio-economico, uno «studio archeologico, redatto dalla competente soprintendenza per i beni culturali e ambientali e presentato entro sessanta giorni dalla richiesta da parte del comune», introducendo un'ipotesi di «archeologia predittiva»[31].

Peraltro, è ammessa la rilevanza anche «naturalistica» della destinazione «agricola»[32] o «a verde pubblico» o «a parco privato», indicata nel piano

[28] La giurisprudenza ha chiarito che la partecipazione della Regione al procedimento di formazione dello strumento urbanistico è giustificata «dalla necessità di tutelare gli interessi pubblici affidati dall'ordinamento alla Regione stessa ed, in particolare, per quel che qui interessa, il paesaggio ed i complessi storici, monumentali, ambientali ed archeologici come recita testualmente l'articolo 10, secondo comma, lettera c), della legge 17 agosto 1942 n. 1150» (Cons. St., Sez. IV, 19 febbraio 2010, n. 1004; TAR Liguria, Sez. I, 18 novembre 2013, n. 1385).

[29] Le regioni possono apportare modifiche al piano regolatore adottato preordinate alla tutela del paesaggio e dei complessi storici monumentali ambientali ed archeologici, che prescindono dalla «preesistenza di vincoli specifici» (Cons. St., Sez. IV, 19 febbraio 2010, n. 1004). Nell'ambito della conformazione del territorio, è principio oramai acquisito quello per cui ciascuna amministrazione preposta alla formazione dello strumento urbanistico può porre una disciplina generalizzata più rigorosa e limitativa di quella dei vincoli paesistici imposti dallo Stato o dalla Regione relativamente a beni per i quali vi è maggiore interesse alla tutela paesistica, a condizione che le ragioni di tale scelta vengano puntualmente rappresentate (TAR Milano, Sez. II, 5 giugno 2008, n. 1924).

[30] Per il Consiglio di Stato il limite delle modifiche sostanziali non riguarda le modifiche attinenti alla tutela del paesaggio e dell'ambiente, le quali pertanto possono anche mutare le caratteristiche essenziali e i criteri di impostazione del piano. Vd. Cons. St., Sez. IV, 8 giugno 2009, n. 3518; Cons. St., Sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1223; Cons. St., Sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 259; Cons. St., Sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5207; Cons. St., Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4998; Cons. St., Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4984; Cons. St., Sez. IV, 21 luglio 2000, n. 4076; Cons. St., Sez. IV, 19 gennaio 2000, n. 245; Cons. St., Sez. IV, 24 dicembre 1999, n. 1943; Cons. St., Sez. IV, 14 aprile 1998, n. 605; Cons. St., Sez. IV, 24 marzo 1998, n. 493; Cons. St., Sez. IV, 13 marzo 1998, n. 431; Cons. St., Sez. IV, 9 ottobre 1997, n. 1101.

[31] Vd, G. Armao, *Il governo del territorio tra archeologia pubblica e preventiva*, in *Ambientediritto*, 2023, n 2.

[32] M. Brocca, *Paesaggio e agricoltura a confronto. Riflessioni sulla categoria del «paesaggio agrario»*, in *Riv. giur edil.*, 2016, p. 1 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

regolatore[33]. Per di più, quasi tutte le leggi urbanistiche regionali attualmente vigenti contemplano tra gli obiettivi della pianificazione territoriale ed urbanistica quello della tutela dell'ambiente[34].

La tutela dei vari interessi (paesaggistici, culturali, ambientali e territoriali) insistenti sul (medesimo) suolo è principio unitario «dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo […] e tali forme di tutela costituiscono una endiadi unitaria. Detta tutela costituisce compito dell'intero apparato della Repubblica, nelle sue diverse articolazioni ed in primo luogo dello Stato (art. 9 della Costituzione), oltre che delle regioni e degli enti locali»[35]. Va invero rimarcata la declinazione dell'«ambiente» quale fattore condizionante le scelte inerenti alla gestione del territorio e cioè in chiave urbanistica[36].

L'art. 57, d.lg. 31 marzo 1998, n. 112[37] attribuisce al piano territoriale di coordinamento provinciale il valore e gli effetti dei piani di tutela nei settori della protezione della natura, della tutela dell'ambiente, delle acque e della difesa del suolo e della tutela delle bellezze naturali. Questo se la definizione delle relative disposizioni avvenga nella forma di intese fra la provincia e le amministrazioni, anche statali, competenti. La mancanza di intese ha però mantenuto il valore e gli effetti assegnati ai piani di tutela di settore dalla normativa nazionale e regionale.

Il piano paesaggistico non contiene solo profili ricognitivi del territorio e degli immobili. Prevede anche interventi di trasformazione, di recupero e riqualificazione nell'ottica della valorizzazione, nella consapevolezza che solo una adeguata pianificazione consente una valutazione complessiva degli elementi di tutela e di valorizzazione nel tempo dei beni paesaggistici sul territorio[38]. La sua prevalenza[39] *ex* art. 145, comma

[33] Cons. St., Sez. IV, 3 novembre 2008, n. 5378; Cons. St., Sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4828; Cons. St., Sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7140; Cons. St., Sez. IV, 1 febbraio 2001, n. 420; Cons. St., Sez. IV, 8 maggio 2000, n. 2639.; Cons. St., Sez. IV, 19 gennaio 2000, n. 245. Vd. V. Vitiello, *La nuova frontiera della c.d. «urbanistica-ambientale»*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, p. 95 ss.; R. Tumbiolo, *La tutela del paesaggio nello strumento urbanistico*, *ivi*, 2004, p. 490 ss.; M.A. Mazzola, *La motivazione del Piano regolatore generale con riguardo all'ambiente*, *ivi*, p. 518 ss.

[34] P.L. Portaluri, *L'ambiente e i piani urbanistici*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto*, cit., p. 249.

[35] Così Corte cost. 27 luglio 2000, n. 378; 26 novembre 2002, n. 478. Vd. G. Manfredi, *Il riparto delle competenze in tema di ambiente e paesaggio dopo la revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 516 ss.; G. Severini, *La tutela costituzionale del paesaggio (art. 9 Cost.)*, in *Giustizia-amministrativa*, 2013.

[36] Così TAR Lazio, Roma, Sez. I, 19 luglio 1999, n. 1652.

[37] A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia e N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari-Roma, 2018, p. 186.

[38] P. Urbani, *Urbanistica, tutela del paesaggio e interessi differenziati*, in *Reg.*, 1986, p. 665 ss.

[39] Vd. G. Morbidelli, *Tutela dell'ambiente e normativa urbanistica: riflessi sul diritto di proprietà*, in *Riv. giur edil.*, 1988, II, p. 126 ss.; P. Stella Richter, *Il sistema delle fonti della disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, p. 638 ss.; A. Di Mario, *Il Consiglio di Stato conferma la doppia tutela dei beni ambientali*, in *Urb. App.*, 1999, p. 1223 ss. In

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

3, c.b.c.[40] su altri strumenti pianificatori[41], per via della tradizionale primazia dell'interesse culturale su ogni altro interesse pubblico[42], risente della introduzione di forme di pianificazione territoriale dell'interesse culturale nell'ambito degli strumenti urbanistici. Come è noto, per il Piano regolatore, l'art. 1, l. 17 febbraio 1968, n. 118 ha esteso il contenuto del piano regolatore anche all'indicazione dei «vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale e paesistico».

Questa prevalenza è stata ribadita dalla Corte costituzionale[43], ritenendola non alterabile nemmeno ad opera della legislazione regionale, anche quando si tratta di regole che, pur non contrastando con (o derogando a) previsioni di tutela in senso stretto, pongano alla disciplina paesaggistica limiti o condizioni che, per mere esigenze urbanistiche, escludano o ostacolino il pieno esplicarsi della tutela paesaggistica[44] (come una norma regionale che abilitava i comuni ad individuare ambiti territoriali o immobili, pur se ricadenti in aree sottoposte a vincolo paesaggistico istituito dal Pia-

giurisprudenza cfr. Cons. St., Sez. VI, 22 aprile 1997, n. 660; Cons. St., Sez. 11 ottobre 1995, n. 1088; TAR Campania, Sez. I, 10 ottobre 1998, n. 2845; TAR Lazio, Sez. I, 20 settembre 1989, n. 1270; TAR Liguria, Sez. I, 27 ottobre. 1992.

[40] Le previsioni dei piani paesaggistici di cui agli articoli 143 e 156 non sono derogabili da parte di piani, programmi e progetti nazionali o regionali di sviluppo economico, sono cogenti per gli strumenti urbanistici dei comuni, delle città metropolitane e delle province, sono immediatamente prevalenti sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici, stabiliscono norme di salvaguardia applicabili in attesa dell'adeguamento degli strumenti urbanistici e sono altresì vincolanti per gli interventi settoriali. Per quanto attiene alla tutela del paesaggio, le disposizioni dei piani paesaggistici sono comunque prevalenti sulle disposizioni contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore, ivi compresi quelli degli enti gestori delle aree naturali protette.

[41] A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia e N. Olivetti Rason, *Introduzione*, cit., p. 308, parlano di «valore "gerarchico" del piano paesaggistico».

[42] Sia consentito rinviare al nostro *Prime*, cit., 2023.

[43] Si tratta della sentenza 25 luglio 2022, n. 192.

[44] Si vedano le recenti pronunce 28 febbraio 2022, n. 45; 28 dicembre 2021, n. 261; 8 luglio 2021, n. 141; 21 aprile 2021, n. 74; 17 novembre 2020, n. 240; 15 aprile 2019, n. 86. Cfr. A.G. Arabia, *La Corte sorvola sulle reali finalità della legge molisana in materia di trabucchi*, in *Giur. cost.*, 2022, p. 489 ss.; E. Furno, *La Corte costituzionale conferma il primato dei piani paesaggistici sulla pianificazione territoriale tra esigenze di tutela e recupero del territorio*, *ivi*, 2021, p. 2849 ss.; M. Asaro, *La supremazia della pianificazione paesaggistica*, in *Ambientediritto*, 2021, 3; D.M. Traina, *Elaborazione congiunta del piano paesaggistico: se è leale collaborazione a chi spetta l'approvazione in caso di disaccordo?*, in *Giur. cost.*, 2020, p. 2837 ss.; A. Carminati, *La Corte applica il principio di leale collaborazione in materia di pianificazione paesaggistica a favore dello Stato, ma la via consensuale produce 'impasse' e squilibri*, in *Forumcostituzionale*, 2021, p. 3; C. Pellegrino, *Ambiente ed Energia: la Corte costituzionale conferma i suoi orientamenti e il suo ruolo di supplenza ermeneutica*, *ivi*, 2019, p. 7; C. Ingenito, *Il principio di leale collaborazione e le linee guida nelle recenti sentenze della Corte costituzionale in materia ambientale*, in *Ambientediritto*, 2020, 4.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

no paesaggistico territoriale regionale, sui quali consentire la realizzazione di interventi edilizi straordinari).

In questo caso, la gerarchia tra i piani corrisponde ad una gerarchia tra gli interessi (culturali-paesaggistici ed urbanistici), con subordinazione dei profili di interesse urbanistico ed edilizio rispetto a quelli concernenti la tutela dei beni culturali[45]. Inoltre, determina una immediata prevalenza sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici dei comuni[46].

Non a caso la Corte costituzionale ha evidenziato come «nella disciplina delle trasformazioni – com'è negli scopi del piano urbanistico –, la tutela del paesaggio assurga a valore primario, cui deve sottostare qualsiasi altro interesse interferente»[47].

L'art. 10 della legge urbanistica aveva previsto l'uso di modifiche d'ufficio da parte dello Stato, al fine di garantire l'adeguata salvaguardia di complessi storici, monumentali, ambientali e archeologici[48]. A sua volta, la giurisprudenza ha da tempo chiarito la doverosità per il comune del recepimento, nel piano regolatore, dei vincoli preposti a tutela di beni culturali[49].

Analoga prevalenza sul piano regolatore è accordata al piano del parco[50], previsto per i parchi nazionali e regionali, e che sostituisce ogni altro

[45] Come ricorda A. Crosetti, *Governo del territorio e tutela del patrimonio culturale: un difficile percorso di integrazione*, in *Riv. giur edil.*, 2018, p. 81 ss., la giurisprudenza amministrativa ha rivelato quanto nel testo (sulla scorta della sentenza 21 dicembre 1985 n. 359), in base all'assunto per cui «l'art. 9 Cost., accumunando la tutela del paesaggio a quella del patrimonio storico-artistico, da una parte configura quest'ultimo come valore estetico-culturale e dall'altro lo assume secondo una scelta operata al massimo livello dell'ordinamento come valore primario e cioè insuscettibile di essere subordinato a qualsiasi altro» (così Cons. St., Sez. VI, 10 agosto 1988 n. 976; TAR Lazio, Sez. II, 23 giugno 1986 n. 1112; Cons. St., Sez. V, 15 maggio 1964 n. 556; Id., Sez. VI, 13 aprile 1992 n. 261; Id., Sez. IV, 27 dicembre 1994 n. 10799

[46] Cfr. TAR Campania, Napoli, 13 ottobre 2016, n. 4698.

[47] Vd. Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182. G.F. Cartei, *Autonomia locale e pianificazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 703 ss.; F. Merloni, *L'impossibile equilibrio tra governo del territorio e pianificazioni di tutela del settore*, in *Reg.*, 2006, p. 1192 ss.; D.M. Traina, *Note minime su pianificazione del paesaggio e governo del territorio nella legge toscana n. 1 del 2005*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1856 ss.; P. Grauso, *Tutela dell'ambiente, governo del territorio e strumenti di pianificazione*, in *Giurisd. amm.*, 2010, p. 21 ss.; E. Calvi, *Governo del territorio e valorizzazione dei beni culturali come prerogativa statale: i confini della Regione*, in *Rass. Avv. St.*, 2006, p. 169 ss.

[48] Sulla funzione del piano regolatore generale anche a tutela dei beni culturali vd. L. Mazzarolli, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, 1962, p. 80 ss.; A. Crosetti, *Pianificazione del territorio e beni culturali: appunti prima e dopo il T.U. del 29 ottobre 1999*, in E. Ferrari, N. Saitta e A. Tigano (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale, Atti del IV Convegno AIDU*, Milano, 2001, p. 243 ss.

[49] Vd. Cons. St., Sez. IV, 15 novembre 1981 n. 1139; Cons. St., Sez. VI, 12 novembre 1990 n. 951; TAR Molise, 19 settembre 2005 n. 880.

[50] A. Crosetti, *Federalismo amministrativo, governo del territorio e pianificazioni di area vasta*, Torino, 2004, p. 86 ss.; D. D'Orsogna, *Piani paesistici e piani dei parchi regio-*

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

strumento di pianificazione[51]: il piano regolatore generale invero non può che recepire il contenuto dei vincoli impressi dal legislatore regionale con l'istituzione del Parco[52]. Il piano del parco appare perciò destinato ad essere il primario strumento di conformazione del territorio, anche quale strumento di composizione degli interessi rilevanti, mentre i piani regolatori assumono funzione residuale all'interno delle aree protette.

L'attuale formulazione dell'art. 142, c.b.c. fissa il principio della prevalenza del piano paesaggistico sugli atti di pianificazione ad incidenza territoriale posti dalle normative di settore, ivi compresi quelli degli enti gestori delle aree naturali protette[53] «per quanto attiene alla tutela del paesaggio»[54]. Proprio valorizzando il riferimento della «tutela del paesaggio» il Consiglio di Stato è giunto a limitare la prevalenza del piano paesaggistico solo sugli aspetti relativi alla mera tutela del paesaggio; in relazione ai piani dei parchi detta prevalenza è quindi da ritenersi relativa solo ai profili paesaggistici. Ne consegue che la disciplina più restrittiva rispetto al piano paesaggistico

nali: linee di tendenza della legislazione regionale alla luce della legge quadro sulle aree protette, in *Foro amm.*, 1994, p. 1180 ss.; M. Libertini, *Le aree naturali protette nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. giur. urb.*, 1991, p. 135 ss.; G.F. Cartei, *La disciplina del paesaggio tra conservazione e fruizione programmata*, Torino, 1995, p. 41 ss.

[51] Sulla natura del piano del parco anche quale strumento di pianificazione territoriale cfr. A. Loiodice, *Parchi naturali: tendenze evolutive*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, p. 385 ss.; D. Borgonovo Re, *Parchi regionali e pianificazione (nota a TAR Lazio, Sez. II, 13 dicembre 1984, n. 1846)*, in *Riv. giur. amb.*, 1986, p. 112 ss.; D. D'Orsogna, *Piani*, cit., p. 1180 ss.; E. Caso, *Piano dei parchi, legislazione regionale ed effettività della tutela giurisdizionale (nota a Corte cost., sentt. 11 giugno 1999, nn. 225-226)*, in *Gior. dir. amm.*, 2000, p. 598 ss.

[52] TAR Lazio, Roma, II, 9 settembre 2020, n. 9397. Cfr. R. Tumbiolo, *Aree naturali protette.* I. *Profili generali*, in S. Nespor e L. Ramacci (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 2022, p. 737. Negli anni Settanta del secolo scorso la Corte costituzionale aveva rilevato che la necessità che l'approvazione del piano regolatore era condizionata, con riferimento alle parti di esso incidenti sul parco, al previo raggiungimento di intese tra l'amministrazione statale (preposta al parco nazionale) e il comune e la regione (quali autorità urbanistiche), vd. C. cost. 14 luglio 1976, n. 175. Cfr. T. Alibrandi e P.G. Ferri, *I beni culturali ed ambientali nelle competenze regionali*, in *Foro amm.*, 1978, p. 623 ss.

[53] Il rispetto del principio della cogente prevalenza dei piani paesistici sulla pianificazione delle aree naturali protette è stato riaffermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 30 maggio 2008, n. 180, con la quale è stata dichiarata incostituzionale l'art. 12, comma 2, legge della Regione Piemonte 19 febbraio 2007, n. 3 (Istituzione del Parco Fluviale Gesso e Stura), per il quale «Il piano d'area è efficace anche per la tutela del paesaggio ai fini e per gli effetti di cui all'articolo 143 del d.lgs. n. 42/2004 e ai sensi dell'articolo 2 della legge regionale 3 aprile 1989, n. 20 (Norme in materia di tutela dei beni culturali, ambientai e paesistici)». Su quest'ultimo aspetto vd. F. Di Dio, *Cogenza del piano paesaggistico sul piano di assetto delle aree naturali protette: siamo sicuri che si tratti di un rapporto gerarchico?*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, p. 801 ss.; G. Sabato, *La tutela del patrimonio culturale nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2017, p. 116 ss.

[54] Corte cost., 30 maggio 2008, n. 180, 23 dicembre 2008, n. 437, e la ricordata sentenza 193/2010. Vd. F. Di Dio, *Cogenza*, cit., p. 801 ss.; G. Sabato, *La tutela*, cit., p. 116 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

(stabilita per determinate aree), volta a tutelare quegli ulteriori valori che il piano per il parco pure tutela, non viola il principio di prevalenza[55]. Si è allora evidenziata una parziale riserva di competenza in favore del piano per il parco per ciò che non riguarda strettamente la tutela del paesaggio[56].

Diretta incidenza sul territorio ha anche la pianificazione delle risorse idriche[57], attuata mediante il piano di bacino distrettuale[58] (art. 65, d.lg. 3 aprile 2006, n. 152)[59]. Esso riguarda la programmazione delle azioni e degli usi finalizzati alla conservazione, alla difesa e alla valorizzazione del suolo ed alla corretta utilizzazione delle acque[60].

[55] Cons. St., Sez. V, 24 febbraio 2012, n. 3517.

[56] S. Amorosino, *I rapporti tra i piani dei parchi e i piani paesaggistici alla luce del Codice Urbani*, in *Aedon*, 2006, n. 3.

[57] M. Di Lullo, *L'autorità di bacino distrettuale come ente di pianificazione e tutela ambientale*, in *AmbienteDiritto*, 2023.

[58] P. Stella Richter, *I piani di bacino*, in F. Bassi e L. Mazzarolli (a cura di), *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente*, Torino, 2000, p. 29 ss.; P. Urbani, *Modelli organizzatori e pianificazione di bacino nella legge sulla difesa del suolo*, in *Riv. giur. edil.*, 1993, p. 49 ss.; A. Crosetti, *Piani di bacino: una formula da rivedere*, in B. Carpino (a cura di), *Scritti in onore di Giovanni Galloni*, Roma, 2003, p. 407 ss.; P. Dell'Anno, *I piani di bacino idrografico: commento agli artt. 17, 18, 19, 20*, in P. Urbani (a cura di), *La difesa del suolo: il processo di attuazione della riforma organizzativa e funzionale della difesa del suolo*, Roma, 1993, p. 180 ss.; L, Rainaldi, *I piani di bacino nella previsione della legge n. 183 del 1989*, Milano, 1992; C. Morrone, *Competenze e strumenti di coordinamento delle competenze in materia di pianificazione ambientale e tutela del suolo: i piani di bacino ex l. 18 marzo 1989 n. 183*, in *Foro amm.*, 1995, I, p. 1187 ss.; G. Travia, *Prospettive per la difesa del suolo sulla base dello stato d'attuazione della legge 183/1989*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2000, p. 160 ss.

[59] Il piano di bacino distrettuale va tenuto distinto dal piano di gestione di competenza dell'autorità di bacino (art. 117), che è una «articolazione interna del piano di bacino distrettuale», ovvero un «piano stralcio … e si distingue dal piano di bacino perché ha ad oggetto esclusivamente la tutela delle acque (e non anche del suolo)». A sua volta, il pano di tutela delle acque (art. 121) non costituisce un piano stralcio, ma uno «specifico piano di settore». Cfr. A. D'Urbano, *La tutela delle acque dall'inquinamento*, in B. Caravita, L. Cassetti e A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, p. 184 ss. Dall'esame complessivo del d.lg. 3 aprile 2006, n. 152 sembra desumersi una gerarchia tra i vari piani, nel senso della prevalenza del piano di distretto, cui segue il piano per l'assetto idrogeologico (art. 67), il piano di gestione e, per ultimo, il piano di tutela. Vd. R. Ferrara, F. Fracchia e N. Oliveti Rason, *Introduzione*, cit., p. 343.

[60] Come evidenziato da Corte cost., 26 febbraio 1990, n. 85, i piani di bacino non sono esclusivamente finalizzati alla «difesa del suolo» ma piuttosto «alla conservazione dinamica del suolo attraverso l'imposizione di vincoli e di opere di carattere idraulico, idraulico-agrario e forestale». Cfr. U. Pototschinig, *La difesa del suolo (ovvero: le Regioni senza difesa)*, in *Reg.*, 1991, p. 19 ss.; G. Pastori, *Il seicentosedici rovesciato*, *ivi*, p. 25 ss. Il piano di bacino tende a porsi come la sommatoria di tutti gli interventi e le prescrizioni relativi all'uso e alla tutela del suolo e alla disciplina delle acque, nonché più in generale come «coordinamento degli interessi ambientali» (Tribunale superiore delle acque pubbliche, 2 febbraio 1995, n. 13). Anche successivamente all'entrata in vigore del codice dell'ambiente, i piani di bacino sono stati qualificati come strumento fondamentale per la difesa del suolo, lotta alla desertificazione e tutela delle acque: Corte cost., ord. 5 maggio 2009, n. 232; Corte cost.,

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Anche in questo caso, il carattere condizionante degli usi urbanistici del suolo determina la vincolatività del piano rispetto alle scelte urbanistiche comunali[61]. Va evidenziato che la rilevanza dell'interesse ambientale ponga detto piano al vertice della pianificazione (ambientale, territoriale e urbanistica)[62].

Le prescrizioni del piano costituiscono vincoli idrogeologici (art. 866 c.c., r.d. 3267/1923)[63]; sono immediatamente vincolanti per amministrazioni e soggetti privati e determinano la necessità dell'aggiornamento della pianificazione territoriale interessata[64].

La Corte costituzionale ha sottolineato l'importanza della «impronta unitaria della pianificazione paesaggistica», tenuto conto che sul territorio vengono a gravare più interessi pubblici, concernenti la conservazione ambientale e paesaggistica, il governo del territorio e la valorizzazione dei beni culturali e ambientali[65]. Può allora convenirsi sulla necessità della cooperazione di tutte le amministrazioni pubbliche nell'attività di tutela, pianificazione, recupero, gestione e valorizzazione del paesaggio, alla luce delle previsioni dell'art. 133, c.b.c.[66].

Altri strumenti pianificatori vanno comunque ricordati in quanto possono assumere ruoli variegati nel tutelare e valorizzare interessi culturali e paesaggistici. Volendo limitarci ad indicarne i principali occorre ricordare

sent. 28 aprile 2010, n. 168. Vd. F. Di Dio, *Giustizia costituzionale e concorrenza di competenze legislative in materia di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema": dalla trasversalità alla "prevalenza" della competenza statale*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, p. 953 ss.; P. Grauso, *Tutela dell'ambiente, governo del territorio e strumenti di pianificazione*, in *Giurisd. amm.*, 2010, p. 21 ss.

[61] Vd. Cons. St., sez. IV, 26 maggio 2003 n. 2827, secondo il quale: «L'unico limite che incontra l'ente locale nell'esercizio della funzione di pianificazione urbanistica è costituito dalle "direttive" contenute nei piani territoriali di coordinamento e in quelli ad essi assimilati, ovvero dalle prescrizioni contenute in strumenti speciali, quali ad esempio il piano predisposto dall'Autorità di bacino».

[62] Così A. Pioggia, *Acqua e ambiente*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, p. 279.

[63] TAR Molise, Sez. I, 9 marzo 2012, n. 92.

[64] A. Capria, *Acque e inquinamento idrico*, in S. Nespor e A. De Cesaris (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 2022, p. 470.

[65] Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182. Vd. G.F. Cartei, *Autonomia*, cit., p. 703 ss.; F. Merloni, *L'impossibile equilibrio tra governo del territorio e pianificazioni di tutela del settore*, in *Reg.*, 2006, p. 1192 ss.; D. Traina, *Note minime su pianificazione del paesaggio e governo del territorio nella legge toscana n. 1 del 2005*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1856 ss.; P. Grauso, *Tutela*, cit., p. 21 ss.; E. Calvi, *Governo del territorio e valorizzazione dei beni culturali come prerogativa statale: i confini della Regione*, in *Rass. Avv. St.*, 2006, p. 169 ss.

[66] Così S. Civitarese Matteucci, *La pianificazione paesaggistica: il coordinamento con gli altri strumenti di pianificazione*, in *Aedon*, 2005, n. 3. Sui rapporti tra i vari strumenti di pianificazione, vd. P. Lombardi, *L'evoluzione della disciplina sulla difesa del suolo tra dialettica Stato-regioni e prospettive applicative degli strumenti di pianificazione*, in *Riv. quad. giur. amb.*, 2012, p. 121 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

quantomeno i Piani di recupero, previsti dalla l. 5 agosto 1978, n. 457[67], che richiama non a caso le disposizioni e le competenze «previste dalle leggi n. 1089/39 e n. 1497/39» (art. 31, ultimo comma), incoraggiando la spontanea collaborazione dei privati all'attività pianificatoria dei comuni (è infatti prevista la presentazione di proposte di piano da parte dei proprietari di immobili e di aree compresi nelle zone di recupero, che rappresentino, in base all'imponibile catastale, almeno i tre quarti del valore degli immobili interessati); gli interventi di rigenerazione urbana[68] (nell'ambito dell'«uso accettabile del territorio»[69]), caratterizzati da un'attenzione non solo al degrado «fisico», ossia dal punto di vista edilizio ed urbanistico, ma anche «immateriale», cioè dal punto di vista sociale ed economico[70], nell'ottica della «qualità della città»[71]; i PRUSST (Programmi di riqualificazione urbana e sviluppo sostenibile del territorio), nei quali particolare attenzione è rivolta ai valori di tutela ambientale, alla valorizzazione del patrimonio storico, artistico e architettonico; i programmi di riqualificazione urbana introdotti dalla l. 17 febbraio 1992, n. 179; i programmi di riabilitazione urbana di cui alla l. 1 agosto 2002, n. 166; i contratti di quartiere disciplinati dal d.m. 27 dicembre 2001.

3. Nel 2025 sono stati introdotti due rilevanti novità. Con l. 10 novembre 2025, n. 167 è stata prevista la valutazione di impatto generazionale, mentre il d.l. 27 dicembre 2024, n. 201, conv. l. 21 febbraio 2025, n. 16, ha regolato il Piano Olivetti per la cultura.

Sulla valutazione di impatto generazionale, il primo passo verso una va-

[67] E.M. Marenghi, *Il recupero del patrimonio edilizio e urbanistico esistente*, Milano, 1982; F. Migliarese, *Piano di recupero del patrimonio edilizio*, in *Dig. disc. pub.*, XI, Torino, 1996, p. 164 ss.; A. Crosetti, *Piano di recupero*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, V, Torino, 1984, p. 941 ss.

[68] Sia consentito rinviare al nostro *Considerazioni sulla verifica della perdurante sussistenza dell'interesse culturale (a proposito delle c.d. ville vesuviane del miglio d'oro)*, in *AmbienteDiritto*, 2023.

[69] M. Dugato, *Editoriale*, in *Istit. fed.*, 2017, p. 597 ss.

[70] I temi della rigenerazione e del riuso per lo sviluppo sostenibile costituiscono strategie fondamentali di ripresa e resilienza del settore cultura alla luce dei provvedimenti di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza. Si consideri la Missione 5 (Inclusione e coesione), Componente 2 (Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore), Ambiti di intervento/Misure 2 (Rigenerazione urbana e *housing* sociale), che prevede investimenti per 3.300.000.000 euro. In questo caso, con decreto del Ministero dell'Interno, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle finanze e del Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibile, in data 30 dicembre 2021 sono stati individuati i Comuni beneficiari del contributo previsto dall'articolo 1, commi 42 ss., l. 27 dicembre 2019, n. 160 e dal d.P.C. 21 gennaio 2021. Cfr. C. Vitale, *Riuso del patrimonio culturale e sviluppo delle aree interne. Le norme e le pratiche*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 867 ss.

[71] F. Follieri, *Dal recupero alla rigenerazione: l'evoluzione della disciplina urbanistica delle aree degradate*, in *Giustamm*, 2015.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

lutazione qualitativa è stato compiuto dalla Fondazione Bruno Visentini sulla mappatura delle misure rivolte alle giovani generazioni documentata nel rapporto Il divario generazionale tra conflitti e solidarietà del 2017, e poi, con il rapporto Il divario generazionale attraverso la pandemia, la ripresa e la resilienza del 2021. Nel 2023 la Regione Emilia-Romagna ha sperimentato la valutazione di impatto generazionale nell'ambito del progetto SAF-ER, applicandola ai Programmi regionali 2021-2027 cofinanziati dal Fondo Sociale Europeo Plus e dal Fondo Europeo di Sviluppo Regionale. Per gli enti locali, il Comune di Parma è stato il primo ad applicare le Linee guida al proprio Documento Unico di Programmazione 2023-2025, individuando le misure generazionali e potenzialmente generazionali presenti nei propri atti programmatori. Il Comune di Bologna ha usato la valutazione di impatto generazionale nell'ambito del processo di analisi delle missioni del Documento Unico di Programmazione 2023-2025.

L'art. 4, l. 10 novembre 2025, n. 167 stabilisce che la valutazione di impatto generazionale[72] costituisce uno strumento informativo che consiste nell'analisi preventiva degli atti normativi del Governo, ad esclusione dei decreti-legge, in relazione agli effetti ambientali o sociali indotti dai provvedimenti, ricadenti sui giovani e sulle generazioni future, con particolare attenzione all'equità intergenerazionale. La nozione di «effetti sociali» costituisce la chiave interpretativa per includere il patrimonio culturale nell'ambito della valutazione di impatto generazionale. Il patrimonio culturale, infatti, non produce soltanto effetti economici diretti e indiretti, ma incide sulla qualità della vita delle comunità, sull'identità collettiva, sulla coesione sociale e sulla capacità di mantenere viva la memoria storica. Il processo di conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale può svolgere un'importante funzione sia al fine della preservazione dei beni, sia per la promozione e il sostegno dello sviluppo economico delle comunità locali, innalzando la sensibilizzazione dei cittadini verso la loro identità.

Queste ultime considerazioni giustificano la riconduzione del patrimonio culturale non solo nell'ambito dei beni comuni, ma soprattutto in quella dei beni meritori[73]. Esso è infatti composto da beni che devono essere oggetto di tutela pubblica indipendentemente dalla richiesta fatta dai

[72] M. Mezzanotte, *La valutazione di impatto generazionale come tecnica di "programmazione"*, in *Consulta online*, 2025, p. 1524 ss.; L. Bartolucci, *La valutazione di impatto generazionale delle leggi come forma di attuazione degli articoli 9 e 97 della Costituzione*, in *Federalismi*, 2024, p. 39 ss.; L. Monti, *Legiferare meglio: la valutazione di impatto generazionale del Documento Unico di Programmazione*, in *Riv. dir. ec. com.*, 2024, p. 53 ss.

[73] Sia consentito rinviare al nostro, *Patrimonio*, cit., p. 213 ss. I beni meritori costituiscono una evoluzione della moderna teoria economica dei beni pubblici analizzata da Paul Samuleson sin dal 1954 nei suoi noti saggi *The Pure Theory of Public Expenditure*, in *Review of Economics and Statistics*, 1954; *Diagrammatic Exposition of A Theory of Public Expenditure*, *ivi*, 1955; *Aspects of Public Expenditure Theories*, *ivi*, 1958.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

potenziali utenti, in conseguenza della valutazione dei vantaggi che può trarne l'intera comunità[74].

Esistono diversi scenari normativi in cui la Valutazione potrebbe incidere sul patrimonio culturale. Si pensi ai provvedimenti relativi alla gestione del turismo culturale, al finanziamento pubblico per la conservazione e il restauro, alle politiche educative e formative in ambito culturale, o alla digitalizzazione del patrimonio.

L'art. 5, l. 10 novembre 2025, n. 167 istituisce presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri l'Osservatorio nazionale per l'impatto generazionale delle leggi. Esso ha funzioni di monitoraggio, analisi, studio e proposta dei possibili strumenti per la definizione e l'attuazione degli obiettivi previsti dall'art. 4. Questo organismo potrebbe svolgere un ruolo determinante nell'interpretare estensivamente l'ambito di applicazione della valutazione di impatto generazionale. L'Osservatorio è infatti incaricato di monitorare l'efficacia della valutazione, elaborare studi e proporre eventuali miglioramenti. Attraverso le proprie funzioni di studio e proposta, l'Osservatorio potrebbe elaborare metodologie che includano esplicitamente la valutazione degli impatti sul patrimonio culturale, riconoscendone la rilevanza per l'equità intergenerazionale.

Il Piano Olivetti per la cultura, invece, ha l'obiettivo di rafforzare il ruolo della cultura come elemento centrale per il benessere delle comunità e la coesione sociale. La legge di bilancio 2026 (l. 30 dicembre 2025, n. 199) contiene ben due espressi riferimenti al Piano, sia in occasione del sostegno strutturale ai musei e ai luoghi della cultura non statali (art. 1, comma 551), sia a proposito della promozione di progetti di cooperazione culturale con l'Africa e il Mediterraneo globale nonché dello sviluppo della cultura come bene comune accessibile e integrato nella vita delle comunità (art. 1, comma 823).

Il Piano Olivetti si articola su diversi assi d'intervento. In primo luogo, introduce strumenti per valorizzare le biblioteche come luoghi di educazione intellettuale, civica e di connessione sociale (art. 1, comma 1, lett. *c*), e promuove la filiera dell'editoria libraria attraverso il sostegno alle librerie caratterizzate da lunga tradizione e interesse storico-artistico (art. 1, comma 1, lett. *d*). Inoltre, prevede forme di cooperazione culturale internazionale. È stata istituita un'unità di missione per la cooperazione culturale con l'Africa e il Mediterraneo allargato (art. 2), che esercita funzioni di indirizzo e coordinamento di progetti e interventi di cooperazione culturale con Stati e Organizzazioni internazionali africane.

Tra le misure previste dal Piano (agli artt. 3 e 7) possiamo ricordare (senza pretesa di completezza) il sostegno all'apertura di librerie da parte di giovani sotto i 35 anni, la valorizzazione delle biblioteche come spazi di connessione

[74] Si vedano le riflessioni di J. Head, *Public Goods and Public Welfare*, Durham, 1974, p. 214 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

sociale e educazione intellettuale (nella misura in cui tale valorizzazione si traduca in servizi effettivamente accessibili e attrattivi per i giovani), la stabilizzazione della segnalazione certificata di inizio di attività per gli spettacoli dal vivo (che riduce barriere burocratiche particolarmente gravose per giovani organizzatori e promoter culturali), e il sistema dei tax credit per opere prime e seconde nel cinema (che facilita l'ingresso di giovani autori).

Vi sono però varie criticità. Il quadro complessivo appare significativamente compromesso dalle riduzioni di bilancio previste dalla legge di bilancio 2025. Le risorse destinate al Ministero della Cultura sono diminuite dallo 0,4 per cento del 2024 allo 0,3 per cento del totale, con una riduzione annuale di 147 milioni per il 2025, 178 milioni per il 2026 e 204 milioni per il 2027. In termini assoluti, rispetto alla legge di bilancio 2024, la nuova legge per il 2025 presenta una diminuzione di 448,2 milioni di euro, pari al 12,6 per cento. Questa decurtazione è causata principalmente dalla riduzione di 357,2 milioni della spesa in conto capitale, corrispondente a un calo del 21,31 per cento. I tagli più consistenti riguardano la tutela del patrimonio culturale con 100 milioni in meno, le belle arti con 36 milioni, i beni librari e l'editoria con 18 milioni, i beni archivistici con 13,5 milioni e il cinema con 3 milioni[75].

La legge di bilancio per il 2026 (legge 30 dicembre 2025, n. 199) conferma e aggrava la tendenziale riduzione delle risorse destinate al Ministero della Cultura già evidenziato nella legge di bilancio 2025. L'analisi dei dati di bilancio rivela una situazione di ulteriore compressione delle risorse disponibili per le politiche culturali, che si inserisce in un più ampio contesto di spending review che ha colpito l'intera amministrazione statale. Nel 2026 le spese finali del Ministero della Cultura saranno, in termini di competenza, pari a 3.066,6 milioni di euro, con un decremento di 190,8 milioni di euro (– 5,8 per cento) rispetto al 2025.

La progressiva diminuzione dei fondi a disposizione della cultura impone di ricercare altrove forme di finanziamento. In questo senso appare allora necessario il coinvolgimento dei privati[76]. Gli strumenti utilizzabili sono noti (forme speciali di partenariato[77], organismi di valorizzazione re-

[75] *https://en.ilsole24ore.com/art/budget-law-2025-annus-horribilis-italian-culture-AGOiYUxB*.

[76] Come notato da S. Gardini, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 407 «L'azione amministrativa viene ridisegnata nel solco della leale collaborazione e della sussidiarietà orizzontale: l'intervento pubblico per la valorizzazione del patrimonio culturale» si apre alla «partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati» (art. 6, comma 3), che alle attività di valorizzazione «possono concorrere, cooperare o partecipare» (art. 111), «alla luce dei principi di coordinamento, armonizzazione ed integrazione (art. 7, comma 2)».

[77] G. Sciullo, *Il partenariato pubblico-privato in tema di patrimonio culturale dopo il Codice dei contratti*, in *Aedon*, 2021, n. 3, si interroga sul significato della «specialità»

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

alizzati sulla base di accordi di valorizzazione[78], sponsorizzazioni e *art-bonus*, patti di collaborazione nell'ambito dei beni comuni). Altra possibile soluzione alle criticità sopra evidenziate è la maggiore integrazione tra politiche culturali e altre politiche settoriali, in particolare quelle turistiche, educative e di sviluppo territoriale. L'approccio integrato, già presente nel Piano Olivetti per le aree periferiche, potrebbe essere sistematizzato attraverso meccanismi di «coprogrammazione» con enti locali e Terzo settore.

Si può allora ritenere che la sfida principale per il futuro consiste nel trovare modalità sostenibili per conciliare le ambizioni programmatiche con le risorse effettivamente disponibili. Occorre quindi valorizzare i finanziamenti disponibili ed attivare forme di collaborazione tra pubblico e privato. Solo attraverso un approccio integrato e una programmazione attenta sarà possibile garantire la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale italiano, assicurando nel contempo l'accessibilità della cultura a tutti i cittadini.

delle forme di partenariato. Si tratta comunque di uno strumento differente da quello generale del partenariato pubblico-privato in cui, invece, la cooperazione è diretta a garantire il finanziamento, la realizzazione o gestione di un'opera pubblica a fini remunerativi e la individuazione del partner deve avvenire mediante procedure a evidenza pubblica (vd. L. Casini, *Valorizzazione e gestione*, in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata e G. Sciullo, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, p. 239).

[78] Si tratta di ipotesi ad oggi di ridotto utilizzo nella pratica, sia in considerazione della complessità delle modalità di partecipazione dei privati, sia per le continue emende alle norme sul loro coinvolgimento, sia per effetto del tradizionale disfavore con cui si considerano gli apporti dei privati in un settore sensibile come quello dei beni culturali. Per una disamina delle principali esperienze di accordi di valorizzazione stipulati con i privati, sia consentito rinviare al nostro, *Patrimonio*, cit., p. 178 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Laura Pergolizzi

Spettacolo e impatto generazionale*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Cenni sullo spettacolo nell'evoluzione legislativa più recente. – 3. La l. n. 106/2022: elementi di continuità e novità. – 4. Spettacolo e pianificazione nazionale nel modello dello sviluppo sostenibile anche nell'interesse delle future generazioni. – 5. Conclusioni.

1. A seguito della riforma degli artt. 9 e 41 Cost., operata dalla legge costituzionale n. 1/2022[1], il rapporto tra eredità culturale e impatto generazionale ha assunto una rinnovata centralità nella riflessione giuridica sui beni culturali.

Come a tal proposito è stato osservato, la costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente, nonché della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, rappresenta una «conferma» del fatto che la conservazione e la valorizzazione delle testimonianze del passato – nelle loro dimensioni culturali, scientifiche e ambientali – non costituiscono soltanto un dovere di protezione, ma rappresentano anche un impegno proiettato verso le generazioni future[2].

Per i beni culturali, però, l'idea di una continuità tra passato e futuro appare comunque da tempo consolidata: essa permea l'intera disciplina di settore ed è strettamente connessa alla natura stessa di tali beni, destinati alla fruizione collettiva[3]. Si tratta, dunque, di un orientamento che, pur rafforzato dalla riforma, trova le sue radici anche nell'assetto normativo precedente, già caratterizzato dalla presenza di strumenti programmatori e pianificatori[4] idonei a coinvolgere anche i beni culturali e paesaggistici, intrinsecamente rivolti al futuro[5] e spesso prevalenti rispetto alla pianifica-

* Il presente contribuito è una rielaborazione dell'intervento tenuto nella qualità di *Discussant* nel *Panel* intitolato Eredità culturale e impatto generazionale (Autore M. Pulvirenti) presentato nell'ambito della Giornata della Ricerca 2025/2026 che è stata celebrata il 10 febbraio 2026 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania.

[1] Sulla riforma *ex multis* Aa.Vv., *La riforma costituzionale in materia di ambiente*, Napoli, 2022.

[2] M. Pulvirenti, *Eredità culturale e funzioni amministrative*, in *www.giustamm.it*, 2024, p. 5.

[3] M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 24.

[4] I.M. Marino, *Amministrazione e giustizia. La programmazione,* Acireale 1989, p. 21 ss.

[5] S. Licciardello, *I doveri verso le generazioni future*, in F. Cusano (a cura di), *Scritti in onore di Paolo Urbani*, Milano, 2025, p. 871.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

zione urbanistica[6]. Tale linea direttrice emerge, nel complesso, anche nella prospettiva del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio)[7], che ne recepisce alcuni tratti fondamentali[8].

L'attenzione alla dimensione intergenerazionale emerge in modo particolarmente evidente non soltanto nel settore museale, ma anche con riferimento ai beni culturali immateriali, i quali testimoniano il profondo legame tra le comunità e i territori nei quali si sono sviluppati, configurandosi quali espressioni vive e dinamiche del patrimonio culturale, suscettibili di continua rielaborazione e trasmissione[9].

Sulla base di tali premesse, è possibile provare a esaminare lo spettacolo quale ambito di osservazione delle dinamiche che intercorrono tra eredità culturale e impatto generazionale. Tale settore rappresenta infatti uno dei contesti in cui la cultura si manifesta in modo più immediato, dinamico e condiviso, rivelandosi al contempo intrinsecamente aperto a processi di innovazione, sperimentazione e rielaborazione.

In particolare, l'analisi si concentra su alcuni profili della disciplina dello spettacolo[10] al fine di evidenziarne le implicazioni rispetto alla realizzazione dell'iniziativa culturale e al perseguimento di obiettivi di sviluppo sostenibile. In tale prospettiva, il complesso quadro regolatorio del settore[11] sembra offrire alcuni spunti per approfondire la relazione tra politiche culturali, accesso alla cultura e dimensione intergenerazionale.

2. La disciplina dello spettacolo si caratterizza per la sua intrinseca complessità.

Tra le ragioni che contribuiscono a questo assetto, assumono probabilmente particolare rilievo anzitutto i profili di complessità che riguardano la nozione giuridica di spettacolo.

Quello dello spettacolo è un termine «complesso e plurisenso», poiché esso comprende varie attività ed iniziative artistiche che appartengono a diversi settori e varie attività culturali[12]. Esso si fonda su due requisiti fondamentali: da un lato il carattere artistico o ricreativo dell'evento, dall'altro la partecipazione del pubblico. Tali elementi ricorrono tanto nello spettacolo

[6] A. Romano Tassone, *I rapporti tra il piano territoriale di coordinamento provinciale e gli strumenti urbanistici comunali*, in *Riv. giur. urb.*, 2000.

[7] M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, p. 45.

[8] In riferimento al contenuto "eteronomo" del piano urbanistico, cfr. P. Stella Richter, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2020, p. 78.

[9] M. Pulvirenti, *Eredità,* cit.

[10] M. Immordino, A. Contieri, *op. cit*., p. 1.

[11] M. Immordino, A. Contieri, *op. cit*., p. 1.

[12] F. Manganaro, *Osservazioni sulla disciplina dello spettacolo. A proposito di un libro recente*, in *Aedon*, 2024, 3.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dal vivo quanto in quello fissato su supporto e successivamente proiettato o diffuso tramite schermo o video[13].

La Costituzione non offre una definizione espressa e sistematica della nozione, se si esclude il richiamo contenuto nell'art. 21, comma 6, Cost., che si limita a vietare le manifestazioni contrarie al buon costume[14]. In assenza di una disciplina costituzionale organica, la tutela dello spettacolo è stata pertanto ricostruita in via interpretativa, ora facendola rientrare nell'alveo della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., ora riconducendola alla funzione di promozione e sviluppo della cultura prevista dall'art. 9 Cost.[15].

L'interpretazione estensiva applicata a quest'ultimo articolo, alla luce della ridefinizione della nozione di cultura[16] – «idonea ad assorbire al suo interno una pluralità di attività e di beni purché caratterizzati dal loro servire a quel valore unitario e unificante rappresentato dalla formazione intellettuale dell'individuo» – ha poi tendenzialmente consentito di assegnare allo spettacolo una sua autonomia[17].

Posto «ai margini della codificazione»[18], lo spettacolo continua a difet-

[13] C. Di Marco, *Spettacolo nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubb*., XIV, Torino, p. 463.

[14] F. Manganaro, *Osservazioni*, cit.

[15] F. Manganaro, *Osservazioni*, cit.: «La mancata esplicita previsione del contenuto della materia comporta effetti anche quanto alla sua attribuzione. La competenza esclusiva statale rimane sostanzialmente intatta fino all'abolizione del ministero del Turismo e dello Spettacolo, avvenuta nel 1983 a seguito di un *referendum*, benché l'art. 49 del d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, attribuisse già la promozione delle attività teatrali di prosa, musicali e cinematografiche alle autonomie locali. L'art. 2 del d.l. 29 marzo 1995, n. 97, convertito in legge 30 maggio 1995, n. 203 assegna alle regioni una potestà concorrente, mantenendo in capo allo Stato "le competenze relative a soggetti, attività, obiettivi e funzioni di interesse nazionale". Infine, l'art. 1, comma 4, lett. *c*) della legge "Bassanini" (legge 15 marzo 1997, n. 59) conferma di voler riservare allo Stato i "compiti di rilievo nazionale", fissando principi e funzioni sulla base di un'intesa con la Conferenza permanente Stato-regioni. La conclusione di tale percorso normativo avrebbe dovuto escludere dalla competenza statale la materia dello spettacolo, ma per consentire comunque la ripartizione del Fondo unico per lo spettacolo (Fus), nonostante un parere contrario del Consiglio di Stato, viene approvato il d.l. 18 febbraio 2003, n. 24 (Disposizioni urgenti in materia di contributi in favore delle attività di spettacolo), convertito nella legge 17 aprile 2003, n. 82, a cui fa seguito il d.m. 27 febbraio 2003 con il quale, in via transitoria, si fissano le modalità di erogazione dei contributi statali "con decreti del Ministro per i beni e le attività culturali non aventi natura regolamentare».

[16] S. Cattaneo, *Cultura e patrimonio culturale*, in A. Catelani, S. Cattaneo (a cura di), *I beni e le attività culturali*, in *Trattato dir. amm*. diretto da G. Santaniello, XXXIII, Padova, 2002, p. 4.

[17] A. Gualdani, *Il riordino della disciplina dello spettacolo. Il riordino della disciplina dello spettacolo. Il disegno di legge delega per il riordino delle disposizioni di legge in materia di spettacolo: quale futuro per il settore?*, in *Aedon*, 2022, 1.

[18] L. Casini, *La "vertigine della lista"? Patrimonio culturale e codificazione*, in *Riv. trim. dir. pubb*., 2025, 3, p. 693.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

tare di una sua sistemazione organica: se si eccettuano alcuni interventi legislativi settoriali, manca tuttora una disciplina complessiva delle attività musicali, teatrali e di prosa, idonea a definirne in modo unitario la nozione, i contenuti e i confini[19].

Con riguardo al periodo più recente, e in particolare all'ultimo decennio, va evidenziato che le deleghe contenute nella l. 22 novembre 2017, n. 175 recante "*Disposizioni in materia di spettacolo e deleghe al Governo per il riordino della materia*" e nel disegno di legge delega al Governo per il riordino della materia dello spettacolo e per la modifica del Codice dei beni culturali e del paesaggio del 28 febbraio 2019 sono rimaste inattuate allo spirare del termine previsto.

In seguito, si è progressivamente delineata una duplice direttrice di impulso riformatore, espressione di due dimensioni distinte ma strettamente connesse: da un lato, l'avvio di un nuovo processo volto al riordino complessivo della disciplina; dall'altro, la crescente valorizzazione dello strumento del piano nazionale quale strumento di governo strategico del settore.

3. Un nuovo tentativo di riorganizzazione della normativa vigente nel settore è avvenuto con la l. n. 106/2022 recante "*Delega al Governo e altre disposizioni in materia di spettacolo*".

Tale legge richiama i principi generali della disciplina in materia di spettacolo già espressi dalla legge n. 175/2017 e li amplia, anche in attuazione dei principi costituzionali, dell'Unione europea e internazionali[20].

L'art. 1 della l. n. 106 cit. delinea il perimetro definitorio ed operativo in cui si colloca la nozione di spettacolo nella prospettiva della riforma. In particolare, nella lettera c-*septies* si «riconoscono le peculiarità del settore dello spettacolo, che comprende le attività aventi ad oggetto le opere, i prodotti, i beni, i servizi, indipendentemente dal loro carattere materiale e immateriale». La lettera c-*octies*, invece, fissa l'obiettivo di promuovere e sostenere lo spettacolo «in tutte le sue forme quale strumento per preservare e arricchire l'identità culturale e il patrimonio spirituale della società, nonché quale forma universale di espressione e comunicazione».

La legge in commento si caratterizza per almeno quattro aspetti di rilievo:

1) la specificazione che lo spettacolo rientra nelle norme di competenza legislativa concorrente Stato-regioni e che la l. n. 175/2017 costituisce la normativa quadro in materia di spettacolo cui quindi le regioni dovranno richiamarsi ed entro il cui perimetro dovranno applicare la propria compe-

[19] A. Gualdani, *Il riordino*, cit.

[20] G. Gardini, *Le regole dell'informazione. Pluralismo e libertà nell'era dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2024, p. 229.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

tenza, appunto concorrente. Aspetto che del resto è stato ribadito più volte dalla Corte costituzionale[21] anche in occasione della riforma in commento;

2) la formulazione di una serie di deleghe (art. 2) per l'adozione di futuri decreti legislativi che siano dedicati, oltre che al riordino delle disposizioni di legge in materia di spettacolo, alla tutela dei lavoratori dello spettacolo (parte che ha avuto attuazione)[22]. Sinora le deleghe sono state attuate solo parzialmente e, grazie a ripetute proroghe dei termini, rimarranno suscettibili di attuazione fino al 31 dicembre 2026[23];

3) la previsione dell'istituzione, presso il Ministero della Cultura, del Tavolo permanente per il settore dello spettacolo (art. 9) e del Registro nazionale dei lavoratori operanti nel settore dello spettacolo, la definizione, il riconoscimento e la disciplina della professione di agente o rappresentante dello spettacolo dal vivo e l'integrazione dei criteri di riparto del Fondo Unico per lo Spettacolo, al fine di promuovere l'equilibrio di genere e l'impiego delle rappresentazioni liriche di giovani talenti italiani[24];

4) la previsione dell'istituzione degli Osservatori dello spettacolo e, presso il Ministero della cultura, dell'Osservatorio dello spettacolo in un sistema a rete e il sistema nazionale e la rete degli osservatori dello spettacolo, costituito dall'Osservatorio dello spettacolo e dagli osservatori regionali dello spettacolo, rispettivamente disciplinati dagli articoli 5 e 7. Tali articoli, com'è noto, sono stati in parte dichiarati incostituzionali dalla Corte Costituzionale: l'art. 5, comma 6, nella parte in cui prevede che i decreti ministeriali – destinati a definire l'organizzazione e il funzionamento dell'Osservatorio dello spettacolo – siano adottati "sentita la Conferenza permanente Stato-Regioni" anziché previa "intesa" con essa, violando così

[21] Corte cost. n. 255/2004, che afferma che la mancata menzione delle attività di sostegno allo spettacolo nell'art. 117 Cost.

[22] G. Gardini, *Le regole,* cit., p. 226.

[23] Cfr. la l. n. 121/2025, ha prorogato dal 18 agosto 2025 al 31 dicembre 2026 il termine per l'esercizio delle deleghe contenute nella citata l. n. 106/2022 (v. articolo 1, costituito da un unico comma). Come emerso dal *Dossier* XIX Legislatura STUD - Dossier - 500, l'ATN ha osservato che: «stante l'approssimarsi dello spirare del termine in questione, la relativa proroga si rende necessaria per consentire a questa Amministrazione di interloquire adeguatamente con le rappresentanze delle varie categorie e delle parti sociali. Tale passaggio, in particolare, è necessario al fine di giungere ad una elaborazione il più possibile approfondita e partecipata dei provvedimenti normativi, le cui ricadute interesseranno molteplici profili del settore dello spettacolo nell'ottica di una maggiore razionalizzazione della materia. L'obiettivo dell'intervento normativo, dunque, è consentire, un adeguato recepimento dei vari contributi in sede di redazione dei decreti delegati, di sottoporre il testo alla più ampia condivisione e con le autonomie territoriali interessate e con i portatori di interessi specifici nelle materie oggetto della delega, in vista di una definizione il più possibile approfondita e partecipata del testo medesimo, anche in considerazione delle istanze pervenute in tal senso».

[24] G. Gardini, *Le regole,* cit. p. 227.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

gli artt. 117 (riparto di competenze) e 120 Cost. e il principio di leale collaborazione Stato-Regioni; l'art. 7, comma 1, lett. c) in quanto norma che assegna funzioni e compiti agli osservatori regionali in modo da determinare un eccessivo intervento statale su aspetti dell'ordinamento regionale, con violazione del riparto di competenze e delle norme costituzionali relative all'autonomia regionale (Corte cost. n. 193/2023).

4. Parallelamente a questo processo di riforma, le politiche pubbliche in materia di spettacolo, inserite nel più ampio contesto delle politiche culturali, sono state recentemente ridefinite anche mediante il ricorso allo strumento del piano nazionale. In particolare, si fa riferimento al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e al Piano Olivetti per la Cultura.

Per quanto attiene al PNRR[25], la terza componente della prima missione[26], denominata "Turismo e cultura 4.0"[27], si articola in una molteplicità di interventi, il primo dei quali è finalizzato alla valorizzazione del «patrimonio culturale per la prossima generazione». Quest'ultimo è espressamente funzionale all'impiego di «investimenti per creare un patrimonio digitale della cultura», attraverso investimenti finalizzati a «digitalizzare il patrimonio culturale, favorendo la fruizione di queste informazioni e lo sviluppo di servizi fa parte del settore culturale/creativo».

La sottesa linea di azione è volta a sostenere «interventi dedicati a migliorare l'accessibilitá dei luoghi della cultura e la sostenibilitá ambientale, in termini di efficientamento energetico, di cinema e teatri (pubblici e privati)». In questa chiave è previsto che «parte delle risorse del PNRR saranno destinate a finanziare interventi per migliorare l'efficienza di musei, cinema e teatri italiani (pubblici e privati) che, oltre a generare benefici nella fruizione culturale, contribuiranno a sostenere il settore delle costruzioni e dell'impiantistica a livello locale».

Si tratta, in sostanza, di una previsione che non affronta direttamente il rapporto tra il settore dello spettacolo e l'impatto generazionale. L'attenzione è piuttosto concentrata sulla centralità della sostenibilità ambientale, in particolare negli interventi edilizi, considerata come leva trasversale di azione. È proprio attraverso questa impostazione, indiretta ma non per questo meno significativa, che il PNRR contribuisce al rafforzamento del legame tra spettacolo e dimensione generazionale, affidando alla riqualifi-

[25] Atti del Convegno AIPDA, *Next generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *www.aipda.it*; A. Barone, F. Manganaro, *PNRR e Mezzogiorno*, in *Quaderni Costituzionali*, 2022, 1, pp. 148-152; G. Piperata, *PNRR e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, 2, p. 311.

[26] G. Piperata, *Rigenerazione urbana e patrimonio culturale nell'esperienza amministrativa italiana di ripresa e resilienza*, in *Mulino*, 2024, 1.

[27] L. Giani (a cura di), *Turismo e territori. Problemi e prospettive per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2024, p. 10.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

cazione sostenibile degli spazi e delle infrastrutture culturali il compito di generare effetti duraturi e di influire sulle condizioni di fruizione e trasmissione dell'esperienza culturale alle generazioni future.

Anche il "Piano Olivetti per la cultura"[28] contiene alcuni specifici riferimenti alla disciplina dello spettacolo, espressamente introdotti a seguito dell'approvazione di un emendamento.

L'art. 7 ("Misure urgenti per la semplificazione degli interventi sul patrimonio culturale, per il cinema e per il settore audiovisivo") del Piano disciplina, tra l'altro, le procedure per la realizzazione di «spettacoli dal vivo che comprendono attività culturali quali il teatro, la musica, la danza e il musical, nonché le proiezioni cinematografiche». Nell'ambito del campo oggettivo di applicazione di tale disposizione rientrano gli eventi «che si svolgono in un orario complessivo tra le 8.00 e le ore 1.00 del giorno seguente», incluse «le rassegne e i festival che si svolgono per più giorni con le medesime modalità artistiche e organizzative, destinati ad un massimo di 2000 partecipanti».

Per la realizzazione di tal genere di eventi è espressamente consentita l'applicazione del regime della segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'art. 19 della l. n. 241/1990[29], «con esclusione dei casi in cui sussistono vincoli ambientali, paesaggistici o culturali nel luogo in cui si svolge lo spettacolo».

Da ciò sembra dunque potersi evincere l'esclusione dal campo di applicazione del regime della segnalazione certificata di inizio attività di quelle iniziative culturali (rispondenti ai parametri sopra indicati) che si svolgano in quei cosiddetti "centri storici" che siano sottoposti a vincolo culturale (insieme di ipotesi tutt'altro che marginale).

È probabile che la *ratio* sottesa a tale disposizione sia connessa all'esigenza di perseguire gli obiettivi generali del Piano Olivetti, i quali si sostanziano, tra l'altro, nel «favorire lo sviluppo della cultura come bene comune accessibile e integrato nella vita della comunità, nel rispetto del principio di sussidiarietà orizzontale» (art. 1, comma 1, lett. a) e nella «rigenerazione culturale delle periferie, delle aree interne e delle aree svantaggiate, in particolare quelle caratterizzate da marginalità sociale ed economica, degrado urbano, denatalità e spopolamento anche attraverso il riconoscimento della

[28] Cfr. art. 1 del d.l. 27 dicembre 2024, n. 201, il quale dispone che: «Il Ministro della cultura adotta il Piano Olivetti per la cultura». Cfr. *www.pncultura2127.cultura.gov.it*.

[29] La disposizione in commento dispone testualmente che: «ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, richiesto per l'organizzazione di spettacoli dal vivo, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, è sostituito dalla segnalazione certificata di inizio attività di cui all'art. 19 della l. n. 241/1990, presentata dall'interessato allo sportello unico per le attività produttive o ufficio analogo». Sulla segnalazione certificata di inizio attività cfr. M.A. Sandulli (a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

cultura del movimento nonché tramite il coinvolgimento degli enti del Terzo settore in attività di co-progettazione ai sensi dell'art. 55 del codice del Terzo settore, di cui al d.lgs. n. 117/2017» (art. 1, comma 1, lett. b).

La soluzione esaminata appare coerente con le più recenti politiche pubbliche volte a porre al centro della "trama" della rigenerazione non soltanto i centri storici ma anche le periferie[30], non soltanto la tutela ma anche la valorizzazione dei beni culturali.

In tal senso, la promozione di strumenti funzionali ad implementare l'accessibilità e l'integrazione di attività culturali anche di piccole dimensione nel tessuto culturale del territorio si coniuga al riconoscimento del ruolo attivo dei soggetti privati e della società civile. Nella previsione dell'applicabilità del regime della segnalazione certificata di inizio attività per la realizzazione di alcune tipologie (e dimensioni) di spettacolo si scorge, dunque una sottolineatura dell'esigenza di accelerazione e semplificazione, in funzione di incentivazione, dell'iniziativa privata.

Nel contempo, il poc'anzi accennato riferimento della legge in commento al Terzo settore rappresenta una spia sintomatica di come, a distanza di quasi un decennio dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore), l'amministrazione condivisa stia proseguendo sempre più nel suo percorso di affermazione come possibile paradigma dei rapporti tra le pubbliche amministrazioni e gli Enti del Terzo settore, nel prisma di principi di solidarietá e sussidiarietá orizzontale[31]. Com'è noto, si tratta di un percorso che è già stato segnato non soltanto dall'avvento del Codice del Terzo settore ma anche da alcuni ulteriori successivi interventi normativi ad esso variamente connessi. Tra questi: l'adozione, da parte di alcune Regioni, di normative specifiche in materia di Terzo Settore[32]; il superamento, ad opera del d.lgs. n. 36/2023 (Nuovo Codice dei contratti pubblici)[33], del precedente disallineamento tra la disciplina del Terzo Settore e quella dei contratti pubblici nella gestione dei servizi sociali; l'introduzione, ad opera del d.lgs. n. 201/2022 (Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica)[34], di una disciplina dei rapporti di partenariato con

[30] F. Salvia, *Vecchi e nuovi dilemmi su centri storici e periferie urbane*, in *Dir. Soc.* 2006, p. 327.

[31] G. Arena, M. Bombardelli, *L'amministrazione condivisa*, in *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento*, 2022, in open access [*www.giurisprudenza.unitn.it/33/quaderni-della-facolta-di-giurisprudenza*]; A. Albanese, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, 3.

[32] Tra cui la l.r. Toscana n. 65/2020, la l.r. Molise n. 21/2022, la l.r. Emilia-Romagna n. 3/2023, la l.r. Piemonte n. 7/2024 e la l.r. Puglia n. 11/2025.

[33] G. Tropea, *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Napoli, 2025, p. 78.

[34] N. Aicardi, G. Caia, M. Calcagnile, P. Acri, *La gestione dei servizi pubblici locali dopo il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Napoli, 2024.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

gli enti del Terzo settore inerenti ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, fino ad allora privi di una regolamentazione organica[35].

5. L'analisi fin qui condotta consente di rievocare il tema di portata generale che riguarda la ricentralizzazione della disciplina dello spettacolo. L'attuale modello organizzativo di riferimento sembra essere caratterizzato dal progressivo accentramento delle regole, accompagnato da strumenti di pianificazione nazionale[36].

Sotto questo aspetto, il settore dello spettacolo si pone in continuità con tendenze già osservabili in altri settori strategici come l'energia, ove piani e strategie nazionali hanno progressivamente orientato sia le politiche sia la regolazione di dettaglio[37].

La pandemia da Covid-19 ha «evidenziato che la centralizzazione dei procedimenti, se da un lato ha rallentato i percorsi di autonomia, dall'altro ha consentito di ottenere risultati concreti nel garantire l'uniformità delle regole su tutto il territorio nazionale»[38].

Nel caso dello spettacolo, appare cruciale garantire la coerenza tra il modello di "governo" dello spettacolo e la natura di quest'ultimo quale materia oggetto di competenza legislativa ripartita tra Stato e Regioni.

Ne consegue la necessità di delineare strumenti regolatori e procedure operative che contemperino efficacemente il ruolo dello Stato con le prerogative delle autonomie regionali e locali, preservando il principio di sussidiarietà senza sacrificare l'efficacia complessiva delle politiche di tutela e di promozione dello spettacolo.

Dall'analisi fin qui condotta, poi, si scorge la progressiva rilettura del sistema degli strumenti urbanistico-edilizi in chiave rigenerativa e di tutela delle generazioni future[39].

Questo approccio appare suscettibile di essere applicato anche al settore

[35] N. Aicardi, G. Caia, M. Calcagnile, P. Acri, *La gestione,* Napoli, 2024.

[36] F. Tigano, *Riflessioni sparse in tema di appalti verdi e criteri ambientali minimi*, in *Nuove Auton.*, 2022.

[37] L. Ammannati, *La transizione energetica nell'Unione europea. Il nuovo modello di governance*, in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia*, Napoli, 2019, pp. 11-37; F. Vetrò, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE s.p.a.*, in G.D. Comporti, S. Lucattini (a cura di), *Orizzonti del diritto dell'energia. Innovazione tecnologica, blockchain e fonti rinnovabili*, Napoli, 2020, p. 90.

[38] F. Tigano, *Riflessioni,* cit.

[39] S. Licciardello, *I doveri*, cit., p. 871: «La dimensione temporale del fenomeno giuridico costituisce la trama della riflessione sulle future generazioni. Infatti, il diritto ha all'evidenza un dovere di pensare al futuro e per quel che ci riguarda al fine di preservare l'ambiente e le risorse naturali da ogni consumo incontrollato». A.L. Tarasco, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Bari, 2021, p. 10; C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2025.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

dello spettacolo, seppur con alcune necessarie specificità. In particolare, questo approccio si è recentemente tradotto in strumenti strategici come il PNRR e il Piano Olivetti per la cultura, che variamente hanno configurato la produzione dello spettacolo non solo come "sede" di eventi culturali, ma anche come "veicolo" per il raggiungimento di obiettivi di rigenerazione territoriale sotto il profilo, ambientale, economico e sociale.

Di questa poliedricità dello spettacolo è possibile trovare chiara conferma nella più moderna concezione della "rigenerazione" territoriale attraverso lo strumento pianificatorio, che si sostanzia in una pluralità di interventi che si integrano nella chiave dello sviluppo sostenibile e nel prisma di un approccio di tipo "olistico" e integrato[40]. La finalità è quella di produrre un impatto positivo in termini di miglioramento della qualità della vita, non soltanto in relazione alla sfera ambientale, ma anche a quella sociale ed economica.

Del resto, la moderna logica pianificatoria riflette il progressivo "abbandono" della logica del procedimento rigido, frutto della legge urbanistica fondamentale del 1942, e la ricerca di punti di raccordo che consentano di preservare le prerogative proprie della funzione urbanistica assicurando, al tempo stesso, un elevato livello di tutela dei c.d. interessi differenziati[41].

Da questo punto di osservazione, da un lato la rigenerazione dei "luoghi" dello spettacolo – teatri, spazi performativi, aree urbane degradate o spazi non convenzionali – contribuisce a far sì che l'attività culturale produca effetti concreti sullo sviluppo della persona e della società. Dall'altro lato la promozione dello spettacolo nel contesto di una rinnovata lettura delle politiche di sviluppo urbano integrato, rappresenta essa stessa un'espressione di rigenerazione sociale e di integrazione con le dinamiche economiche locali. In questo modo, la "cultura" non configura esclusivamente un bene da tutelare, ma si traduce in catalizzatore per la valorizzazione del territorio e delle comunità che lo abitano.

Nell'applicazione di tali coordinate all'esempio dello spettacolo è possibile ricavare alcuni spunti ricostruttivi utili a riflettere sulla declinazione concreta della *ratio* sottesa all'art. 9 Cost. nella prospettiva del bilanciamento tra le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale e lo sviluppo economico e sociale, anche in chiave generazionale.

[40] M.R. Spasiano, *Riflessioni in tema di rigenerazione urbana*, in F. Cusano (a cura di), *Scritti in onore di Paolo Urbani,* Milano, 2025, p. 1593; A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni, approcci*, Napoli, 2018; G. Gardini, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *www.federalismi.it*, 2020; G.A. Primerano*, Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana. La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, Napoli, 2022.

[41] F. Tigano, *La riqualificazione dell'esistente*, in P. Stella Richter (a cura di), *Giudizio amministrativo e governo del territorio. La generazione dei piani senza espansione*, Milano, 2016, pp. 213-248.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Inoltre, in prospettiva evolutiva, potrebbe essere interessante esaminare le eventuali dinamiche connesse all'applicazione della previsione, contenuta nella l. n. 167/2025 ("Misure per la semplificazione normativa e il miglioramento della qualità della normazione e deleghe al Governo per la semplificazione, il riordino e il riassetto in determinate materie") dell'obbligo della valutazione di impatto generazionale (VIG) e del rafforzamento della valutazione di impatto di genere nell'ambito della regolamentazione.

Sul piano degli interventi, la definizione di un nuovo rapporto tra spettacolo e territori, fondato sugli elementi che si è tentato di enucleare in questa sede, implica una lettura della tematica che non sia circoscritta esclusivamente all'evento-spettacolo, ma che prenda in considerazione anche il recupero o la realizzazione di servizi, l'inquadramento delle relative modalità di gestione, la previsione di una molteplicità di funzioni e tipi di utenti e interventi materiali e immateriali[42].

A tal fine, oltre al dialogo strutturato tra i diversi livelli della pianificazione – nazionale, regionale e locale – il coinvolgimento attivo dei comuni potrà rappresentare un aspetto cruciale. In coerenza con i loro fini istituzionali di promozione turistico-culturale, i comuni sono infatti chiamati a svolgere un ruolo centrale per lo sviluppo economico e sociale delle comunità locali, avendo l'occasione di tradurre le politiche di pianificazione in strumenti concreti di crescita territoriale e culturale che aspirino a produrre esternalità positive di lungo periodo con effetti favorevoli che si estendano anche alle generazioni future.

[42] M. Trimarchi, *Il sostegno regionale dello spettacolo: ruolo, strumenti e strategie*, in *www.treccani.it*, 2015: «Il limite più evidente del quale soffrono i luoghi dello spettacolo quasi nella loro totalità è una sorta di isolamento rispetto al tessuto urbano che pure li circonda, mostrando un basso grado di permeabilità rispetto ai percorsi quotidiani dei residenti e spesso anche rispetto ai percorsi turistici: tale limite si può superare con alcune innovazioni regolamentari che estendano le aree pedonali, disciplinino in modo coerente il commercio e le attività produttive dell'area, offrano i necessari servizi pubblici (dalla vigilanza ai trasporti, dai parcheggi all'accesso gratuito al web) che incoraggino l'uso dell'intera area e quindi la presenza estesa nel tempo nei luoghi stessi, accrescendone per questa via non soltanto la partecipazione del pubblico alle iniziative culturali ma anche le opzioni commerciali in favore di una più elevata sostenibilità. La programmazione di spettacolo viene realizzata con frequenza sempre maggiore presso luoghi complessi e versatili costruiti come spazi industriali e poi riqualificati per lo svolgimento di un'ampia funzione sociale e culturale; spesso si tratta di luoghi di notevole fascino per la capacità di combinare efficacemente l'aspetto originario con i linguaggi creativi contemporanei; tenuti inattivi per molto tempo sotto l'etichetta di 'archeologia industriale' oggi rivedono la luce come 'centri culturali' […]. Pur non prefigurando un modello unitario, tali esperienze, scaturite anche dalla capacità progettuale degli imprenditori culturali che ne sono responsabili, rappresentano un approccio fertile che connette in modo incisivo idee creative, programmi culturali e orientamenti sociali contemporanei».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

PARTE VI

Spazio europeo e sfide globali del diritto

Maria Manuela Pappalardo

Considerazioni sul regime giuridico dei mari chiusi o semichiusi nella Convenzione ONU sul diritto del mare

Sommario: 1. La categoria dei mari chiusi o semichiusi nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare: un lungo dibattito tra interessi statali contrapposti. – 2. Metodo e piano dell'indagine. – 3. Specificità dei problemi di gestione dei mari chiusi o semichiusi: la tutela dell'ambiente marino e la problematica applicazione della Convenzione. – 4. L'elaborazione della nozione di mare chiuso o semichiuso nel dibattito internazionale: l'inclusione del tema tra gli argomenti della Terza Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare. – 5. Le posizioni degli Stati sulla configurabilità di un regime particolare per i mari chiusi o semichiusi: libertà di navigazione e tutela dell'ambiente marino. – 6. Esegesi dei testi esitati dalla Conferenza: l'articolo 122 e l'articolo 123. – 7. Considerazioni conclusive.

1. L'espressione «enclosed or semi-enclosed sea» ovvero «mare chiuso o semichiuso» figura nel testo degli articoli 122 e 123 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare[1] (o Convenzione di Montego Bay), intervenendo utilmente a definire uno spazio di mare circoscritto, comunicante con altri mari attraverso passaggi di contenute dimensioni[2].

[1] Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare aperta alla firma il 10 dicembre 1982 ed entrata in vigore il 16 novembre 1994.

[2] La letteratura in argomento è vasta, anche se non vastissima. V., ad esempio, A.R. Miller, *Ecological Balance in Semi-Enclosed Seas*, in *Boston college environmental affairs L. Rev.*, 2, 1972, p. 191 ss.; L.M. Alexander, *Regionalism and the Law of the Sea: The Case of Semi-Enclosed Seas*, in *Ocean development int. L.*, 2, 1974, p. 151 ss.; ID., *Regional Arrangements in the Oceans*, in *American J. Int. Law*, 1, 1977, p. 84 ss.; B. Vukas, *Enclosed and Semi-Enclosed Seas*, in *Iranian Rev. Int. Rel.* 1978, p. 171 ss.; M. Benchikh, *La Mer Méditerranée, mer semi fermée*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1980, p. 284 ss.; J. Symonides, *The Legal Status of the Enclosed and Semi-enclosed Seas*, in *German Yearbook of International Law*, 1984, p. 315 ss.; G. Camarda, *Traffici marittimi, zona economica esclusiva e cooperazione transfrontaliera nei mari chiusi e semichiusi*, Agrigento, 1988; U. Leanza, *Il Mediterraneo, bacino semi-chiuso e bacino di transito: delimitazioni dei suoi spazi marini e loro conseguenze*, in Id. (a cura di), *Nuovi saggi di diritto del mare*, Torino, 1988, p. 135 ss.; P. Gormley, *The Legal Regime of Enclosed or Semi-Enclosed Seas: The Particular Case of the Mediterranean*, in *Dalhousie Law Journal*, 1992, p. 566 ss.; N. Oral, *Regional Co-operation in Enclosed and Semi-enclosed Seas for the Protection of the Marine Environment under Article 123 of the 1982 UN Law of the Sea Convention: An Assessment*, in M.C. Ribeiro (a cura di), *30 Years After the Signature of the United Nations Convention on the Law of the Sea: the Protection of the Environment and the Future of the Law of the Sea*,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

La Parte IX della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, relativa ai mari chiusi o semichiusi, comprende unicamente gli articoli 122 e 123.

L'articolo 122 fornisce la definizione giuridica di tali spazi marittimi: «For the purposes of this Convention, "enclosed or semi-enclosed sea" means a gulf, basin or sea surrounded by two or more States and connected to another sea or the ocean by a narrow outlet or consisting entirely or primarily of the territorial seas and exclusive economic zones of two or more coastal States».

Mentre l'articolo 123 invita gli Stati rivieraschi a cooperare tra loro per coordinare l'esercizio dei propri diritti e doveri in materia di gestione delle risorse biologiche, protezione e preservazione dell'ambiente marino, ricerca scientifica e altre attività connesse: «States bordering an enclosed or semi-enclosed sea should cooperate with each other in the exercise of their rights and in the performance of their duties under this Convention. To this end they shall endeavour, directly or through an appropriate regional organization: (a) to coordinate the management, conservation, exploration and exploitation of the living resources of the sea; (b) to coordinate the implementation of their rights and duties with respect to the protection and preservation of the marine environment; (c) to coordinate their scientific research policies and undertake where appropriate joint programmes of scientific research in the area; (d) to invite, as appropriate, other interested States or international organizations to cooperate with them in furtherance of the provisions of this article».

Come si vede, si tratta di formulazioni in verità tanto scarne quanto criptiche ed anche tali da lasciare una impressione complessiva di inadeguatezza se paragonate all'ampiezza della Convenzione, che si compone di oltre trecento articoli.

Ad una prima lettura, la parte IX della Convenzione sembra ipotizzare la previsione di un regime speciale per i mari chiusi o semichiusi, dei quali fornisce una definizione, peraltro generalmente ritenuta tautologica e sostanzialmente inutile[3].

Coimbra, 2014, p. 419 ss.; M. Grbec, *Extension of Coastal State Jurisdiction in Enclosed and Semi-enclosed Seas - A Mediterranean and Adriatic Perspective*, London, 2013; G. Cataldi, *État des lieux dans les autres mers semi-fermées*, in N. Ros, F. Galletti (a cura di), *Le droit de la mer face aux «Méditerranées». Quelle contribution de la Méditerranée et des mers semi-fermées au droit international de la mer?*, Napoli, 2016, p. 147 ss.; Id., *Quelques problèmes actuels de délimitation des espaces maritimes dans les mers fermées et semi-fermées*, p. 151 ss.; I. Winkelmann, Article 122 and Article 123, in A. Proelss (a cura di), *United Nations Convention on the Law of the Sea - A Commentary,* München, 2017, p. 881 ss.; T. Scovazzi, *Il regime dei mari chiusi o semi-chiusi: il caso del Mediterraneo*, in *Riv. dir. Nav.*, 1, 2023, p. 119 ss. ripreso poi in Id., *The Regime of Enclosed or Semi-Enclosed Seas with Special Regard for the Mediterranean Sea*, in *Portuguese Y.B. L. Sea*, 1, 2024, p. 154 ss.

[3] T. Scovazzi, *The Regime*, cit.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

In relazione a tali spazi marini, per i quali si usava prima una pluralità di denominazioni – quali *internal seas*, *inland seas*, *land-locked seas*, o *closed seas* – per la verità si è sempre discusso. Ciò è dovuto al fatto che questi spazi di mare, così variamente identificati, erano assai spesso oggetto di pretese da parte di Stati rivieraschi che pretendevano di attribuirsene l'esclusiva disponibilità e, di conseguenza di poterne impedire o comunque regolamentare l'accesso e la navigazione da parte di navi battenti bandiere di altri Stati[4].

La storia del diritto del mare offre numerosi esempi di tali rivendicazioni. Si pensi, anzitutto, alla rivendicazione da parte dell'antica Roma del Mediterraneo, notoriamente qualificato come *Mare Nostrum*[5].

E, risalendo ai tempi delle repubbliche marinare, possono richiamarsi le pretese di Venezia sul Mare Adriatico o di Genova sul mare Ligure[6]. Ulteriori esempi si rinvengono nell'età moderna. Basti richiamare la posizione della Spagna, che giunse a considerare l'Oceano Pacifico come un mare chiuso, presidiando lo stretto di Magellano, che era allora l'unico passaggio che univa l'Oceano Atlantico al Pacifico[7].

Molti di questi mari chiusi hanno nomi diversi a seconda dei differenti Stati che si affacciano sulle loro coste. Ad esempio, è tutt'ora oggetto di controversia tra i vari Stati l'uso del denominativo «Golfo Persico» per indicare il bacino marittimo che comunica, attraverso lo stretto di Hormuz, con il golfo di Oman e poi con l'Oceano Indiano. L'Iran ha sempre usato il nome «Golfo Persico», mentre l'Iraq continua a chiamarlo «Golfo Arabo», nonostante «Golfo Persico» sia il nome utilizzato dall'Organizzazione Idrografica Internazionale.

O ancora si pensi alla dichiarazione resa proprio nei primi giorni del suo mandato dal presidente statunitense Trump, secondo la quale il Golfo del Messico si dovrebbe piuttosto chiamare Golfo d'America[8].

[4] In questo caso dunque, il mare si definiva chiuso non solo e non tanto per certe sue caratteristiche geografiche o geofisiche, ma per la volontà di uno o più Stati di chiudere questo mare, riservando al proprio esclusivo godimento la fruizione delle sue risorse.

[5] Probabilmente i Romani non attribuivano alla espressione *Mare Nostrum* una valenza rivendicativa di particolari diritti proprietari, e l'aggettivo "Nostrum" indicava certamente una pertinenza, ma non necessariamente implicava una rivendicazione proprietaria, tant'è che spesso si usava come sinonimica l'espressione "mare interno". V., ad esempio, Aa.Vv., *Il mare nostro è degli altri*, in *Quaderni di Limes*, 6, 2009.

[6] P. Sarpi, *Dominio del mare Adriatico della Serenissima Repubblica di Venezia*, Torino, 2001.

[7] Sulle pretese della Spagna di considerare l'Oceano Pacifico un mare chiuso presidiando lo stretto di Magellano, che era allora l'unico passaggio che univa l'Oceano Atlantico al Pacifico, v. M.T. Infante, *Straits in Latin America: The Case of the Strait of Magellan*, in *Ocean development int. L.*, 2, 1995, p. 175 ss.

[8] Si tratta di uno dei golfi più grandi del mondo, tra l'America Settentrionale e l'America Centrale, noto come Golfo del Messico almeno dal XVI secolo. V. al riguardo l'intervista

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Si tratta di un fenomeno, a volte ricondotto a una forma di pressione della terra sul mare, attraverso l'attribuzione, anche semplicemente onomastica, di un mare alla comunità umana che sulle sue coste si affaccia e lo naviga.

In altre parole, la rivendicazione del riconoscimento dei mari chiusi o semichiusi come particolare e autonoma categoria giuridica altro non sarebbe che una richiesta di specifica considerazione per una situazione, consolidatasi nel tempo, consistente in un particolare rapporto tra un bacino marittimo e determinate comunità umane stanziate sulle sue rive[9].

Ma è solo con la Convenzione di Montego Bay che quella dei mari chiusi o semichiusi si presenta, almeno *prima facie*, come una vera e propria categoria giuridica autonoma.

E non può stupire che in una convenzione che si proponeva di dettare norme per lo sfruttamento delle risorse delle grandi distese oceaniche questa diffusa richiesta di riconoscimento di uno *status* particolare per i mari chiusi o semichiusi sia stata accolta con un misto di sufficienza e financo di sospetto.

La convenzione di Montego Bay fu percorsa in verità dai venti di una radicale innovazione nella direzione per un verso della riaffermazione del principio della libertà dei mari e per altro verso della costruzione di un sistema di governo delle risorse marine nell'interesse dell'intera umanità[10].

Rispetto a queste due contrapposte esigenze che si scontravano nella dimensione degli oceani la rivendicazione di una chiusura di questo o quel mare, magari cercando di affermare una nozione di chiusura come geograficamente o economicamente necessitata in modo da poterla offrire come una nozione politicamente neutrale, non poteva che apparire come il tentativo di creare uno schema alternativo alla dimensione dei grandi oceani dove si scontravano appunto quelle due tendenze, un qualcosa di ristretto, di parrocchiale, fors'anche meschino nella sua dimensione localistica.

al presidente della Società Geografica Italiana Claudio Cereti disponibile al seguente link *www.nationalgeographic.it/golfo-del-messico-o-golfo-d-america-cosa-ne-pensa-il-presidente-della-societa-geografica-italiana*

[9] Si tratta in fondo di una delle forme di dominio del mare, alla quale si contrappone, almeno dal XVII secolo l'idea della libertà dei mari, che in fondo altro non è se non una diversa forma di dominio. A quella che si basa sulla rivendicazione di un esclusivo diritto di carattere patrimoniale si oppone l'egemonia che su un regime di pretesa libertà per tutti è possibile esercitare a motivo della forza e delle dimensioni delle proprie flotte. Il primo riferimento, al limite dell'ovvio, è quello a C. Schmitt, *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, trad. it., a cura di G. Gurisatti, Milano, 2002.

[10] V. per esempio W. Riphagen, *La navigation dans le nouveau droit de la mer*, in D. Bardonnet, M. Virally (a cura di), *Le Nouveau Droit International de la Mer*, Paris, 1983, p. 141 ss., e anche M. Bennouna, *Le caractère pluridimentionnel du Nouveau Droit de la Mer*, in R.-J. Dupuy, D. Vignes (a cura di), *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, Paris-Bruxelles, 1985, p. 6 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

2. Eppure, a fronte della vastità e della varietà delle problematiche poste dai mari chiusi o semichiusi, molto diversi fra di loro quanto a caratteristiche geologiche e geografiche e presenti in quasi tutte le parti del mondo, la Convenzione di Montego Bay, ed in particolare la sua parte IX, può esser considerata come un lodevole tentativo di mettere ordine in questa materia così complessa, proprio attraverso l'elaborazione della categoria giuridica dei mari chiusi o semichiusi.

Questa nostra ricerca vuole proprio contribuire a indagare se si sia consolidata, ad opera della Convenzione di Montego Bay, una autonoma categoria giuridica che definisca e disciplini i mari chiusi o semichiusi e, comunque, quale sia stato l'apporto specifico fornito dalla Convenzione alla migliore definizione di tale categoria.

L'indagine sarà svolta secondo i canoni dell'esegesi giuridica ordinaria, ma anteponendole una ricostruzione dell'evoluzione della categoria dei mari chiusi o semichiusi, invero, come abbiano già anticipato, di recente apparizione nella prassi internazionale.

Seguirà l'esegesi del testo degli articoli 122 e 123 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, esegesi che condurremo, conformemente ai parametri consueti, anche alla luce dei lavori preparatori[11].

Sarà a questo punto che potremo, secondo quanto auspicato, chiarire se la Convenzione sia riuscita a delineare i lineamenti di un regime comune per i mari chiusi o semichiusi, e quali possano esserne le implicazioni sistematiche.

3. La costruzione di una categoria giuridica dei mari chiusi o semichiusi, elaborata e fissata in testi legalmente vincolanti, non è però solamente utile a contenere le spinte statali verso l'appropriazione di bacini più o meno circoscritti ovvero a fornire certezze dove gli studi dei geografi non sono riusciti ad elaborare criteri univoci e universalmente condivisi[12].

Serve invece anche ad offrire elementi utili alla soluzione di quei problemi che, pur nella diversità dei contesti, sono comuni alla quasi totalità dei mari chiusi o semichiusi comunque definiti o individuati.

Uno di questi è, ad esempio, quello della tutela dell'ambiente, particolarmente vulnerabile nei bacini chiusi e semichiusi, sia per le loro ristrette

[11] Alla interpretazione della Convenzione di Montego Bay risulta applicabile quanto disposto dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969) che, a termine del suo articolo 4 prevede che «Senza pregiudicare l'applicazione di qualsivoglia regola enunciata nella presente Convenzione alla quale i trattati siano sottoposti in virtù del diritto internazionale indipendentemente dalla Convenzione suddetta, quest'ultima si applica unicamente ai trattati conclusi dagli Stati dopo la sua entrata in vigore nei confronti dei medesimi». La Convenzione di Vienna è entrata in vigore, come si sa, il 27 gennaio 1980 e dunque si applica all'esegesi della Convenzione di Montego Bay aperta alla firma il 10 dicembre 1982 ed entrata in vigore il 16 novembre 1994.

[12] V., L.M. Alexander, *Regional*, cit.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

dimensioni sia perché, se paragonati agli oceani, presentano maggiori rischi di impatto antropico[13], visto che le loro coste sono sempre o quasi sempre popolate da grandi quantità di persone.

Già questi due soli elementi caratterizzanti contribuiscono a tipizzare la categoria dei mari chiusi o semichiusi dal punto di vista della tutela dell'ambiente marino.

Per cui, nonostante la tematica della protezione ambientale occupi una posizione rilevante nella Convenzione di Montego Bay, i mari chiusi o semichiusi hanno bisogno di una normativa elaborata *ad hoc*.

In verità, però, anche se la specifica normativa contenuta nella convenzione appare limitata e carente, o forse proprio per questo, nei mari chiusi o semichiusi possono poi porsi specifici problemi per l'applicazione di particolari istituti del diritto internazionale del mare, quali il mare territoriale o la zona contigua o ancora il regime degli stretti, che pur facendo riferimento a zone marine di contenute dimensioni, possono risultare di difficile o indaginosa applicazione in bacini circoscritti. Tali difficoltà emergono con particolare evidenza nei bacini semi-chiusi nei quali la ridotta estensione degli spazi marini e la prossimità delle coste appartenenti a diversi Stati rendono spesso problematica la delimitazione e l'esercizio delle rispettive competenze giurisdizionali. Un esempio particolarmente significativo, nell'area mediterranea, è rappresentato dal Mar Egeo, ove la questione dell'estensione del mare territoriale ha assunto una rilevanza centrale nei rapporti tra Grecia e Turchia. In tale contesto, la semplice estensione del mare territoriale a 12 miglia marine da parte della Grecia e della Turchia ridurrebbe in maniera sensibile gli spazi di mare per la libera navigazione[14]. La configurazione geografica del bacino, caratterizzata dalla presenza di numerose isole e dalla ridotta distanza tra le coste dei due Paesi, accentua ulteriormente le difficoltà applicative degli istituti previsti dalla convenzione di Montego Bay.

E ciò vale certamente per gli istituti a connotazione tipicamente oceanica, come la zona economica esclusiva. Si pensi, ad esempio, alle difficoltà che si incontrano nella individuazione delle zone economiche esclusive nel mare Mediterraneo, ove la limitata estensione degli spazi marini e la prossimità tra le coste degli Stati rivieraschi rendono spesso complessa la delimitazione delle rispettive zone di giurisdizione.

Il problema ha senza dubbio una sua dimensione teorica. Tuttavia, con-

[13] Sulla vulnerabilità ambientale dei mari chiusi o semichiusi si veda T. Scovazzi, *International Cooperation as regards Protection of the Environment and Fisheries in the Mediterranean Sea*, in *An. Español der. Int.*, 2018, p. 301.

[14] Sulla controversia relativa all'estensione del mare territoriale nel Mar Egeo e sulle implicazioni per la libertà di navigazione si veda J.M. Van Dyke, *An Analysis of the Aegean Disputes under International Law*, in *Ocean development Int. L.*, 1, 2005, p. 63 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

formemente all'indirizzo metodologico cui aderiamo, la risposta non può essere ricercata soltanto sul piano concettuale, ma deve essere verificata alla luce della prassi degli Stati. Ed è proprio allo studio di tale prassi che occorre ora rivolgere l'attenzione.

In primo luogo, occorre ricordare che tre Paesi mediterranei non hanno firmato la Convezione di Montego Bay: Israele, Siria e Turchia, mentre la Libia, pur avendo firmato la Convenzione, non ha ancora proceduto alla sua ratifica.

Occorre poi precisare che la pesca – materia sulla quale lo Stato costiero gode di diritti sovrani – è l'unica attività regolata dalla parte V della Convenzione, dedicata alla zona economica esclusiva, in quanto le altre materie (ricerca scientifica e protezione dell'ambiente marino) sulle quali, peraltro, lo Stato costiero ha solo "giurisdizione", sono regolate in altre parti della Convenzione, come anche i diritti sovrani sulle risorse non biologiche della piattaforma continentale.

Per questa ragione, il dibattito relativo alla zona economica esclusiva ha riguardato soprattutto la gestione e lo sfruttamento delle risorse ittiche. Nel 1982, anno di apertura alla firma della Convenzione, mentre un centinaio di Paesi avevano già istituito una zona economica esclusiva, nel Mediterraneo solo la Tunisia e Malta avevano esteso i loro diritti di pesca oltre le 12 miglia di mare territoriale. La Tunisia lo aveva fatto nel 1951 basandosi sul criterio della profondità di 50 metri, mentre Malta aveva istituito nel 1975 una zona di pesca di 25 miglia.

Negli anni successivi, diversi Stati hanno introdotto ZEE o zone di protezione della pesca: nel 1994 l'Algeria ha proclamato una zona di pesca tra 32 e 52 miglia; nel 1997 la Spagna ha istituito una zona di protezione della pesca di 49 miglia, successivamente trasformata in ZEE e ridotta a 46 miglia nel 2013. Nello stesso anno, Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto e Siria, membri della Commissione generale per la pesca nel Mediterraneo (CGPM), hanno dichiarato il loro interesse a esercitare diritti sovrani sulle risorse viventi attraverso l'istituzione di ZEE. Tra il 2003 e il 2012, altri undici Stati mediterranei – Croazia, Siria, Egitto, Cipro, Libia, Tunisia, Malta, Slovenia, Israele, Libano e Francia – hanno creato zone economiche esclusive o di protezione della pesca, spesso senza indicare l'estensione precisa, lasciando talvolta la delimitazione a futuri accordi bilaterali.

La prassi dimostra come, pur in assenza di una regolamentazione completa nella Convenzione, gli Stati abbiano progressivamente elaborato strumenti pratici per conciliare tutela ambientale, gestione delle risorse e diritti sovrani. Alcuni casi particolari – come l'accordo tra Egitto e Israele o la zona di protezione della pesca della Libia del 2005 – mostrano la rilevanza degli accordi bilaterali per risolvere le difficoltà derivanti da spazi marini ristretti. Allo stesso tempo, situazioni come la proclamazione da parte dell'Algeria di una ZEE estesa al limite del mare territoriale italiano

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

in Sardegna (2018) evidenziano come la delimitazione delle ZEE continui a generare rilevanti tensioni diplomatiche e operative[15].

Da ultimo, come si sa, il governo italiano ha avviato un percorso verso l'istituzione di una zona economica esclusiva al largo delle proprie coste in attuazione del mandato conferito dal nostro Parlamento, percorso che si annuncia dunque alquanto accidentato.

Emerge dunque con sufficiente chiarezza come i mari chiusi o semichiusi presentino problematiche di gestione che li distinguono sensibilmente dagli spazi oceanici cui il sistema della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare appare in larga misura ispirato. In tali bacini, infatti, la limitata estensione degli spazi marini, la prossimità tra le coste degli Stati rivieraschi e l'intensa pressione antropica determinano condizioni che rendono particolarmente complessa l'applicazione di alcuni istituti fondamentali della Convenzione, quali la zona economica esclusiva o il regime degli stretti.

Allo stesso tempo, proprio queste caratteristiche accentuano la vulnerabilità ambientale dei mari chiusi o semichiusi e rendono particolarmente urgente l'adozione di forme efficaci di cooperazione tra gli Stati rivieraschi per la tutela dell'ambiente marino e la gestione sostenibile delle risorse. In questo senso, sebbene la Convenzione di Montego Bay offra un quadro giuridico generale di riferimento, la prassi dimostra come la gestione di tali bacini richieda spesso strumenti normativi e meccanismi di cooperazione regionale specificamente adattati alle loro peculiari caratteristiche geografiche e giuridiche.

4. Vediamo adesso di ricostruire l'evoluzione della nozione giuridica di mare chiuso o semichiuso.

La condizione dei mari chiusi o semi-chiusi cominciò ad essere presa in considerazione negli anni settanta del secolo scorso, nel corso dei lavori dell'International Committee on the *Peaceful Uses of the Sea-Bed and Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction*[16].

[15] Con il Décret présidentiel n° 18-96 del 2 Rajab 1439 corrispondente al 20 marzo 2018 l'Algeria ha istituito una zona economica esclusiva al largo delle proprie coste. Lo ha fatto invocando tra i considerando la Conv. di Montego Bay che l'Algeria ha ratificato con il décret présidentiel n° 96-53 del 2 Ramadhan 1416 corrispondente al 22 gennaio 1996. Sia consentito, per ulteriori analisi, rinviare al nostro *La Zona Economica Esclusiva rivendicata dall'Algeria* in *Fogli di Lavoro per il Diritto Internazionale* 2022-3.5 *www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Crio/FogliLavoro/2022-3/FLADI_2022_3-5.pdf*. V. anche F. Caffio, *Lo strano caso della ZEE Italo-Algerina*, in *OCEAN4FUTURE*, 20 marzo 2024, disponibile online al seguente link *www.ocean4future.org/savetheocean/archives/102967*.

[16] L'Assemblea generale, con la ris. 2340 (XXII), istituì un Comitato *ad hoc* per lo studio degli usi pacifici del fondo dei mari e degli oceani oltre i limiti della giurisdizione nazionale e successivamente decise, con la ris. 2467 A (XXIII), di istituire un ulteriore comitato, il Comitato per gli usi pacifici del fondo dei mari e degli oceani oltre i limiti della giurisdizione nazionale, con il mandato di predisporre un testo provvisorio di articoli di trattato ed un

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'emersione della categoria dei mari chiusi o semichiusi, in questo contesto, è da porsi in relazione all'esigenza di bilanciare il manifestarsi della generalizzata tendenza degli Stati ad ampliare gli spazi di loro pertinenza, sia estendendo il mare territoriale a dodici miglia nautiche sia introducendo il regime della Zona Economica Esclusiva, o come si diceva allora, del mare patrimoniale.

In tale frangente, molti Stati rivieraschi di mari chiusi o semichiusi si schierarono contro tali pretese, temendo che queste maggiori estensioni delle zone di mare potessero determinare, proprio a motivo della ristrettezza di tali spazi marini, una eccessiva estensione delle aree soggette ai poteri degli Stati rivieraschi con significative limitazioni alla libertà dei mari, problema che molto chiaramente non si poneva per le distese oceaniche.

Invocarono dunque regole speciali per questi spazi di mare che di lì in poi si prese a chiamare «enclosed or semi-enclosed seas».

Si ripropose così il tema della contrapposizione tra il principio della libertà dei mari e l'idea di un regime particolare per i mari chiusi o semichiusi, tema che rimase sempre la cifra fondamentale dell'approccio alla tematica.

Da una parte, i sostenitori della necessità di un regime speciale per i mari chiusi o semichiusi erano mossi dal timore che novità come quella della maggiore estensione del mare territoriale o della istituzione della Zona economica esclusiva, che si andavano affermando tra le caratteristiche più importanti del nuovo regime, se applicati ai mari chiusi o semichiusi, avrebbero potuto mettere in pericolo la libertà di navigazione e di sfruttamento delle risorse di quei mari.

Dall'altra, coloro che avversavano la stessa idea di un regime speciale per i mari chiusi o semichiusi (e non erano pochi) ritenevano che proprio quel regime speciale, se istituito, avrebbe potuto mettere in pericolo la libertà dei mari.

In considerazione di queste posizioni, il Comitato decise di includere comunque il problema del regime degli «*enclosed and semi-enclosed Seas*» nella lista degli argomenti da trattarsi da parte della Terza Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare.

Nella lista di argomenti il tema degli *enclosed or semi-enclosed seas* appare sia in connessione ad altre problematiche, come ai punti 2.3.2 *Breadth of the territorial sea. Global or regional criteria. Open Seas and oceans, semi-enclosed seas and enclosed seas* e 6.6.4 *Protection of Coastal States' Fisheries in Enclosed and Semi-enclosed Seas* sia, al punto 17, come oggetto

elenco di argomenti che potessero formare oggetto di una eventuale Conferenza internazionale sul diritto del mare. Il Comitato lavorò tra il 1971 ed il 1973. I risultati di questi lavori possono leggersi in United Nations General Assembly Official Records Twenty-sixth Session, Supplement No. 21 (A/8421); Twenty-seventh Session, Supplement No. 21 (A/8721 e Corr.1); Twenty-eight Session, Supplement No. 21 (A/9021 e Corr. 1-3), Voll. I-VI.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

di autonoma e specifica considerazione e dunque semplicemente rubricato come *Enclosed or Semi-enclosed Seas*[17].

Dall'esame dei vari Reports prodotti dal Comitato sui suoi lavori emerge che nel corso del dibattito il tema dell'incidenza delle considerazioni di natura geografica fu ben presente nei lavori del comitato. Più volte fu sollevato, infatti, il problema delle possibili diverse implicazioni di un regime se applicato agli oceani e ai mari aperti o se invece ai mari chiusi o semichiusi. E generalmente in senso critico nei confronti delle pretese di maggiore estensione delle aree controllate, in qualunque forma, dagli Stati costieri.

Si giunse così alla convocazione della Terza Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare, la cui prima sessione si svolse a New York dal 3 al 14 dicembre 1973.

La Conferenza si articolò, a partire dalla seconda sessione, tenutasi a Caracas in vari Comitati con varie competenze: un Comitato generale; tre Comitati principali (*Main Committees*), incaricati di discutere e negoziare il testo della Convenzione, un Comitato di redazione ed un Comitato per le credenziali[18].

Al primo dei Comitati principali venne assegnato il regime internazionale del fondo e del sottosuolo marino oltre le zone soggette alla giurisdizione nazionale; al secondo Comitato venne affidato il negoziato sui vari ambiti o zone di mare e dunque il mare territoriale, la zona contigua, la piattaforma continentale, la zona economica esclusiva, l'alto mare, il regime degli Stati senza accesso al mare (*land-locked States*)[19] o geograficamente svantaggiati come gli *shelf-locked States*, ossia gli Stati con coste di esigue dimensioni[20], come pure la tematica delle trasmissioni dall'alto

[17] V., per tutti, *Report of the Committee on the Peaceful Uses of the Sea-bed and the Ocean Floor beyond the Limits of the National Jurisdiction*, General Assembly Official Records, Twenty Seventh Session Supplement no. 21 (A/8721), New York, 1972, p. 6 ss.

[18] V. UN doc. A/CONF.62/29 in United Nations, Third United Nations Conference on the Law of the Sea, III, New York, 1975.

[19] Uno Stato senza accesso o sbocco al mare è uno Stato che non ha accesso diretto al mare, perché il suo territorio è interamente circondato dai territori di altri Stati. Questa condizione è stata sempre considerata come una situazione di svantaggio territoriale e interessa oggi 44 Stati, distribuiti su tutti i continenti. La Conv. di Montego Bay prevede, per questi Stati, un diritto di passaggio attraverso il territorio degli Stati confinanti fino ad avere accesso al mare e speciali diritti di pesca, secondo il disposto dell'articolo 69 della Conv. V. al riguardo J. Monnier, *Le droit d'accès à la mer et la liberté de transit terrestre*, in R.-J. Dupuy, D. Vignes (a cura di), *op. cit.*, p. 441 ss.

[20] Si tratta degli Stati geograficamente svantaggiati cui la Convenzione riserva, in particolare per quel che riguarda l'accesso alle risorse biologiche nelle altrui zone economiche esclusive, diritti comparabili, anzi sovrapponibili a quelli degli Stati senza accesso al mare. V. l'articolo 70 della Convenzione di Montego Bay e in dottrina L. Caflisch, *What is a Geographically Disadvantaged State?*, in *Ocean development int. L.*, 6, 1987, p. 641 ss.; J. Symonides, *Geographically Disadvantaged States under the 1982 Convention on the Law of the Sea*, in *Académie de Droit International de la Haye, Collected Courses of The Hague Academy of International L., Recueil des Cours*, 208, 1988, p. 283 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

mare; il terzo Comitato infine si sarebbe occupato dei problemi della tutela dell'ambiente marino.

La tematica dello studio di un particolare regime per i mari chiusi o semichiusi venne dunque affidata al secondo Comitato principale, atteso che, come abbiamo visto, le preoccupazioni degli Stati rivieraschi riguardavano soprattutto le conseguenze sui loro mari delle nuove tendenze rivendicative di sempre nuovi spazi marini da sottomettere alla giurisdizione nazionale.

Nel corso dei lavori della Conferenza però, si registrarono differenti posizioni. Molte delegazioni si dissero contrarie all'adozione di regole *ad hoc* per i mari chiusi o semichiusi, sostenendo che, stante la differenza tra i vari mari chiusi o semichiusi, fosse preferibile che gli Stati rivieraschi di ciascuno di questi mari concludessero specifici accordi fra di loro.

Altre delegazioni, pur condividendo queste considerazioni, si dissero favorevoli all'inclusione nella Convenzione di norme sui mari chiusi o semichiusi.

In generale, però, la maggior parte delle delegazioni ritenne non auspicabile l'inclusione nella Convenzione di norme di tal fatta.

Questa situazione, dunque, produsse l'attuale Parte IX della Convenzione, in verità, per generale ammissione, scarna e financo deludente.

Ma vediamo di ricostruire analiticamente i lavori del secondo Comitato. Sarà un esercizio altamente istruttivo, anche perché dall'esame dei singoli interventi apparirà chiaramente non solo quanto essi siano ispirati dagli interessi dei vari Stati, cosa in sé abbastanza scontata, ma anche una sorta di inventario delle problematiche interessanti i vari mari chiusi o semichiusi.

Il dibattito, come meglio vedremo più avanti, si organizzerà così attorno ad alcuni problemi ed esigenze certo rappresentati in astratto, ma sempre in una maniera dalla quale traspare sempre un problema pratico e concreto. Più che a una nozione teorica di mare chiuso o semichiuso, infatti, le prese di posizioni degli Stati sembrano spesso riferirsi alle peculiarità di specifici bacini marini, vale a dire a questo o a quel mare chiuso o semichiuso, considerato nella sua concreta realtà geografica, politica e giuridica.

Organizzeremo dunque attorno a questo inventario delle contese sui mari chiusi o semichiusi il nostro esame dei lavori del secondo Comitato della Terza Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare.

5. Il dibattito sulla configurabilità di un regime particolare per i mari chiusi o semi-chiusi mette in luce la storica tensione tra l'interesse globale alla libertà di navigazione e quello regionale alla tutela dell'ambiente marino.

In tale contesto, fu subito di scena la situazione esistente nel Golfo Persico, mare semichiuso, staremmo per dire, *par excellence*.

La seduta si aprì infatti con l'intervento del delegato iraniano Kazemi nel quale i problemi del Golfo Persico hanno un carattere quasi paradigmatico.

Secondo il delegato iraniano, i problemi dei mari chiusi o semichiusi

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

potevano risolversi solamente nel quadro di accordi regionali o bilaterali. Nel dire questo egli faceva riferimento in primo luogo a una connotazione geografica, segnalando che i mari semichiusi si trovano ai margini dei diversi continenti a distanze varie dagli oceani, motivo per cui venivano talvolta definiti «mari marginali». Ce n'erano tra quaranta e cinquanta in varie regioni del mondo e citava come esempi il mar Baltico, il mar Nero e il Golfo Persico, evidenziando come, a causa del ridotto volume delle loro acque e della presenza di un solo sbocco verso l'oceano, questi bacini marini presentavano caratteristiche uniche e problematiche che necessitano di una gestione specifica e differenziata[21].

Secondo il suo punto di vista i particolari problemi della gestione delle risorse, della navigazione internazionale e della tutela dell'ambiente marino nei mari semichiusi potevano risolversi solo con la previsione di un regime speciale derogatorio rispetto a quello generale. Regime che avrebbe dovuto essere elaborato a livello regionale tenendo nella dovuta considerazione le necessità e gli interessi di tutti gli Stati rivieraschi. Ne seguiva che anche la delimitazione degli spazi marini nei mari semichiusi poneva problemi particolari che andavano risolti sulla base di principi di giustizia, equità ed equidistanza. Affermava che questi principi avevano ispirato sia l'individuazione da parte del Governo iraniano del limite esterno della propria piattaforma continentale, adottata sulla base di una intesa con i governi dell'Arabia Saudita, del Qatar e del Bahrain, sia la sua Dichiarazione del 30 ottobre 1973 sulla istituzione di una zona esclusiva di pesca nel Golfo Persico.

Segnalava poi che lo sfruttamento di zone come quelle di pesca sollevava altri problemi come quelli della tutela delle specie biologiche per le quali occorrevano soluzioni adatte alla particolare condizione di quei mari.

Per quanto riguardava poi la navigazione internazionale nei mari semichiusi c'era ovviamente da tener conto di una necessaria differenziazione tra i diritti degli Stati rivieraschi alla libertà di passaggio attraverso gli stretti a tutela del proprio commercio e comunicazioni e i diritti di tutti gli altri Stati. D'altra parte bisognava tener conto del fatto che un regime particolare andava riconosciuto agli Stati le cui navi attraversavano gli stretti per raggiungere i porti di destinazione all'interno del mare semichiuso. A tal proposito teneva ad evidenziare che il Golfo Persico era un mare di destinazione e non di transito. Dunque il riferimento allo stretto di Hormuz era evidente.

Quanto poi ai particolari rischi di inquinamento per i mari semichiusi, dovuti al ridotto volume acqueo di questi bacini e all'assenza delle correnti oceaniche capaci di indurre il ricambio delle acque, ricordava come esempio il Golfo Persico, interessato da ingenti attività di estrazione petrolifera,

[21] V. United Nations, Third United Nations Conference on the Law of the Sea, II, New York, 1974, p. 273.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

da un importante traffico di navi petroliere e da correlati elevati rischi di inquinamento. I mari semichiusi avevano dunque bisogno di norme *ad hoc*, auspicabilmente più restrittive di quelle generali, da adottarsi con l'accordo degli Stati interessati[22].

Dopo una serie di interventi volti a segnalare altri profili della questione, prendeva la parola il delegato iracheno Al-Qadhi per ricordare che l'interesse della sua delegazione si ricollegava alla posizione geografica del suo Paese le cui coste si affacciano su un *semi-enclosed gulf*. L'unica via dunque per l'accesso al mare aperto era rappresentata dallo stretto di Hormuz. Sottolineava poi che gli accordi regionali, certamente importanti, non potevano sostituire le norme della convenzione sulla soluzione delle controversie. Era dunque necessario che la convenzione enunciasse principi relativi alla condizione dei mari semichiusi e ai diritti degli Stati rivieraschi.

Concludeva poi che il Golfo Arabico, così indicava il Golfo Persico, facendo volutamente uso di una differente denominazione, era una zona speciale nella quale era necessaria un'ampia cooperazione regionale, cooperazione che sarebbe stata possibile solo se tutti gli Stati nell'area si fossero astenuti da azioni unilaterali[23].

Era evidente l'intento polemico rispetto alle posizioni espresse dal delegato del Governo iraniano[24].

Ma il dibattito entrò nel vivo quando, il 21 agosto 1974, la delegazione irachena presentò una articolata proposta sui mari semichiusi, con evidente riferimento alla condizione del Golfo Persico, secondo la quale negli stretti utilizzati per la navigazione internazionale, che collegano due parti dell'alto mare, deve essere garantita alle navi di tutti gli Stati la libertà di navigazione. La proposta definiva inoltre il mare semichiuso come un bacino circondato da due o più Stati e collegato all'alto mare da uno sbocco ristretto, ribadendo che la libertà di navigazione dovesse essere mantenuta anche qualora l'estensione del mare territoriale fino a 12 miglia comportasse l'inclusione nelle acque territoriali di aree precedentemente considerate alto mare[25].

[22] Nel corso del suo intervento il delegato iraniano esprimeva apprezzamento per l'iniziativa del governo del Kuwait di rendersi disponibile ad ospitare una conferenza regionale per l'elaborazione di un regime particolare per la zona. V. United Nations, Third United Nations Conference on the Law of the Sea, II, New York, 1974, par. 7.

[23] V. United Nations, Third United Nations Conference on the Law of the Sea, II, New York, 1974, par. 38-39.

[24] Che reagiva criticando l'uso dell'espressione Golfo Arabico per indicare il Golfo Persico, mentre il delegato iracheno ribadiva il suo diritto di usare la terminologia originale. V. United Nations, Third United Nations Conference on the Law of the Sea, II, New York, 1974, par. 59-60.

[25] V. United Nations, Third United Nations Conference on the Law of the Sea, I-II, New York 1973, Caracas 1974, in particolare doc. A/CONF.62/C.2/L.71 del 21 agosto 1974, artt. 1-4, cui seguirono il doc. A/CONF.62/C.2/L.71/ Add.1 del 22 agosto 1974, che aggiunse l'art. 5 e doc. A/CONF.62/C.2/L.71 /Add.2 del 26 agosto 1974, che aggiunse l'art. 6.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Com'è lecito immaginare anche il Mediterraneo suscitò ampio dibattito nel corso di queste sessioni.

Secondo una proposta algerina relativa al regime di navigazione negli stretti le navi da guerra e le navi governative impiegate per fini non commerciali avrebbero dovuto beneficiare del diritto di passaggio inoffensivo negli stretti, purché nel rispetto delle condizioni previste dalla Convenzione. Allo stesso tempo, il regime di passaggio inoffensivo avrebbe dovuto essere strutturato in modo da garantire la tutela dei diritti e degli interessi legittimi degli Stati costieri, in particolare con riferimento alla sicurezza nazionale e alla sicurezza della navigazione[26]. Nel presentare la proposta, il delegato algerino sottolineò inoltre la necessità che la Convenzione lasciasse spazio alla conclusione di accordi bilaterali o regionali tra gli Stati costieri interessati. Tali accordi, fondati su principi di equità, avrebbero potuto contribuire a risolvere le problematiche specifiche connesse ai mari chiusi o semi-chiusi, tra cui la delimitazione degli spazi marittimi, la gestione delle risorse, la tutela dell'ambiente marino e la disciplina della navigazione[27].

Eppure non mancavano delegazioni che vedevano nel regime speciale per i mari chiusi o semichiusi un ostacolo alla generale applicazione del principio della libertà dei mari.

Secondo la delegazione francese, ad esempio il concetto di «mari chiusi o semi-chiusi» non rappresentava una nozione tradizionale del diritto internazionale, essendo un'espressione per lo più di natura geografica, e le norme giuridiche applicabili non facevano parte del diritto internazionale pubblico marittimo. Per questo motivo, la conferenza non avrebbe dovuto occuparsene. Inoltre, l'idea di mari semi-chiusi risultava eccessivamente vaga e rischiava di introdurre uno *status* giuridico ambiguo, potenzialmente limitando la libertà di navigazione e di sorvolo. La creazione di zone economiche esclusive di 200 miglia rendeva superflue disposizioni speciali per i mari semi-chiusi all'interno della Convenzione, poiché le relative questioni potevano essere adeguatamente disciplinate attraverso accordi regionali e dalle norme generali già esistenti, anche in materia di tutela dell'ambiente marino[28].

La delegazione israeliana, pur riconoscendo la particolare posizione degli Stati costieri dei mari chiusi o semi-chiusi, insistette sull'indivisibilità della libertà di navigazione e sorvolo, sottolineando che tali libertà costituiscono un elemento essenziale del sistema globale di comunicazioni marittime e devono essere garantite equamente a tutti gli Stati, senza discriminazioni[29].

La delegazione sovietica, anch'essa contraria alla individuazione di una autonoma categoria dei mari chiusi o semichiusi, sollevava poi addirittura il

[26] *Ibidem*, A/CONF.62/C.2/L. 20, articolo 2, p. 199.
[27] *Ibidem*, p. 277.
[28] *Ibidem*, p. 276.
[29] *Ibidem*, p. 274.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dubbio che il mar Mediterraneo potesse venire considerato un mare chiuso o semichiuso: esso comprende numerosi bacini interni, paragonabile per dimensioni a un oceano e costituisce un'area di mare aperto utilizzata da tutti gli Stati per la navigazione internazionale[30].

Nel corso del dibattito, Fares, delegato dello Yemen Democratico, contestava il riconoscimento dello *status* di mare semi-chiuso per il Mar Rosso, ritenendo che tale qualificazione potesse avere rilievo solo con riferimento alle problematiche concernenti l'inquinamento, mentre per la navigazione internazionale il Mar Rosso rivestiva un'importanza globale. La navigazione negli stretti avrebbe dovuto essere regolata secondo il principio del passaggio inoffensivo, che rifletteva gli interessi della comunità internazionale ma, al contempo, teneva conto delle esigenze di sicurezza degli Stati costieri e degli Stati degli stretti[31].

Come si vede, gli Stati esprimevano preoccupazioni relative alla libertà di navigazione e più in generale alla libertà di utilizzo delle risorse marine nei mari chiusi o semichiusi.

Queste preoccupazioni apparivano ben chiare nelle proposte della Turchia. Dopo aver invitato a calibrare secondo una logica equitativa l'applicazione della Convenzione nei mari chiusi o semichiusi, il delegato turco si spingeva fino a proporre che l'istituzione della zona economica esclusiva venisse vietata all'interno dei mari chiusi o semichiusi a causa delle dimensioni limitate di tali mari[32]. Inoltre, la Turchia suggerì che la determinazione dell'estensione del mare territoriale nei mari chiusi o semi-chiusi avrebbe dovuto farsi con accordi tra gli Stati interessati[33], proponendo lo stesso metodo anche per le isole[34].

Questo autentico fuoco di fila contro la previsione di un regime speciale per i mari chiusi o semichiusi produsse in definitive qualcosa di molto simile a quanto desiderato dagli oppositori del regime: l'attuale testo dell'articolo 123[35].

6. A questo punto, i principi generali sulla interpretazione dei testi giuridici ci impongono un ulteriore sforzo esegetico, al fine di estrarre tutto quanto possibile dai testi dei quali abbiamo indagato la complessa storia legislativa.

[30] *Ibidem*, p. 277.

[31] *Ibidem*.

[32] V. doc. A/CONF.62/C.2/L.71, in United Nations, Third United Nations Conference on the Law of the Sea, I-II, New York 1973, Caracas 1974, cit., p. 236.

[33] *Ibidem*, doc. A/CONF.62/C.2/L.8, p. 188.

[34] *Ibidem*, doc. A/CONF.62/C.2/L.55, p. 230.

[35] Le parole di Aguilar, chairman della Seconda Commissione appaiono come il miglior suggello di un dibattito a tratti anche acceso: «on the issue of enclosed or semi-enclosed seas, I have responded to expressions of dissatisfaction with the provisions in the single negotiating text by making less mandatory the co-ordination of activities in such seas». Cfr. T. Scovazzi, *The Regime*, cit., pp. 167-168.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Secondo la definizione contenuta nell'articolo 122 del testo finale gli spazi di mare vengono identificati come *gulf*, *basin* or *sea* termini che non risultano però definiti nella Convenzione.

Il primo requisito di cui all'articolo 122 è che il mare, il golfo o il bacino siano circondati da due o più Stati. Dunque occorre che il regime di mare chiuso o semichiuso si possa e debba definire solamente come un problema di coesistenza tra due o più Stati, come indirettamente confermato dal testo dell'articolo 123, interpretabile, secondo la migliore e comune dottrina, come un invito alla cooperazione tra gli Stati rivieraschi.

Di conseguenza non rientrano nella categoria giuridica di mari chiusi o semichiusi spazi marini anche di rilevanti dimensioni come ad esempio la Baia di Hudson perché circondata solamente dalle coste del Canada. E lo stesso vale per il Mar Bianco, il mar di Leptev, il mare siberiano orientale o il mar di Kara, interamente circondati dal territorio russo.

Il secondo requisito perchè si possa parlare di mare chiuso o semichiuso ai sensi della Convenzione è che lo spazio marino in questione sia collegato a un oceano o comunque ad un altro spazio marino da un *narrow outlet*, un passaggio ristretto, o che, in alternativa, «consists entirely or primarily of the territorial seas and exclusive economic zones of two or more coastal States».

Secondo alcune posizione dottrinali, il mare chiuso sarebbe quello collegato ad altro spazio marino dal *narrow outlet*, mentre il mare semichiuso sarebbe quello «consisting entirely or primarily of the territorial seas and exclusive economic zones of two or more coastal States». Ma non si vede quale possa essere l'utilità di una simile distinzione, atteso che il regime previsto dalla Convenzione rimane lo stesso.

La parola *outlet* è chiaramente utilizzata per indicare che questo collegamento può essere naturale, come nel caso di uno stretto, sia artificiale.

Resta altrettanto certo che il requisito del *narrow outlet* rimane soddisfatto anche quando i *narrow outlets* sono più di uno. Come accade, ad esempio, nel caso del Mediterraneo che ne possiede tre: lo stretto di Gibilterra che lo collega all'Oceano Atlantico, lo Stretto dei Dardanelli e il Bosforo che lo collegano al Mar di Marmara e al Mar Nero e il Canale di Suez che lo collega al Mar Rosso. Quest'ultimo poi, è collegato all'Oceano Indiano dallo Stretto di Aden.

Per la verità, nel corso dei lavori della Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare, non mancarono proposte che avrebbero preferito la dizione «one or more outlets» o addirittura «one or more narrow straits or outlets». Alla fine, visto che permaneva comunque un certo atteggiamento di disagio verso la formulazione di una norma specifica sui mari chiusi o semichiusi, si preferì non insistere sulla questione.

Un ulteriore elemento della definizione sembra indicare che anche in assenza del *narrow outlet*, un qualsiasi spazio marino che consista «entirely or primarily of the territorial seas and exclusive economic zones of two

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

or more coastal States», può essere fatto rientrare nella categoria prevista dall'articolo 122, in particolare in quella dei mari semichiusi.

Questo ulteriore criterio amplia, e di molto, la sfera di applicazione dell'intera Parte IX della Convenzione, ma pone una serie di problemi interpretativi.

Cosa vuol dire *primarily*? E quando si da questa situazione? Essa potrebbe aprire alla considerazione anche del Mar Caspio come un mare chiuso, dato che esso è certamente interamente circondato da terre.

La gran parte degli studiosi ritiene però che i due criteri siano da intendersi come alternativi, per cui è sufficiente che lo spazio di mare in questione ne soddisfi almeno uno. Così facendo però, come è stato notato, si finisce per ampliare a dismisura il novero dei mari semichiusi.

Secondo la classificazione offerta dal centro studi giapponese International Center for Environmental Management of Enclosed Coastal Seas[36], l'elenco dei mari chiusi o semichiusi includerebbe una ventina di bacini. Di più ne contano altri elenchi.

Il testo comunque può essere letto come una implicita conferma della possibilità di istituzione di zone economiche esclusive nei mari chiusi o semichiusi, cosa peraltro conforme alla prassi più recente.

Ci si è poi chiesti se il riferimento alle ZEE alluda a quelle effettivamente proclamate o a quelle che lo potrebbero essere. Sembra preferibile la seconda lezione, dato che accogliendo la prima, si farebbe dipendere la qualificazione di uno spazio marino come mare chiuso o semichiuso dall'eventualità di atti statali unilaterali.

L'articolo 123, significativamente intitolato alla *Cooperation of States bordering enclosed or semi-enclosed seas,* contiene, secondo l'interpretazione più diffusa, semplicemente un invito alla cooperazione tra gli Stati rivieraschi dei mari chiusi o semichiusi[37].

Il testo merita un commento più per quello che non dice che per quello che dice.

Non affronta ad esempio la possibile cooperazione nello sfruttamento delle risorse minerali della piattaforma continentale, probabilmente perché secondo l'articolo 77 para. 2 della Convenzione «if the coastal State does not explore the continental shelf or exploit its natural resources, no one may undertake these activities without the express consent of the coastal State».

Né viene sollecitata una cooperazione sul piano della archeologia subacquea o della tutela dell'eredità storica. D'altra parte, anche se non raccomandata, essa non è comunque vietata.

Del resto, la cooperazione sollecitata dall'articolo 123 è in alcuni casi obbligatoria in virtù di altre disposizioni della Convenzione.

[36] Disponibile online al seguente link *www.emecs.or.jp/en/*

[37] V., per tutti, T. Scovazzi, *Il regime*, cit.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Ad esempio la protezione delle risorse marine viventi è prevista dagli articoli 118 e 119 per l'alto mare e dall'articolo 62, para. 2 per la zona economica esclusiva e la protezione dell'ambiente trova negli articoli da 197 a 201.

La cooperazione nella ricerca scientifica in mare è prevista dagli articoli 242-244.

Forse, come si è argomentato, l'articolo 123 incide su alcuni profili, invitando ad esempio alla cooperazione anche in materie che la Convenzione rimette all'esclusiva competenza dello Stato costiero, come la determinazione unilaterale dell'ammontare delle prese nella ZEE (articolo 61 para. 1)[38].

7. Fin qui ci ha condotto la nostra indagine. Ne risulta chiaramente dimostrato, o almeno così ci pare, che gli articoli 122 e 123 della Convenzione di Montego Bay non sono in verità né tautologici né superflui.

Essi mostrano in primo luogo che, anche in un trattato internazionale che pone una normativa prevalentemente indirizzata a definire un regime destinato alle grandi distese oceaniche, si prende atto delle particolari esigenze dei mari ed in particolare dei mari chiusi o semichiusi.

Secondariamente, la presenza della Parte IX nella convenzione chiarisce che la categoria del mare chiuso o semichiuso non può essere invocata se non in presenza di particolari caratteristiche fisiche e geografiche, ponendo così un limite alla tendenza degli Stati rivieraschi a rivendicare particolari regimi giuridici, spesso conformi ai loro interessi.

In terzo luogo, l'articolo 123 offre una fondamentale indicazione di metodo, laddove precisa che particolari regimi giuridici che si rendessero necessari in questo o quel mare chiuso o semichiuso dovrebbero fondarsi sull'accordo tra tutti gli Stati interessati.

In quarto luogo, la presenza della Parte IX, pur nella sua attuale struttura, scarna e di non facilissima interpretazione, sta a dimostrarci che la Convenzione, pur fondamentalmente tesa a mettere a regime una normativa di generale applicazione, ha tenuto conto di tutte o quasi le situazioni particolari.

Si pensi, oltre alla categoria dei mari chiusi o semichiusi, anche alle particolari problematiche che si pongono (e che la convenzione non trascura) per gli Stati senza sbocco al mare, o per gli Stati svantaggiati, oppure per gli Stati insulari o per gli Stati arcipelagici.

Da queste considerazioni consegue, ci pare, che solo un'estesa ricerca volta a ricostruire in concreto il regime applicabile alle diverse attività nei vari mari chiusi o semichiusi potrà dare conto del regime concretamente applicabile. E chiarire se possa parlarsi di un regime omogeneo pur nella diversità dei contesti. Ma questa è una indagine che esula al momento dai nostri obiettivi.

[38] *Ibidem*.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Maria Cristina Ruggieri

Imprese multinazionali e cambiamento climatico: le istanze specifiche dinanzi al PCN

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I limiti della tutela giurisdizionale e il rilievo degli strumenti alternativi di *accountability* climatica. – 3. Le Linee guida OCSE e il meccanismo delle istanze specifiche. – 4. La competenza dei PCN. – 5. Gli esiti. – 6. Limiti ed efficacia del meccanismo. – 7. Conclusioni.

1. La progressiva emersione del contenzioso climatico a livello globale impone una riflessione sulle sedi nelle quali le istanze climatiche possano trovare spazio e accoglimento, nonché sui limiti strutturali degli strumenti tradizionali di tutela. Tali limiti sono emersi tanto con riguardo al contenzioso c.d. verticale, incentrato sulla responsabilità dello Stato per inazione climatica, quanto con riferimento al contenzioso c.d. orizzontale, promosso contro soggetti privati.

In quest'ultimo ambito, le azioni intentate nei confronti delle c.d. *carbon majors*[1] rappresentano soltanto la manifestazione più visibile di un fenomeno più ampio, che coinvolge anche altri operatori economici privati e, più in generale, le scelte strategiche e di approvvigionamento delle imprese.

Infatti, la dispersione geografica e organizzativa propria delle catene globali del valore rende non più sufficiente concentrare l'attenzione sui soli grandi emettitori diretti e più complessa l'individuazione del soggetto cui imputare gli impatti climatici negativi, evidenziando al contempo come l'attività d'impresa possa tradursi in vario modo in condotte suscettibili di incidere sul pieno ed effettivo godimento dei diritti fondamentali della persona[2].

2. La percorribilità della strada contenziosa, come anticipato, presenta alcune criticità. Sul piano processuale, il carattere diffusivo e transfrontaliero delle problematiche climatiche pone questioni complesse in tema di

[1] Per *carbon majors* si intendono le entità, soprattutto imprese, cui è attribuibile la quota maggiore delle emissioni climalteranti globali; tale ricostruzione si fonda sulla metodologia elaborata da R. Heede, *Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854-2010*, in *Climatic Change*, 2014, pp. 229-241; i dati aggiornati sono consultabili sul sito carbonmajors.org.

[2] E. Corcione, *La tutela dei diritti umani nelle catene globali del valore*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 4-5.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

giurisdizione, legittimazione e interesse ad agire, individuazione del convenuto, idoneità delle norme processuali a dare tutela agli interessi collettivi o diffusi e accertamento del nesso causale – rispetto al quale il supporto della c.d. *attribution science*, pur significativo, non appare sempre di per sé risolutivo.

Sul piano sostanziale, non risulta, in realtà, agevole tradurre gli obiettivi climatici previsti a livello sovranazionale – ad esempio nell'Accordo di Parigi – in obblighi puntuali che possano essere imposti al singolo operatore economico privato.

Il caso Milieudefensie c. Shell[3] è, in questo senso, emblematico: con pronuncia del 12 novembre 2024[4], la Corte d'Appello dell'Aja ha annullato la sentenza di primo grado, sostenendo che dalla normativa climatica vigente non sarebbe possibile desumere uno specifico *target* di riduzione delle emissioni. E ciò in ragione del fatto che l'obiettivo del 45% entro il 2030, elaborato dalla scienza climatica per limitare il riscaldamento globale a 1,5°C, non sarebbe automaticamente riferibile a uno specifico settore produttivo né, tantomeno, a una singola impresa. Ulteriori criticità emergono, inoltre, con riferimento alle S*cope 3*[5], che frequentemente rappre-

[3] Il caso Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc trae origine dall'azione promossa nei Paesi Bassi da Vereniging Milieudefensie, unitamente ad altre associazioni e a oltre 17.000 persone fisiche, nei confronti di Royal Dutch Shell plc, quale società capogruppo del gruppo Shell. Con sentenza 26 maggio 2021, il Tribunale Distrettuale dell'Aja ha accolto la domanda, ordinando alla Shell (ovvero, a tutte le società del gruppo) di ridurre, entro il 2030, le emissioni di CO2 prodotte del 45% rispetto ai livelli del 2019 (Trib. distrettuale dell'Aja, *Vereniging Milieudefensie c. Royal Dutch Shell*, n. C/09/571932/HA ZA 19-379, 26 maggio 2021, versione inglese sub. ECLI:NL:RBDHA:2021:5339).

[4] Corte d'appello dell'Aja, Shell c. Vereniging Milieudefensie, n. 200.302.332/01, 12 novembre 2024, versione inglese sub. ECLI:NL:GHDHA:2024:2100. In tale pronuncia la Corte, pur riconoscendo che anche nei confronti di Shell sussiste un obbligo di contribuire al contrasto del cambiamento climatico, ha escluso che il giudice potesse desumere, sulla base del diritto vigente e delle conoscenze scientifiche attuali, uno specifico obbligo di riduzione pari al 45% – o ad altra percentuale determinata – riferibile alla singola impresa, riformando integralmente la pronuncia di primo grado. Milieudefensie ha impugnato la decisione dinanzi alla Corte Suprema l'11 febbraio 2025.

Sulla sentenza d'appello v., *ex multis*, B. Johannsen, L.J. Kotzé e C. Macchi, *An empty victory? Shell v. Milieudefensie et al 2024, the legal obligations of carbon majors, and the prospects for future climate litigation action*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2025, 34(1), pp. 270-278.

[5] Per la distinzione tra emissioni di scope 1, scope 2 e scope 3 occorre fare riferimento al *Greenhouse Gas Protocol*, principale standard internazionale per la contabilizzazione delle emissioni climalteranti d'impresa, elaborato dal World Resources Institute (WRI) e dal World Business Council for Sustainable Development (WBCSD). In particolare, il *GHG Protocol Corporate Accounting and Reporting Standard* (Revised Edition, 2004) – c.d. *Corporate Standard* – definisce le emissioni di scope 1 come emissioni dirette provenienti da fonti possedute o controllate dall'impresa e le emissioni di scope 2 come emissioni indirette derivanti dalla generazione dell'elettricità acquistata e consumata dall'impresa (con integra-

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

sentano la componente preponderante delle emissioni d'impresa. La Corte ha infatti osservato che un ordine di riduzione di tali emissioni, percentualmente predeterminato, rischierebbe di risolversi nella mera fuoriuscita dell'impresa dalla catena del valore, mentre i combustibili fossili già prodotti continuerebbero a permanere sul mercato tramite altri intermediari, senza pertanto garantire una effettiva riduzione delle emissioni di CO2. Da ciò discenderebbe il difetto di interesse ad agire della parte attrice[6].

Peraltro, molti strumenti specificamente rivolti alle imprese rientrano tradizionalmente nella *soft law*, quali l'*UN Global Compact* (UNGC), i Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani (UNGPs) e le Linee guida OCSE per le imprese multinazionali sulla condotta responsabile d'impresa; impostazione che, tuttavia, risulta oggi solo in parte ridimensionata alla luce del progressivo consolidarsi dell'*hard law* unionale in materia di sostenibilità d'impresa.

In tale quadro, le principali Direttive di riferimento sono costituite dalla CSRD[7] e dalla CSDDD[8]: la prima prevede obblighi di trasparenza/*reporting*; la seconda, invece, introduce veri e propri obblighi di *due diligence* lungo la catena del valore, originariamente corredati da una apposita disciplina unionale sulla responsabilità civile, poi significativamente ridimensionata dagli interventi successivi. Tuttavia, l'effettiva incidenza di entrambe le direttive risulta, sia pure in misura diversa, significativamente ridotta anche in ragione del loro ambito di applicazione soggettivo, poiché i requisiti dimensionali e i criteri selettivi previsti dal legislatore europeo ne circoscrivono l'operatività a determinate categorie di imprese, in prevalenza di maggiori dimensioni[9] (fermo restando che, anche qui, l'individuazione di parametri numerici specifici rischia di eccedere il dato normativo).

Ne deriva che, a fronte dei limiti strutturali della tutela giurisdizionale e del sostrato normativo di riferimento, non possono che assumere rilievo gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, anche in quanto

zioni del 2015). Il successivo *Corporate Value Chain (Scope 3) Accounting and Reporting Standard* (2011), c.d. *Scope 3 Standard*, definisce invece le emissioni di scope 3 come tutte le ulteriori emissioni indirette, diverse da quelle di scope 2, che si verificano lungo la catena del valore dell'impresa, includendo sia le emissioni a monte (*upstream*) sia quelle a valle (*downstream*). I testi ufficiali sono consultabili sul sito del GHG Protocol, all'indirizzo *ghgprotocol.org*.

[6] Corte d'appello dell'Aja, Shell c. Vereniging Milieudefensie, cit., sez. 4 ("Is a scope 3 reduction obligation effective?"), spec. § 7.102.

[7] Direttiva (UE) 2022/2464 (Corporate Sustainability Reporting Directive - CSRD).

[8] Direttiva (UE) 2024/1760 (Corporate Sustainability Due Diligence Directive - CSDDD).

[9] Su tale disciplina, peraltro, ha inciso profondamente il c.d. pacchetto Omnibus I: dapprima con la Direttiva (UE) 2025/794, c.d. 'stop-the-clock', e successivamente con la Direttiva (UE) 2026/470 che ha ristretto l'ambito applicativo sia della CSRD sia della CSDDD, oltre a sopprimere il regime armonizzato di responsabilità civile delineato dall'art. 29 della CSDDD.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

idonei ad attenuare, peraltro, la frizione tra transnazionalità del danno climatico e territorialità degli ordinamenti.

3. Le Linee guida OCSE per le imprese multinazionali sulla condotta responsabile d'impresa, adottate nell'ambito della Dichiarazione OCSE sugli investimenti internazionali e le imprese multinazionali del 1976, costituiscono uno degli strumenti sovranazionali non vincolanti più articolati in materia di responsabilità sociale d'impresa[10].

La prima parte delle Linee guida contiene raccomandazioni rivolte dai governi aderenti alle imprese affinché contribuiscano al progresso economico, ambientale e sociale e prevengano o attenuino gli impatti negativi associati alle proprie attività, prodotti e servizi[11]. Essa è articolata in capitoli distinti, tra i quali assumono particolare rilievo quelli dedicati ai diritti umani e all'ambiente. Il capitolo sui diritti umani riprende in larga parte l'impianto dei Principi guida ONU; il capitolo sull'ambiente, cui le Linee guida estendono il metodo della *risk-based due diligence*, è stato significativamente rafforzato dall'aggiornamento del 2023, che ha peraltro introdotto un espresso riferimento al cambiamento climatico.

La seconda parte disciplina invece le procedure di attuazione delle Linee guida e lo svolgimento delle attività da parte dei Punti di Contatto Nazionali (PCN) che gli Stati aderenti hanno l'obbligo di istituire sulla base della pertinente Decisione del Consiglio[12]. A tale previsione l'Italia ha dato attuazione tramite l'art. 39 della l. n. 273/2002, collocando il PCN italiano presso il Ministero delle imprese e del Made in Italy. I PCN sono chiamati, da un lato, a promuovere la diffusione delle Linee guida e, dall'altro, a gestire il c.d. meccanismo delle istanze specifiche.

Il meccanismo delle istanze specifiche costituisce uno strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie che insorgono a partire dall'asserita violazione delle Linee guida.

Quando viene presentata un'istanza al PCN, quest'ultimo procede alla valutazione iniziale e, se ritiene che le questioni sollevate meritino ulteriore esame, offre i propri buoni uffici per favorire la soluzione della lite, tramite

[10] OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector*, OECD Publishing, Paris, 2017, p. 3.

[11] OECD, *Linee guida per le imprese multinazionali sulla condotta responsabile d'impresa*, OECD Publishing, Paris, 2024, Premessa, p. 10, § 1.

[12] OECD, *Decisione del Consiglio sulle Linee guida per le imprese multinazionali sulla condotta responsabile d'impresa*, in OECD, *Linee guida*, cit., p. 58, § I.1.

Si ritiene che, nel caso in cui i PCN non vengano gestiti adeguatamente, possa sorgere responsabilità dello Stato; sul punto, v. S. Robinson, *International Obligations, State Responsibility and Judicial Review Under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises Regime*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2014, 30(78), pp. 68-81.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

mediazione o, come nel caso italiano, conciliazione[13]. Anche in mancanza di accordo, il procedimento si chiude con una dichiarazione finale, che può contenere raccomandazioni formulate dal PCN.

Dal 2017 al 2024, quasi il 40% dei reclami che richiamano le disposizioni ambientali delle Linee guida fanno riferimento anche al cambiamento climatico[14]. Sebbene la revisione del 2023 abbia mantenuto distinti il capitolo sui diritti umani e quello sull'ambiente, la casistica dimostra che i due piani tendono ormai a intersecarsi stabilmente, e la procedura delle istanze specifiche rappresenta una delle sedi in cui tale interconnessione emerge con maggiore evidenza[15]. Si pensi, ad esempio, alle istanze specifiche proposte dinanzi al PCN italiano nei confronti di ENI[16] e Cremonini[17].

Invero, tra i soggetti più frequentemente esposti agli impatti ambientali e climatici dell'attività d'impresa figurano le popolazioni indigene, alle quali il capitolo dedicato ai diritti umani fa espresso riferimento, richiamando la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni (UNDRIP) e il principio del consenso libero, preventivo e informato (FPIC)[18].

L'attenzione ai soggetti vulnerabili si riflette anche sul piano procedurale. La procedura dinanzi al PCN si caratterizza, infatti, per un elevato grado di accessibilità[19]: in primo luogo, l'istanza può essere presentata da chiunque abbia un interesse rilevante alla questione – requisito che nella prassi risulta interpretato in senso ampio[20] – e anche in rappresentanza di terzi. In secondo luogo, non sono previsti costi di attivazione; la presentazione può avvenire, nel caso italiano, anche per via telematica o comunque secondo modalità semplificate e non è richiesta difesa tecnica. Ove ricorra-

[13] Per la distinzione tra *conciliation* e *mediation* v. Consensus Building Institute (CBI), *NCP Mediation Manual*, 2012.

[14] F. Mussi, *A Climate Change Outlook on the 2023 OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct: Which Contribution from the Practice of the NCPs?*, in O. Davaanyam, M. Krajewski (eds), *Exploring Corporate Human Rights Responsibilities in OECD Case Law*, Springer, Cham, 2025, p. 11, nt. 7.

[15] OECD, *The role of OECD instruments on responsible business conduct in progressing environmental objectives*, OECD Publishing, Paris, 2021, p. 16 ss.

[16] V. Istanza specifica presentata al Punto di contatto nazionale italiano da Rete Legalità per il Clima il 14 febbraio 2022 nei confronti di ENI S.p.A., Rapporto sull'accordo raggiunto tra le parti, in *www.pcnitalia.mise.gov.it*.

[17] V. Istanza specifica presentata al Punto di contatto nazionale italiano da Rete Legalità per il Clima l'1 marzo 2022 nei confronti di Cremonini S.p.A., Dichiarazione finale, in *www.pcnitalia.mise.gov.it*.

[18] V. anche OECD, *Guide for National Contact Points on the Rights of Indigenous Peoples when Handling Specific Instances*, OECD Publishing, Paris, 2022.

[19] PCN Italia, *Manuale per la gestione delle istanze specifiche presentate al Punto di Contatto Nazionale italiano*, Roma, Ministero dello sviluppo economico, 2019, p. 7.

[20] V. D. Castagno, L. Saltalamacchia, *L'azione degli enti collettivi per la tutela del clima in Italia: vie giudiziarie e strumenti alternativi*, in *Eunomia. Rivista di studi su pace e diritti umani*, XIV n.s., n. 1, 2025, pp. 152-155.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

no specifiche esigenze di tutela, può inoltre essere assicurata la riservatezza dell'identità della parte istante anche nei confronti dell'impresa[21].

Si tratta di profili che contribuiscono ad attenuare alcuni degli ostacoli all'accesso al rimedio che, invece, connotano la tutela giurisdizionale, quali la carenza di risorse, soprattutto economiche, particolarmente rilevante nei casi in cui chi subisce gli impatti negativi provenga dai territori del c.d. *Global South* – nonché la fisiologica sperequazione, anche informativa, tra attore individuale e convenuto[22].

4. L'ampiezza della competenza dei PCN costituisce uno dei profili più rilevanti del meccanismo: nel contenzioso climatico transfrontaliero, infatti, si incontrano facilmente ostacoli non solo sul piano della giurisdizione, ma anche su quello della riferibilità della condotta all'impresa convenuta.

Ad esempio, nel caso Greenpeace/ReCommon c. ENI[23] – prima azione climatica italiana promossa nei confronti di un'impresa – la dimensione transnazionale delle emissioni ha costituito uno dei principali terreni di contestazione. Le Sezioni Unite hanno tuttavia affermato la giurisdizione del giudice italiano, rilevando che la domanda non fosse diretta contro le controllate estere in quanto tali, ma nei confronti di ENI, quale società capogruppo, alla quale gli attori attribuivano la definizione della strategia industriale e commerciale dell'intero gruppo.

La competenza del PCN presuppone, anzitutto, che l'impresa nei cui confronti è proposta l'istanza sia riconducibile alla nozione di impresa multinazionale[24], che le Linee guida OCSE delineano in termini volutamente ampi[25]. Rileva, inoltre, che si tratti di un'impresa operante nel terri-

[21] OECD, *Guide for National Contact Points on confidentiality and campaigning when handling specific instances*, OECD Publishing, Paris, 2019, pp. 9-10.

[22] O. Feraci, *Contenzioso climatico e diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2025, pp. 120-121.

[23] Cass., sez. un., ord. 21 luglio 2025, n. 20381. Sull'ordinanza v., tra i primi commenti, G. Scarselli, *Per una corretta lettura della recente ordinanza delle Sezioni unite (Cass. sez. un. 21 luglio 2025 n. 20381) in tema di contenzioso climatico*, in *Judicium*, 2025; L. Serafinelli, *Climate change litigation all'italiana contro operatori economici privati: riflessioni a partire da Cass. civ., sez. un., ord. 21 luglio 2025, n. 20381, Greenpeace et al. c. Eni et al.*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2025, fasc. 3.

[24] OECD, *Guide for National Contact Points on the Initial Assessment of Specific Instances*, OECD Publishing, Paris, 2019, pp. 10-11.

[25] OECD, *Linee guida*, cit., p. 12: «Una definizione precisa di imprese multinazionali non è necessaria ai fini delle Linee guida. Sebbene le Linee guida consentano un approccio ampio nell'identificare quali entità possono essere considerate imprese multinazionali ai fini delle Linee guida, la natura internazionale della struttura o delle attività di un'impresa e la sua forma commerciale, lo scopo o le attività sono i principali fattori da prendere in considerazione a questo proposito. Tali imprese operano in tutti i settori dell'economia. Solitamente, si tratta di imprese o di altre entità insediate in più di un paese e collegate in modo da poter coordinare le rispettive attività in varie forme. Mentre una o più di queste entità possono

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

torio di uno Stato aderente o "a partire da esso"[26]. Ne consegue che i PCN possono prendere in considerazione anche fatti lesivi verificatisi al di fuori del territorio degli Stati aderenti alle Linee guida. Si tratta di una circostanza di particolare rilievo, se si considera che tali Stati coincidono, per la maggior parte, con economie ad alto reddito, mentre gli impatti negativi dell'attività d'impresa si manifestano frequentemente all'interno di paesi in via di sviluppo.

Non di rado, infatti, sono state presentate istanze contro le capogruppo per le attività delle controllate, anticipando la strategia utilizzata in sede giudiziaria previamente menzionata[27], ove l'azione proposta nei confronti della società capogruppo ha consentito di radicare la giurisdizione ai sensi dell'art. 4 del Regolamento Bruxelles I-*bis*[28]. Tuttavia, occorre tenere presente che il novero degli Stati aderenti alle Linee guida è più ampio di quello degli Stati membri dell'Unione Europea e che molte imprese coinvolte nel contenzioso climatico – in particolare tra le *carbon majors* – risultano domiciliate in paesi terzi[29].

Sotto altro profilo, la maggiore latitudine del meccanismo dipende dal fatto che le Linee guida non circoscrivono il proprio ambito applicativo ai soli impatti negativi causati dall'impresa o ai quali essa abbia direttamente contribuito, ma ricomprendono anche gli impatti collegati alle sue operazioni, ai suoi prodotti o ai suoi servizi tramite una *business relationship*[30]. Di conseguenza, il campo di applicazione del meccanismo delle istanze specifiche può estendersi anche alle controllate, alle società partecipate,

esercitare una significativa influenza sulle attività di altre entità in un gruppo, il loro grado di autonomia all'interno del gruppo può variare notevolmente da una multinazionale all'altra. La proprietà può essere privata, pubblica o mista. Le Linee guida sono rivolte a tutte le entità che compongono l'impresa multinazionale (società madre e/o entità locali). A seconda dell'effettiva distribuzione delle responsabilità tra di esse, le diverse entità sono chiamate a cooperare e ad assistersi reciprocamente per facilitare il rispetto delle Linee guida».

[26] OECD, *Decisione del Consiglio sulle Linee guida OCSE per le imprese multinazionali sulla condotta responsabile d'impresa*, in OECD, *Linee guida per le imprese multinazionali sulla condotta responsabile d'impresa*, OECD Publishing, Paris, 2024, p. 58.

[27] L. Achtouk-Spivak, R. Garden, *OECD National Contact Point Specific Instances: When "Soft Law" Bites?*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2022, 13, pp. 608-642.

[28] Regolamento (UE) n. 1215/2012.

[29] M.C. Accardo, *Il rapporto tra la soft law internazionale e il diritto UE in materia ESG: il particolare status dei report scientifici dell'IPCC*, in S. Bariatti, O. Lopes Pegna, L. Schiano Di Pepe, L. Fumagalli, Z. Crespi Reghizzi (a cura di), *The Enforcement of the ESG Principles in a Transnational Dimension*, Giappichelli, Torino, 2026, nt. 34; v. inoltre E. Álvarez-Armas, *Jurisdiction in Climate Change Litigation*, ivi, p. 241.

[30] OECD, *Linee guida*, cit., Commenti al capitolo II: Principi generali, p. 18, § 17, secondo cui la nozione di relazione d'affari comprende rapporti con partner commerciali, subappaltatori, franchisee, società partecipate, clienti e partner di joint venture, nonché entità inserite nella catena di fornitura, estendendosi oltre i rapporti contrattuali immediati o di primo livello.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

pure in presenza di quote minoritarie, nonché alle entità inserite in vario modo all'interno della *supply chain*[31].

Il caso Survival International c. Conceria Pasubio conferma la rilevanza, ai fini dell'applicazione delle Linee guida, delle relazioni di fornitura. La procedura si è chiusa per autonoma intesa tra le parti e, all'esito dell'interlocuzione, Pasubio ha dichiarato, a nome dell'intero gruppo, di escludere dalle proprie forniture i pellami collegati alla deforestazione dei territori del PNCAT abitati dagli Ayoreo-Totobiegosode[32].

5. Quanto agli esiti, la procedura può condurre tanto al raggiungimento di un accordo quanto al suo mancato perfezionamento. La marcata vocazione *forward-looking*[33] del meccanismo emerge dal fatto che esso mira anzitutto a orientare la condotta futura dell'impresa e a rafforzarne l'allineamento agli standard OCSE.

In tale prospettiva, l'accordo può tradursi nell'impegno dell'impresa a rivedere le *policy* aziendali al fine di prevenire o attenuare gli impatti negativi, ciò non escludendo, tuttavia, la possibilità di prevedere la corresponsione di una somma di denaro o l'assunzione di un obbligo di fare[34]. In questo quadro si colloca la successiva fase di *follow-up*, diretta a verificare lo stato di attuazione dell'accordo o delle raccomandazioni formulate dal PCN[35].

Qualora, invece, non venga raggiunto un accordo, il meccanismo dispiega la propria efficacia attraverso la pubblicazione della dichiarazione finale, che può contenere una valutazione del PCN circa il rispetto delle Linee guida da parte dell'impresa[36]. Tale pubblicità può risultare idonea a disincentivare condotte ostruzionistiche e ad attivare dinamiche di *naming and shaming*[37]. In questo senso, il meccanismo delle istanze specifiche opera come strumento di *soft accountability*, poiché la mancata osservanza delle Linee guida può tradursi in conseguenze reputazionali suscettibili di incidere sull'immagine pubblica dell'impresa e, di riflesso, sui rapporti con gli *stakeholder*, ivi compresi gli investitori. In tal senso, merita di essere ri-

[31] L. Achtouk-Spivak, R. Garden, *OECD*, cit., p. 618 ss.

[32] V. Istanza specifica presentata al Punto di contatto nazionale italiano da Survival International Italia ETS il 13 dicembre 2022 nei confronti di Conceria Pasubio S.p.A., Dichiarazione finale, in *www.pcnitalia.mise.gov.it*.

[33] OECD, *Guide for National Contact Points on Recommendations and Determinations*, OECD Publishing, Paris, 2019, p. 3: «The specific instance procedure is intended to provide a consensual, non-adversarial, forward-looking "forum for discussion"».

[34] OECD, *National Contact Points for Responsible Business Conduct: Providing Access to Remedy: 20 Years and the Road Ahead*, OECD Publishing, Paris, 2019, p. 2.

[35] OECD, *Linee guida*, cit., Commenti alle Procedure di attuazione, p. 76, § 46.

[36] OECD, *Linee guida*, cit., Parte II, Procedure di attuazione, p. 68, § 4, lett. c).

[37] E. Corcione, *La tutela*, cit., p. 101.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

chiamato il caso Vedanta, in quanto la dichiarazione finale del PCN del Regno Unito è stata seguita dal disinvestimento da parte di alcuni azionisti[38].

Le dichiarazioni dei PCN possono produrre, inoltre, effetti ulteriori, al di là di quelli strettamente reputazionali. Esse possono infatti incidere innanzitutto in ambito pubblico: ad esempio, le agenzie di credito all'esportazione SACE e SIMEST hanno recepito i *Common Approaches* dell'OCSE[39], i quali prevedono che, nello svolgimento della valutazione delle operazioni di *export credit*, debbano essere considerati, ove pertinenti, anche le dichiarazioni o i *report* resi pubblici dai PCN all'esito della procedura[40].

Inoltre, il meccanismo delle istanze specifiche può assumere rilievo, in via indiretta, ai fini dell'applicazione della normativa unionale in materia di sostenibilità d'impresa[41]. In tal senso, la mancata collaborazione dell'impresa o la violazione delle Linee guida acclarata dal PCN possono costituire indice di non conformità alle garanzie minime di salvaguardia[42] di cui all'art. 18 del Regolamento Tassonomia[43].

Infine, le dichiarazioni finali dei PCN, nonché le dichiarazioni rese dall'impresa nel corso della procedura, possono essere spese anche in sede giudiziaria[44]. In tal senso, è significativo il caso Pandacan[45], nell'ambito del quale, secondo gli istanti, la procedura dinanzi al PCN olandese avrebbe contribuito a orientare la successiva definizione della vicenda processuale[46].

[38] S. Marshall, S. Balaton-Chrimes, *Tribal Claims against the Vedanta Bauxite Mine in Niyamgiri, India: What Role Did the UK OECD National Contact Point Play in Instigating Free, Prior and Informed Consent?,* OECD Watch, 2016, p. 18.

[39] Comitato Interministeriale per i Diritti Umani (CIDU), *Piano di Azione Nazionale Impresa e Diritti Umani 2016-2021*, Roma, 1° dicembre 2016, p. 23.

[40] OECD, *Recommendation of the Council on Common Approaches for Officially Supported Export Credits and Environmental and Social Due Diligence* ("Common Approaches"), OECD/LEGAL/0393, 2024, § 16.

[41] M. Feigerlová, *Influence of the OECD Guidelines and Jurisprudence in the Legislative Process of the EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence*, in O. Davanyam, M. Krajewski (a cura di), *Exploring Corporate Human Rights Responsibilities in OECD Case Law*, Springer, Cham, 2025, spec. pp. 205 ss. e 214 ss.; OECD, *Implications for OECD National Contact Points: Background Note on Regulatory Developments concerning Due Diligence for Responsible Business Conduct*, 2024.

[42] Platform on Sustainable Finance, *Final Report on Minimum Safeguards*, 2022, pp. 34-35.

[43] Regolamento (UE) 2020/852.

[44] L. Achtouk-Spivak, R. Garden, *OECD*, cit., p. 637.

[45] V. Istanza specifica presentata al Punto di contatto nazionale olandese da *The Fenceline Community for Human Safety and Environmental Protection, Milieudefensie (Friends of the Earth Netherlands)* e *Friends of the Earth International* il 16 maggio 2006 nei confronti di Pilipinas Shell Petroleum Corporation (PSPC), relativa al deposito petrolifero di Pandacan, Dichiarazione finale in *www.oecdguidelines.nl*.

[46] L. Achtouk-Spivak, R. Garden, *OECD,* cit., p. 637.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

6. L'analisi del meccanismo delle istanze specifiche consente di coglierne alcuni limiti strutturali, in larga parte riconducibili alla stessa natura del procedimento.

Innanzitutto, il ricorso ai buoni uffici presuppone il consenso delle parti e l'effettività del meccanismo dipende in larga misura dalla concreta disponibilità dei soggetti coinvolti a cooperare in buona fede[47].

Inoltre, il PCN non è dotato di poteri coercitivi o sanzionatori[48] e la dichiarazione finale non ha carattere vincolante[49]. Quanto al profilo istruttorio, a differenza che per altri PCN, il Manuale italiano non prevede forme di *on-the-ground* o *local fact-finding*, pur trattandosi di uno strumento che potrebbe risultare utile ai fini di una più efficace gestione della procedura[50].

Né può trascurarsi che i termini di svolgimento della procedura previsti dalle Linee guida[51] risultano spesso disattesi nella prassi e che la collocazione del PCN presso il Ministero delle imprese può ingenerare la percezione di un *pro-business bias*[52].

Per altro verso, l'ampia discrezionalità che caratterizza la valutazione iniziale e l'interpretazione delle Linee guida fa sì che difficilmente si realizzi una reale equivalenza funzionale[53] tra i vari PCN, con ricadute sulla prevedibilità degli esiti[54]. A tale incertezza contribuisce anche la tendenziale confidenzialità della procedura e dell'accordo[55], che solo raramente viene reso pubblico nella sua integralità.

A ciò si aggiunge il fatto che le conseguenze reputazionali della dichiarazione finale sono in realtà aleatorie, poiché la loro concreta incidenza

[47] OECD, *Linee guida*, cit., Commenti alle Procedure di attuazione, p. 75, §§ 37 e 38.

[48] OECD, *Structures and Procedures of National Contact Points for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing, Paris, 2018, p. 9.

[49] OECD, *Implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: The National Contact Points from 2000 to 2015*, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 43.

[50] OECD, *National Contact Point Peer Reviews: Italy*, OECD Publishing, Paris, 2017, p. 24, ove, tra le principali difficoltà nella gestione delle istanze specifiche, si fa riferimento al fact-finding, specie quando i fatti allegati si verificano in un Paese non aderente.

[51] OECD, *Linee guida*, cit., Commenti alle Procedure di attuazione, pp. 77-78, §§ 51 e 52.

[52] A. Pisanò, *Global Perspectives on Corporate Climate Legal Tactics: Italy National Report*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2024, p. 61; C. Macchi, *The Role of the OECD National Contact Points in Improving Access to Justice for Victims of Human Rights Violations in the EU Member States*, versione inglese del capitolo La aportación de los Puntos de Contacto Nacionales de la OCSE para garantizar el acceso a la justicia por parte de las víctimas de violaciones de derechos humanos en los Estados Miembros de la UE, in C. Márquez Carrasco, I. Vivas Tesón (a cura di), *La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y los derechos humanos por la Unión Europea y sus Estados miembros*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 145-165.

[53] Per la nozione di equivalenza funzionale v. OECD, *Linee guida*, cit., Procedure, p. 61.

[54] L. Achtouk-Spivak, R. Garden, *OECD,* cit., p. 621 ss.

[55] OECD, *Linee guida*, cit., Commenti alle Procedure di attuazione, pp. 75-76, §§ 42 e 49.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dipende da fattori ulteriori ed esterni rispetto alle regole di funzionamento del meccanismo, fra i quali rientrano la diffusione stessa delle Linee guida e della procedura.

Permane, inoltre, un'ulteriore area di incertezza, relativa alla natura giuridica dell'accordo raggiunto dinanzi al PCN e alle conseguenze giuridiche del suo eventuale inadempimento[56].

Infine, facendo riferimento ai più recenti *report* annuali dell'OCSE[57] e alla letteratura sul tema, il raggiungimento di un accordo rappresenta un esito non molto frequente, il che induce a guardare con cautela all'efficacia del meccanismo[58]. Con riguardo, tuttavia, al PCN italiano, l'esame dell'archivio ufficiale consente di formulare una valutazione relativamente più favorevole, quantomeno con riferimento ai casi più recenti.

7. Nell'ambito della giustizia climatica, il meccanismo delle istanze specifiche dinanzi al PCN si colloca in posizione complementare rispetto al contenzioso. Ciò accade soprattutto nelle ipotesi in cui la tutela giurisdizionale incontri ostacoli strutturali o si riveli inidonea ad attribuire adeguato rilievo a situazioni comunque meritevoli di tutela, come nelle controversie caratterizzate da una marcata dimensione transnazionale.

I principali punti di forza del meccanismo non risiedono, infatti, nella forza cogente degli esiti, propria del ricorso al giudice, bensì nell'accessibilità della procedura, nella flessibilità dello strumento e nell'ampiezza del suo ambito operativo. A ciò si aggiunge la possibilità di orientare la condotta futura dell'impresa, anche lungo la catena del valore, favorendo l'assunzione volontaria di impegni diretti a prevenire o mitigare gli impatti negativi.

Resta fermo, tuttavia, che tali profili non eliminano i limiti del meccanismo legati, ad esempio, all'assenza di poteri coercitivi, alla variabilità applicativa tra i diversi PCN e all'aleatorietà delle conseguenze reputazionali.

Ne consegue che il meccanismo delle istanze specifiche, pur non ponendosi in termini sostitutivi rispetto alla tutela giurisdizionale, costituisce uno strumento stragiudiziale che, se adeguatamente rafforzato, può concorrere in modo non marginale alla gestione delle istanze climatiche proposte nei confronti delle imprese multinazionali.

[56] Consensus Building Institute (CBI), NCP *Mediation Manual*, 2012, p. 43.

[57] OECD, *2024 Annual Report on NCP Activity*, OECD Publishing, Paris, 2025; OECD, *2023 Annual Report on NCP Activity*, OECD Publishing, Paris, 2024; OECD, *Annual Report on the Activity of National Contact Points for Responsible Business Conduct*, OECD Publishing, Paris, 2023.

[58] L. Achtouk-Spivak, R. Garden, *OECD,* cit., p. 623; T. Meshel, *Business and Human Rights Dispute Settlement: The OECD NCPs as Grievance Mechanism*, in O. Davaanyam, M. Krajewski (eds.), *Exploring Corporate Human Rights Responsibilities in OECD Case Law*, Springer, Cham, 2025, p. 182 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Patrizia Brambilla

Frammentazione dei processi produttivi e sfruttamento del lavoro

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Lavoro frammentato, responsabilità diluite: esternalizzazioni e sfruttamento del lavoro in Italia. – 3. Esternalizzazioni e lavoro sfruttato nelle filiere globali. – 4. L'effetto criminogeno delle esternalizzazioni e lo sfruttamento lavorativo: il ruolo degli strumenti di prevenzione basati sulla *compliance*. – 5. Riflessioni conclusive: ripensare alle strategie di prevenzione e contrasto dello sfruttamento lavorativo oltre la logica punitiva.

1. Il contributo intende offrire una prima cornice di inquadramento del fenomeno dello sfruttamento lavorativo all'interno delle contemporanee organizzazioni produttive. L'analisi muove dall'esigenza di ricostruirne le dinamiche non come semplice sommatoria di singole violazioni o di condotte individuali devianti, bensì come espressione di più ampie logiche organizzative e produttive che caratterizzano l'impresa contemporanea. In questa prospettiva, lo sfruttamento del lavoro tende a configurarsi sempre più chiaramente come una manifestazione della criminalità d'impresa[1], che trova terreno fertile nella struttura attuale dei processi economici.

Particolare attenzione sarà dedicata al ruolo delle esternalizzazioni, dei meccanismi di appalto e subappalto e, più in generale, alla crescente frammentazione delle filiere produttive, quali fattori in grado di favorire l'emersione di fenomeni di sfruttamento lavorativo. Tali dinamiche saranno analizzate sia con riferimento al contesto interno, sia in relazione alle trasformazioni dell'economia globalizzata e ai fenomeni di sfruttamento che si sviluppano lungo le filiere transnazionali e le catene globali del valore.

In entrambi i contesti, il ricorso a modelli organizzativi fondati sulla scomposizione delle attività produttive e sulla distribuzione delle diverse fasi del processo tra una pluralità di soggetti giuridicamente distinti rappresenta uno dei tratti caratteristici dell'impresa contemporanea. Questo assetto organizzativo finisce per spezzare l'unità dell'impresa in una pluralità di soggetti formalmente autonomi, ma di fatto integrati all'interno della medesima filiera produttiva.

Si tratta di configurazioni organizzative che, pur essendo in linea di

[1] V. Mongillo, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*,in *Riv. trim. dir. pen. econ*., vol. 32, n. 3-4, 2019, p. 647.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

principio lecite e spesso funzionali a esigenze di efficienza economica e di specializzazione produttiva, possono assumere una rilevante valenza criminogena. La scomposizione delle attività e la dispersione dei centri decisionali lungo la catena produttiva tendono, infatti, a diluire le responsabilità, a creare zone d'ombra nei sistemi di controllo e a favorire il trasferimento dei costi e dei rischi dell'attività economica sui lavoratori più vulnerabili. In tale contesto, gli obblighi di tutela dei lavoratori risultano distribuiti tra una pluralità di attori e, proprio in ragione di questa frammentazione, tendono progressivamente a indebolirsi.

Questa consapevolezza porta a interrogarsi in modo critico sull'adeguatezza degli strumenti di tutela del diritto penale tipicamente repressivi di fronte a un fenomeno che presenta caratteri strutturali nell'economia contemporanea. Allo stesso tempo, invita a ripensare l'intervento pubblico in una prospettiva prevalentemente preventiva, valorizzando strumenti organizzativi e sistemi di gestione del rischio in grado di intercettare le violazioni prima che si concretizzino.

2. Nel contesto nazionale, l'ambito degli appalti e dei subappalti costituisce un osservatorio particolarmente significativo per l'analisi delle dinamiche sopra richiamate.

Va anzitutto sottolineato come lo sfruttamento lavorativo non si limiti più al settore agricolo – tradizionalmente oggetto di studio – ma si manifesti trasversalmente in numerosi comparti produttivi, tra cui edilizia, logistica, manifatturiero, moda, turismo e agroalimentare[2]. La diffusione di tali pratiche si inserisce in un contesto caratterizzato da processi di crescente flessibilizzazione e, in taluni casi, di deregolamentazione del mercato del lavoro, che hanno determinato una significativa compressione delle garanzie sostanziali previste dalla legislazione lavoristica e dalla contrattazione collettiva[3].

[2] E. Gonnelli, E. Santoro, *VI Rapporto del laboratorio L'altro Diritto/Osservatorio Placido Rizzotto sullo sfruttamento lavorativo e sulla protezione delle sue vittime*, 2026, dove si evidenzia come lo sfruttamento lavorativo riguardi tutti i settori economici e tutti i comparti produttivi. In particolare, su 1249 notizie di sfruttamento l'Osservatorio è stato in grado di risalire al settore economico in 983 casi, che risultano così distribuiti: 432 casi nel settore primario (agricoltura, allevamento, pesca e le attività connesse), 224 nel settore terziario (dei servizi) e 170 nel settore secondario (industria, edilizia e artigianato).

[3] C. De Martino, M. Lozito e D. Schiuma, *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *Lavoro e Diritto*, 2016, fasc.2, p. 314. Gli AA. evidenziano come «un grosso salto indietro nel tempo, verso il lavoro senza dignità, né diritti, né tutele, pare, dunque, l'unico modo possibile per produrre nel contesto globalizzato e internazionalizzato». Sul ruolo delle innovazioni tecnologiche sulle trasformazioni organizzative dell'impresa e sulle conseguenze in relazione alla sempre maggiore fluidità e precarietà delle prestazioni lavorative si rinvia a A. Lucifora, *Lo sfruttamento del lavoro. La costruzione del "tipo" tra istanze di determinatezza e obblighi sovranazionali di tutela*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 29-30.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

In questo scenario, uno degli ambiti maggiormente esposti al rischio di sfruttamento è rappresentato dai processi di esternalizzazione e di scomposizione dell'attività d'impresa, che diluiscono le responsabilità e rendono più complesso il controllo dei diritti dei lavoratori.

Il ricorso a forme contrattuali come appalti e subappalti, distacchi di personale e operazioni di concessione o affitto di rami d'azienda consente infatti di organizzare la produzione in catene sempre più frammentate, nelle quali la distribuzione delle responsabilità e degli obblighi di tutela dei lavoratori diventa via via più complessa[4] e difficilmente riconducibile ad un unico centro decisionale.

Una simile configurazione organizzativa evidenzia così i limiti di una risposta affidata prevalentemente allo strumento penale, destinato a intervenire solo a posteriori, quando lo sfruttamento dei lavoratori si è già consumato, senza scalfire le strutture organizzative che ne sono all'origine.

Non sorprende, pertanto, che recenti inchieste giudiziarie – in particolare nei settori della logistica e della moda – abbiano messo in luce come strumenti quali appalti, subappalti e distacchi di personale possano essere impiegati in modo distorto, dando luogo a sistemi organizzativi nei quali la frammentazione delle attività diventa funzionale alla compressione sistematica dei diritti dei lavoratori.

È proprio all'interno di questi assetti che prendono forma le più recenti manifestazioni di sfruttamento del lavoro: rispetto alle forme tradizionali di caporalato, storicamente fondate sull'impiego di lavoro nero e sulla totale violazione della normativa lavoristica, le modalità più recenti di sfruttamento si caratterizzano per il ricorso a strutture societarie e schemi contrattuali formalmente leciti[5]. In tali contesti, lo sfruttamento non si realizza

[4] F. Buffa, L. Gadaleta e R. Riverso, *Sfruttamento lavorativo*, Key Editore, Milano, 2017, p. 16. Queste pratiche sono state definite, senza mezzi termini, in dottrina come «l'ultimo girone infernale della condizione servile in cui viene spesso svolto il lavoro nel nostro Paese»; così R. Riverso, *Cooperative spurie ed appalti: nell'inferno del lavoro illegale*, in *Questione Giustizia*, 30 aprile 2019.

[5] A prescindere dalle diverse sfaccettature che può assumere il fenomeno in base ai diversi contesti territoriali in cui si manifesta, in prospettiva di estrema semplificazione, si possono, infatti, distinguere due forme di caporalato, una più tradizionale e una più innovativa, ben descritte nella relazione al Senato della Commissione di inchiesta sulle morti bianche, sulla morte della bracciante Paola Clemente. La relazione ha evidenziato il diverso atteggiarsi del fenomeno dell'intermediazione illecita nel rapporto di lavoro, potendosi delineare «due distinti piani: 1) il primo costituito dal tradizionale "caporalato" in cui la figura centrale del mediatore di lavoro approfitta del bisogno (occasione, trasporto, paga) lucrando tra domanda e offerta di lavoro bracciantile o comunque di manodopera, in un contesto di assoluta irregolarità e quindi di totale assenza di sicurezza; 2) il secondo invece ha caratteristiche nuove, non meno allarmanti, si insinua tra le pieghe del contratto di somministrazione determinandone l'uso distorsivo o di altri più recenti tipi contrattuali, genera dalla presenza sul territorio di personaggi che hanno facilità se non addirittura esclusività

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

più necessariamente attraverso l'assenza di una forma giuridica, ma attraverso il suo utilizzo distorto. È in questa prospettiva che parte della dottrina ha parlato di una vera e propria «giuridificazione» dello sfruttamento[6], ad indicare le situazioni in cui la compressione dei diritti dei lavoratori non deriva dalla totale informalità del rapporto di lavoro, bensì dall'abuso di strumenti giuridici che, in linea di principio, risultano pienamente legittimi.

Entrando più nel dettaglio delle dinamiche di questa moderna configurazione dello sfruttamento del lavoro, si può osservare come le imprese committenti frammentino il ciclo produttivo, affidando a fornitori e subfornitori segmenti di attività sempre più circoscritti. In questo modo, il processo consente di distribuire responsabilità e oneri lungo catene produttive articolate, all'interno delle quali ciascun soggetto giuridico appare formalmente autonomo. L'uso combinato di appalti, subappalti, distacchi di personale, concessioni e affitti di rami d'azienda consente, infatti, di trasferire rischi economici, contributivi e organizzativi, determinando così una riduzione della responsabilità diretta delle imprese principali. Di conseguenza, l'impresa committente, pur conservando spesso un ruolo sostanziale di indirizzo economico e organizzativo, si avvale di lavoratori formalmente dipendenti da soggetti terzi, sottraendosi in tal modo, almeno sul piano formale, agli obblighi diretti in materia retributiva, contributiva e fiscale.

Guardando più da vicino ai meccanismi del fenomeno, come evidenziato dalla letteratura sul tema[7], emerge che il committente affida generalmente un ramo d'azienda o un servizio a un consorzio privo di una reale struttura operativa. Questo, a sua volta, subappalta le attività a cooperative o a società a responsabilità limitata semplificate.

di contatti con i lavoratori in cerca di lavori occasionali, precari, stagionali». Rispetto alle forme più moderne di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro assume un ruolo decisivo l'attività d'impresa. Cfr. Senato della Repubblica, Commissione Parlamentare di inchiesta sul fenomeno degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, con particolare riguardo al sistema della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, *Doc. XXII-bis n. 3*, p. 26 ss., consultabile sul sito *www.senato.it*.

[6] F. Olivieri, *Giuridificare ed esternalizzare lo sfruttamento. Il caso dei lavoratori immigrati nella vitivinicoltura senese*, in E Rigo (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, *Quaderni de L'altro diritto*, Pacini Giuridica, Pisa, 2015, p. 47 ss.; sul punto cfr. anche: A. Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato" dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art. 603bis c.p. e il ruolo del diritto penale,* Giappichelli, Torino, 2021, p. 28; E. Lo Monte, *Sfruttamento dell'immigrato clandestino: tra l'incudine (dello stato) e il martello (del caporalato)*, in *Crit. dir.*, n. 1-2, 2011, p. 41 ss.

[7] Il meccanismo è descritto nei dettagli, anche rispetto alle conseguenze sul costo della forza lavoro da U. Franciosi, *Lo sfruttamento nell'appalto e il subappalto di manodopera*, in Flai - Cgil (a cura di), *Sesto Rapporto. Agromafie e Caporalato*, Futura, Roma, 2022, p. 53.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

La gestione concreta della forza lavoro viene così progressivamente trasferita verso l'ultimo anello della catena, spesso costituito da soggetti economicamente fragili o da entità meramente formali.

Per l'impresa apicale, questa configurazione comporta un duplice vantaggio. Da un lato, consente di attivare un «meccanismo perverso»[8] di elusione fiscale e contributiva: sistemi di fatturazione infragruppo, utilizzo di crediti IVA e mancato versamento di imposte e contributi da parte delle società interposte trasferiscono il rischio economico e sanzionatorio su soggetti privi di reale capacità patrimoniale. Ne deriva un grave pregiudizio anzitutto per l'erario e per gli enti previdenziali: a fronte dei servizi ricevuti, infatti, l'impresa committente corrisponde al consorzio l'importo indicato nelle fatture emesse, beneficiando del relativo credito IVA – pari al 22% – che concorre alla riduzione dell'imponibile fiscale. Al tempo stesso, in virtù della struttura contrattuale dell'appalto, essa non sostiene direttamente i costi del personale impiegato dalle imprese appaltatrici né è soggetta al versamento dell'IRAP calcolata sull'imponibile previdenziale riferibile a tali lavoratori. Parallelamente, il consorzio appaltatore affida a sua volta l'esecuzione delle attività produttive a cooperative o società a responsabilità limitata, spesso appartenenti alla medesima compagine consortile, replicando lungo la filiera il medesimo meccanismo di vantaggio fiscale in termini di IVA e IRAP. In questo modo, il sistema di esternalizzazioni si articola in una catena di rapporti contrattuali formalmente leciti, ma funzionali alla progressiva traslazione dei costi e dei rischi verso i livelli più deboli della filiera. I soggetti collocati nell'ultimo segmento della catena – frequentemente riconducibili a figure formalmente prive di reale capacità patrimoniale, quali prestanome, soggetti irreperibili o nullatenenti – omettono sistematicamente gli adempimenti fiscali e contributivi, accumulando debiti nei confronti dell'erario e degli enti previdenziali. Tali società risultano spesso destinate, in tempi relativamente brevi, al dissesto o al fallimento, con la conseguenza che il credito pubblico diviene di fatto irrecuperabile, mentre il vantaggio economico derivante dal meccanismo elusivo resta concentrato nei livelli apicali della filiera produttiva.

D'altro canto attraverso questo meccanismo si realizza anche una drastica compressione del costo del lavoro. La pressione economica esercitata dai committenti lungo la filiera induce le imprese appaltatrici e subappaltatrici ad adottare pratiche elusive della normativa giuslavoristica: sottoinquadramento contrattuale, simulazione di rapporti autonomi, omissioni contributive, fino a forme di sfruttamento che, nei casi più gravi, si avvicinano a condizioni di para-schiavitù.

In sostanza, quindi, la scomposizione della filiera produttiva consente

[8] *Ibid*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

ai soggetti apicali di mantenere un controllo sostanziale sulle condizioni economiche dell'appalto (determinando prezzi, tempi e margini), pur rimanendo formalmente estranei alle condotte penalmente rilevanti poste in essere dai soggetti a valle, quali lo sfruttamento dei lavoratori.

Tra gli esempi più noti di «caporalato grigio» nel settore della logistica si colloca il caso di Ceva Logistics Italia S.r.l., sottoposta ad amministrazione giudiziaria *ex* art. 34 del Codice Antimafia dal Tribunale di Milano[9]. Il provvedimento ha evidenziato una rete complessa di cooperative e consorzi – definiti «scatole vuote» – collegati tramite contratti a cascata per ridurre le responsabilità nei confronti dei lavoratori.

I dipendenti venivano formalmente assunti da cooperative diverse, pur svolgendo sempre le stesse mansioni nello stesso sito operativo per gli stessi referenti, restando di fatto vincolati alla multinazionale. In questo contesto, i lavoratori erano sottoposti a turni gravosi – spesso oltre 11 ore giornaliere – sotto la costante minaccia di licenziamento e percepivano compensi inferiori alle ore effettivamente prestate, configurandosi così le condotte sanzionate dall'art. 603-*bis* c.p.[10].

Altrettanto emblematici di questa forma di "caporalato grigio" sono i casi recenti di BRT S.p.A. e GEODIS Italia S.r.l., società operanti nei settori della logistica e del trasporto a domicilio. Le indagini riassunte nei provvedimenti del Tribunale di Milano[11], Sezione misure di prevenzione, *ex* art. 34 del Codice Antimafia, hanno documentato che queste imprese avevano stipulato contratti fittizi con cooperative e consorzi per mascherare vere e proprie somministrazioni di manodopera illegale. Tale sistema consentiva alle committenti di ridurre i costi della forza-lavoro, praticare prezzi più competitivi sul mercato e beneficiare indebitamente di detrazioni IVA, mentre le cooperative appaltatrici funzionavano come veri e propri «serbatoi di personale», sistematicamente poste in liquidazione con il trasferimento dei dipendenti ad altre cooperative (cosiddetta «transumanza dei dipendenti»[12]). I lavoratori, per non perdere il posto di lavoro, erano

[9] Decreto del Tribunale di Milano, Sezione misure di prevenzione, n. 59/2019 del 6 maggio 2019, con nota di A. Merlo, *Il contrasto al caporalato "grigio" tra prevenzione e repressione,* in *Dir. pen. cont*., fasc. 6, 2019, pp. 171-188.

[10] Per un'analisi della fattispecie, cfr., tra gli ultimi lavori monografici: A. Merlo, *Il contrasto*, cit., p. 51 ss.; A. Lucifora, *Lo sfruttamento*, cit., p. 348 ss.; P. Brambilla, *Sfruttamento lavorativo, attività d'impresa e compliance. Dalla repressione alla prevenzione: nuove prospettive di responsabilizzazione delle imprese tra diritto interno e sovranazionale*, Giappichelli, Torino, 2025, p. 123 ss.

[11] Decreto del Tribunale di Milano, Sezione misure di prevenzione, n. 5/2023 del 23 marzo 2023, GEODIS CL Italia s.p.a.; decreto del Tribunale di Milano, Sezione misure di prevenzione, n. 6/2023 del 23 marzo 2023, BRT s.p.a.

[12] Per approfondimenti si rinvia, *ex multis*, a: F. Marchetti, *Amministrazione giudiziaria delle aziende* ex *art. 34 D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e contrasto allo sfruttamento lavorativo: i casi BRT e GEODIS*, in *Lav. dir. eur.*, n. 3, 2023, p. 3 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

costretti a cambiare cooperativa continuamente, perdendo così anzianità e diritti maturati. La retribuzione risultava spesso esigua, calcolata a cottimo e priva di riconoscimento di ferie e malattia, con decurtazioni illegittime operate dalle cooperative. Gli autisti, in particolare, erano talvolta obbligati a sostenere i costi d'acquisto dei veicoli utilizzati per le consegne, anticipando parte della somma alla società committente, che tratteneva mensilmente quote dello stipendio come pagamento rateale del mezzo[13].

Anche nel settore edilizio lo sfruttamento del lavoro si è progressivamente sofisticato, assumendo modalità difficili da rilevare e aggirando le normative vigenti. La gestione diretta dei lavoratori è stata sostituita da reti di società, spesso S.r.l.s. con capitale minimo o fittizio, e da prestanomi che reclutano manodopera vulnerabile, talvolta appartenente a specifiche comunità etniche. L'adozione del subappalto come strumento prevalente di organizzazione del lavoro da parte delle grandi imprese edilizie ha determinato una progressiva esternalizzazione delle funzioni di gestione della manodopera. Le imprese principali si sottraggono alla gestione diretta dei lavoratori, delegando tale compito a subappaltatori che operano con strutture minimaliste o inesistenti, e che spesso non sono in grado di garantire né la sicurezza, né la formazione adeguata dei lavoratori. Questo modello, che mira non solo a ridurre i costi di gestione del personale, ma anche a minimizzare il rischio di responsabilità diretta, ha avuto come conseguenza l'intensificarsi del lavoro «in nero» o irregolare, con ore non contrattualizzate che impediscono ai lavoratori di raggiungere il monte ore necessario per una regolare occupazione.

A causa del marcato disinteresse da parte dello Stato e della diffusa infiltrazione della criminalità organizzata nella filiera, che contribuiscono all'opacità del settore, l'edilizia è diventata particolarmente difficile da ana-

[13] È puntuale la ricostruzione operata dal Tribunale nel Decreto n. 6/2023 (BRT S.p.a.) alle p. 38 ss., da cui emerge che questi lavoratori «non sono dei veri e propri padroncini, cioè lavoratori autonomi dotati di partita IVA, mezzo proprio e autonomia imprenditoriale. L'azienda quindi li assume come dipendenti per poi proporre loro di acquisire il furgone con il quale svolgono il lavoro attraverso un primo anticipo per diverse migliaia di euro, seguito da un vero e proprio piano di finanziamento sostenuto a rate mensili con il proprio lavoro»; salvo poi non diventare proprietari dei mezzi pagati a proprie spese. Per di più, i lavoratori guadagnano «a cottimo», in base al numero di consegne che eseguono, sostenendo sulle proprie spalle il rischio d'impresa ed ottenendo un guadagno di gran lunga inferiore a quello dovuto in rapporto alle ore lavorate. Emerge come «queste figure, a causa del proprio stato di bisogno, sottostanno in silenzio a queste condizioni, accettando qualsiasi situazione peggiorativa per il timore di perdere il lavoro e nella stragrande maggioranza dei casi senza un'assistenza sindacale, disincentivata nella pratica da BRT che agevola di fatto la frammentazione delle maestranze. Inoltre […] la maggior parte dei dipendenti non sono di nazionalità italiana e (sono n.d.a.) soggetti in difficoltà economica, più propensi rispetto agli italiani ad essere sfruttati in quanto il loro compenso è di gran lunga inferiore rispetto a quanto dovrebbe esser loro dovuto» (p. 41).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

lizzare e monitorare[14]. Questo scenario alimenta il perpetuarsi di condizioni di sfruttamento e l'inosservanza delle normative sul lavoro, che sono all'ordine del giorno. La gestione frammentata dei cantieri, la carenza di coordinamento e l'assenza di un'efficace gestione della sicurezza, aggravate dalla molteplicità di subappaltatori coinvolti, hanno contribuito a un'*escalation* di infortuni sul lavoro. L'incidente verificatosi nel cantiere Esselunga di Firenze, con il crollo di una trave di cemento e il conseguente decesso di diversi operai, è emblematico delle criticità insite in questo sistema[15].

Altro esempio paradigmatico nel settore edilizio è costituito dal caso GS Painting S.r.l.[16], impresa appaltatrice che operava nel porto di La Spezia, i cui titolari, di nazionalità bengalese, insieme ad altri connazionali, sono stati accusati di sfruttamento lavorativo e auto riciclaggio nell'ambito di un'inchiesta risalente al 2019. I lavoratori, per lo più bengalesi e richiedenti asilo, erano costretti a turni superiori a 14 ore giornaliere, con una retribuzione inferiore ai 5 euro all'ora, senza alcun diritto a ferie o riposi. Questo sistema di sfruttamento veniva gestito tramite l'intervento di caporali, che si occupavano del reclutamento e della sorveglianza dei lavoratori, anche tramite minacce di licenziamento e violenza fisica, per costringerli a restituire parte della loro retribuzione fuori busta. La copertura del sistema veniva garantita da un consulente del lavoro italiano, anch'esso coinvolto nell'inchiesta, che redigeva false buste paga per simulare il rispetto delle normative sul lavoro. Nonostante le palesi irregolarità, le indagini non hanno esteso la responsabilità al committente dell'appalto, omettendo di verificare la sua eventuale consapevolezza delle condizioni di sfruttamento. Questo caso dimostra chiaramente come il sistema di subappalto e la frammentazione delle imprese contribuiscano all'occultamento delle responsabilità e al perpetuarsi dello sfruttamento dei lavoratori.

Negli ultimi anni anche il settore della moda è stato interessato da numerose inchieste che hanno evidenziato forme di sfruttamento rientranti nel cosiddetto «caporalato grigio». La produzione tessile a basso costo, in particolare negli opifici gestiti da immigrati – prevalentemente cinesi – nel segmento del «pronto moda», si è storicamente fondata su meccanismi sistematici di sfruttamento dei lavoratori, spesso connazionali, per garantire elevata produttività e prezzi competitivi[17]. Più recentemente, è emerso il collegamento tra questi

[14] S. Errichelli, *Edilizia e sfruttamento, tutti i lati oscuri del settore,* 2023, sul sito internet *https://informareonline.com*.

[15] N. Palazzolo, *Il crollo nel cantiere Esselunga, ci sono tre indagati: "Calcoli sbagliati, la trave non poteva reggere"*, in *Today*, 6 febbraio 2025.

[16] L'inchiesta viene riportata e analizzata puntualmente da E. Gonnelli, E. Santoro, *V Rapporto del laboratorio L'altro Diritto/Osservatorio Placido Rizzotto sullo sfruttamento lavorativo e sulla protezione delle sue vittime*, 2024, p. 30.

[17] Il sistematico sfruttamento operato dalle aziende impiegate nel «pronto moda», ed in particolare nel territorio della provincia di Prato, è giunto all'attenzione della cronaca

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

opifici e alcune case di moda di lusso. La Procura di Milano ha richiesto, infatti, l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria nei confronti di società quali Alviero Martini, Armani e Dior rispettivamente nel gennaio, nell'aprile e nel giugno 2024[18] e, più recentemente, nel maggio 2025, per Valentino Bags Lab[19], poiché le commesse affidate alle aziende appaltatrici venivano a loro volta esternalizzate a opifici cinesi, spesso senza contratti formali di subappalto. In queste strutture, la manodopera, anche irregolare, era sottoposta a condizioni di lavoro estremamente dure, in violazione delle norme collettive e di sicurezza: turni continui, lavoro 24 ore su 24 per sette giorni, e abitazioni degradanti presso i luoghi di lavoro, con sorveglianza costante da parte dei datori di lavoro[20].

I casi – qui solo brevemente richiamati[21] – nei settori della logistica, dell'edilizia e della moda evidenziano come lo sfruttamento del lavoro non sia un fenomeno isolato, ma il risultato di logiche organizzative e produttive diffuse, basate su esternalizzazioni, subappalti, società fittizie o strutturalmente fragili, e sull'impiego di manodopera vulnerabile. In tutti questi contesti, la separazione formale tra committenti e lavoratori maschera una sostanziale unità economica dell'impresa e una distribuzione delle responsabilità che riduce drasticamente l'efficacia delle norme a tutela del lavoro.

In questo contesto, appare evidente come l'individuazione delle responsabilità penali sia particolarmente complessa. Non si tratta solo di accertare la condotta degli autori materiali dello sfruttamento, ma anche di valutare la possibilità di estendere la punibilità ai committenti che, pur non gestendo direttamente il personale, abbiano tratto vantaggio dal sistema o contribuito causalmente alla sua realizzazione tramite la definizione delle condizioni economiche e contrattuali degli appalti. Tale difficoltà aumenta quando le catene di subfornitura si articolano in più anelli, rendendo complessa la prova del dolo da parte dei soggetti apicali.

È su questo crinale, tra formale separazione dei soggetti e sostanziale unità economica, che si gioca oggi una delle sfide più rilevanti del diritto penale

a causa di alcuni tragici incidenti sul lavoro, che oltre a causare la morte di diversi dipendenti, hanno disvelato le condizioni di severo sfruttamento a cui essi erano sottoposti. Cfr. M. Cocco, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: il "caporalato etnico" nella comunità cinese a Prato,* in *Riv. pen.,* 10, 2018, p. 873 ss.

[18] Il riferimento è ai Decreti del Tribunale di Milano, Sezione misure di prevenzione, n. 1/2024 del 15 gennaio 2024, n. 10/2024 del 3 aprile 2024, n. 12/2024 del 5 giugno 2024.

[19] Decreto Tribunale di Milano, Sezione misure di prevenzione Tribunale di Milano, 8 luglio 2025.

[20] Cfr. p. 27 del Decreto n. 12/24, cit.; le medesime condizioni vengono riscontrate anche a pp. 23-24 del Decreto n. 10/24 cit.

[21] Per un approfondimento sull'analisi della casistica sia consentito il rinvio a P. Brambilla, *Sfruttamento lavorativo*, cit., p. 41 ss.; si veda anche l'Appendice al *Sesto Rapporto del laboratorio L'altro Diritto*, cit., titolata «*Le strategie di contrasto allo sfruttamento lavorativo adottate dalla Procura di Milano: l'utilizzo dell'art. 34 del codice antimafia*».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

del lavoro: ricostruire criteri di imputazione della responsabilità coerenti con la realtà delle filiere produttive contemporanee, evitando che la frammentazione organizzativa si traduca in una frammentazione dell'obbligo di tutela. Solo comprendendo e affrontando le connessioni tra struttura produttiva, strumenti giuridici e pratiche di sfruttamento sarà possibile rendere efficace l'intervento penale e garantire una reale protezione dei lavoratori.

3. Le nuove forme di organizzazione del lavoro, finora analizzate prevalentemente sotto una prospettiva nazionale, connesse a pratiche di esternalizzazione – come forniture e subforniture di beni e servizi – e allo sfruttamento dei lavoratori, sono in realtà espressione di un fenomeno di portata globale. Negli ultimi decenni, l'attività delle imprese ha progressivamente assunto una dimensione transnazionale: la globalizzazione, la necessità di mantenere competitività sui mercati internazionali e la scelta di localizzare alcune attività in Paesi con normative più favorevoli hanno trasformato la tradizionale fisionomia dell'impresa, originariamente concentrata entro i confini nazionali[22].

L'apertura dei mercati, avviata negli anni '70 e accelerata prima con il crollo del Muro di Berlino e poi negli ultimi decenni grazie alle nuove tecnologie e all'abbattimento delle barriere commerciali e finanziarie, ha favorito la diffusione delle attività produttive su scala globale[23], incidendo profondamente sulla struttura organizzativa delle imprese. Queste ultime si sono progressivamente espanse oltre i confini nazionali, adottando strategie volte a sviluppare catene di approvvigionamento e fornitura globali sempre più complesse. Tali catene sono costituite da «anelli» tra loro collegati principalmente da vincoli economici, più che giuridici, poiché ciascun soggetto coinvolto gode generalmente di autonoma personalità giuridica[24].

Proprio i processi di esternalizzazione dell'attività d'impresa hanno trasformato lo sfruttamento lavorativo, che non è più confinato entro i soli confini nazionali[25]. La tendenza dell'impresa – caratterizzata da una «at-

[22] Cfr. sul punto: M.G. Caroli, *Globalizzazione e localizzazione dell'impresa internazionalizzata*, Ed. FrancoAngeli, Milano, 2004, p. 377; S. Magistro, *La responsabilità della holding italiana per i reati commessi all'estero*, in *Rivista 231*, 4, 2016, pp. 167-168.

[23] C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* vol. 33, fasc.1-2, 2020, p. 152.

[24] V. Mongillo, *Forced labour*, cit., p. 631; si veda anche C. Piergallini, *Globalizzazione*, cit., p. 153, che identifica le ragioni di opportunità che portano un'impresa a strutturarsi nella forma della multinazionale. Secondo l'A. «il ricorso a tale modello organizzativo vanta numerose ragioni: frazionamento dei rischi economici, appetibilità fiscale, maggiore capacità di adattamento ai sistemi giuridici stranieri, aggiramento di barriere protezionistiche, maggiore agilità di dislocazione geografica».

[25] V. Mongillo, *Forced labour*, cit., p. 631, parla di «sostanziale scomparsa dei confini nazionali» sostenendo che nella dimensione economica attuale «i confini organizzativi tra distinte realtà imprenditoriali […] tendono a frantumarsi in una miriade di anelli produttivi,

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

titudine camaleontica e innovatrice»[26] – a trasferire i rischi connessi all'attività produttiva e, come sarà approfondito nel prosieguo, a spostare la responsabilità verso soggetti terzi rispetto a chi beneficia dei risultati del lavoro[27], si è estesa su scala internazionale. Tale fenomeno è stato favorito in particolare dalle multinazionali (*multinational corporations* o *transnational enterprises*[28]), protagoniste centrali dell'economia di mercato globale[29], che attraverso le loro reti di produzione e fornitura globali hanno amplificato la portata e la complessità del fenomeno qui considerato.

Benché non esista una definizione condivisa della nozione di impresa

giuridicamente distinti ma fattualmente interrelati, sovente distribuiti a livello mondiale. […] A questa nuova proiezione transfrontaliera dell'attività produttiva si collega, quale epifenomeno patologico, la natura sempre più marcatamente multiterritoriale assunta da svariate forme di criminalità».

[26] R. De Luca Tamajo, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav*., 2007, p. 4.

[27] V. Brino, *Imprese multinazionali e diritti dei lavoratori tra profili di criticità e nuovi "esperimenti" regolativi*, in *Dir. rel. ind.*, fasc.1,1 marzo 2018, p. 171 ss.; cfr. anche: M.T. Carinci (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2015; A. Perulli, *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.,* vol. 1, 2013, p. 83 ss.; M. Barbera, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto,* in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni, Atti del XVI Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Catania, 21-23 maggio 2009, Giuffrè, Milano, 2010, p. 5 ss. Nella Dottrina internazionale si veda: V.A. Hyde, *To what duties do global labor rights correlate? Responsibility for labour standards down the production chain*, in Y. Dahan, H. Lerner e F. Milman-Sivan (a cura di), *Global Justice and International Labour Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 212 ss.

[28] Tra i principali lavori che trattano di questioni giuridiche legate al rapporto tra l'attività delle multinazionali e la globalizzazione, cfr.: P. Merciai, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1993; P.T. Muchlinsky, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 3 ed., 2021; P. Picone, G. Sacerdoti, *Diritto internazionale dell'economia*, FrancoAngeli editore, Milano, 1992, p. 699 ss.; C.D. Wallace, *Legal control of the multinational enterprise: national regulatory techniques and the prospects for international controls*, The Hague, Boston, 1982; J. Bennet, *Multinational Corporations, Social Responsibility and Conflict*, in *Journal of International Affairs*, 2002, vol. 55, n. 2, p. 393 ss.; R. Blanpain., *Multinational Enterprises and the Social Challenges of the XXIst Century*, in *Bulletin of Comparative Labour Relations*, vol. 37, The Hague, Boston, 2000; P. Bracken, *The Multinational Corporation Today*, in *Yale SOM Working Paper*, New Haven, 2004; L. Ornaghi, *Globalizzazione: nuove ricchezze e nuove povertà*, Vita e Pensiero editore, Milano, 2001.

[29] V. Mongillo, *Imprese multinazionali, criminalità transfrontaliera ed estensione della giurisdizione penale nazionale: efficienza e garanzie "prese sul serio"*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 2, 2021, p. 180, secondo cui «le imprese multinazionali – o transnazionali, secondo l'espressione preferita in sede Onu – sono divenute i più grandi giocatori del commercio mondiale, acquisendo un ruolo assorbente nei grandi mutamenti indotti dalla globalizzazione»; si veda anche M. Delmas Marty, *Globalization and transnational corporations*, in U. Sieber (a cura di), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtvergleich, Rechtstatsachen: Festschrift für Klaus Tiedemann zum,* 2008, p. 1291 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

multinazionale[30], con tale locuzione ci si può riferire a quel «soggetto che svolge in maniera strutturata attività di rilievo economico in Stati diversi da quello di origine»[31].

Trattasi, in linea generale, di un insieme di soggetti giuridici indipendenti – poiché sottoposti alla normativa del Paese in cui sono localizzate le singole unità –, delocalizzati a livello internazionale, strutturate in forma gerarchica e che operano, tuttavia, sotto il controllo economico di una società madre, definita *parent company* o *holding*[32]. In altre parole, sono

[30] Il termine «Impresa Multinazionale» fu utilizzato per la prima volta nel 1963 durante una conferenza della *Carnegie Mellon University* dall'avvocato americano David E. Lilienthal, il quale le ha definite come un insieme di società che «hanno la sede in un paese ma operano e vivono anche secondo le leggi e gli usi di altri paese»; tale definizione è richiamata da P.T. Muchlinski, *Multinational Enterprises*, cit., p. 3. L'A. evidenzia la difficoltà di fornire una definizione univoca di *multinational enterprise*, anche in ragione della presa di posizione delle Organizzazioni internazionali (OCSE e OIL), che non hanno ritenuto necessario fornire una precisa definizione del termine.

La dottrina si è interrogata sulla nozione di «impresa multinazionale», evidenziandone una serie di caratteristiche. Per una ricostruzione delle principali definizioni di impresa multinazionale offerte dalla dottrina internazionalistica cfr.: G. Peroni, C. Migani, *La responsabilità sociale dell'impresa multinazionale nell'attuale contesto internazionale*, in *Rivista Ianus*, 2, 2010, p. 6 ss. Più recentemente, ha offerto una panoramica delle definizioni e delle caratteristiche dell'impresa multinazionale anche G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, Giappichelli, Torino, 2023, cap. 1.

[31] A. Oddenino, *Attuali prospettive di regolazione internazionale dell'attività delle imprese multinazionali*, in G. Porro (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 61; N. Landi, *Il rispetto del d.lgs. 231/2001 nelle imprese multinazionali operanti in Italia*, in *Rivista 231*, 2, 2019, pp. 81-82; A. Santa Maria, *Il diritto internazionale dell'economia*, in S.M. Carbone, R. Luzzato e A. Santa Maria (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 386, secondo cui «il carattere "multinazionale" delle imprese in questione emerge così dalla pluralità delle società "nazionali" di diversi paesi nei quali si esercita l'attività economica nei vari momenti che caratterizzano la vita e le vicende dell'impresa unica».

[32] C. Piergallini, *Globalizzazione*, cit., p. 152, che definisce le imprese multinazionali come contraddistinte «dalla presenza di una pluralità di società di diritto straniero, controllate pervasivamente da una società capogruppo»; M.Kamminga, S. Zia-Zarifi, *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, The Hague, L'Aia, 2000, p. 2.; F. Galgano, G. Sbisà, *Direzione e coordinamento di società*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano. Libro quinto: Lavoro art. 2497-2497 septies*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 57; gli AA. definiscono la multinazionale «giuridicamente, come impresa di gruppo, essendo formata da una pluralità, talvolta sterminata, di società, ciascuna delle quali si presenta ai terzi come un soggetto di diritto distinto dalle altre». Cfr. anche A. Bonfanti, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 7; secondo l'A. «il controllo da parte della società madre sulle sussidiarie può assumere forme giuridicamente rilevanti – quali la titolarità della quota azionaria di maggioranza – o può svilupparsi *de facto*, attraverso l'organizzazione della produzione, l'identità del management e la dipendenza finanziaria».

Normalmente l'attività di una *holding* si limita al controllo e alla gestione delle società

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

entità unite dal punto di vista economico organizzativo, ma prive di unità dal punto di vista giuridico[33].

Certamente, questi attori dell'economia mondiale hanno un indiscusso potere economico[34] e, di conseguenza, un'influenza politica nelle relazioni internazionali.

Essi hanno contribuito alla crescita economica e sociale dei Paesi destinatari dei loro investimenti; tuttavia, sono frequentemente coinvolti in gravi violazioni dei diritti umani: non di rado scelgono di operare nei Paesi in via di sviluppo per contenere i costi, proprio beneficiando di forme di sfruttamento intensivo della manodopera. A ciò si aggiungono fenomeni quali il lavoro forzato, l'impiego di minori e la scarsa attenzione alla sicurezza nei luoghi di lavoro. Restano inoltre, sebbene non oggetto specifico della presente analisi, ulteriori impatti negativi – attuali o potenziali – che tali attività producono su altri diritti umani riconosciuti a livello internazionale, tra cui, in particolare, la tutela dell'ambiente.

L'espansione internazionale delle imprese e la configurazione giuridica articolata delle multinazionali, caratterizzate da una pluralità di soggetti distinti, possono rendere più complesso il coordinamento unitario dell'at-

sussidiarie (*holding* pura), mentre raramente si estende anche ad attività produttive di beni o servizi (*holding* o società finanziaria operative). Sul punto: F. Picchi (a cura di), *Economic & Business - Dizionario Enciclopedico Economico e Commerciale*, Hoepli, Bologna, 2005; G. Peroni, C. Migani, *La responsabilità sociale dell'impresa multinazionale,* cit., p. 7.

[33] Cfr. A. Santa Maria, *Il diritto internazionale dell'economia,* cit., p. 386, secondo cui è «di particolare efficacia la definizione di chi ravvisa l'elemento qualificante del contenuto del concetto di "multinazionalità" di un'impresa nell'unità dell'organismo economico in contrapposizione alla pluralità delle organizzazioni giuridiche nelle quali tale organismo economico accentrato svolge l'attività di impresa in più ordinamenti giuridici. […] il carattere "multinazionale" delle imprese in questione emerge così dalla pluralità delle società "nazionali" di diversi paesi nei quali si esercita l'attività economica nei vari momenti che caratterizzano la vita e le vicende dell'impresa unica». Cfr. anche: C.D. Wallace, *The Multinational Enterprise and Legal Control. Host State Sovereignity in an Era of Economic Globalisation*, The Hague, Boston, 2002, p. 101 ss.; G. Peroni, C. Migani, *La responsabilità sociale dell'impresa multinazionale,* cit., p. 6; P. Acconci, *Imprese multinazionali*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2955 ss.; F. Galgano, F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 893-895.

[34] Rilevano l'importanza di tale caratteristica nella definizione delle *multinational enterprises*: I. Bantekas, *Corporate Social Responsibility in International Law*, in *Boston University International Law Journal*, 2004, p. 309 ss.; K.P. Sauvant, V. Aranda, *The International Legal Framework for Transnational Corporations*, in A.A. Fatouros (a cura di), *Transnational Corporations: The International Legal Framework*, *United Nations Library on Transnational Corporations*, vol. XX, Routledge, New York, 1994, p. 84 ss.; B. Stephens, *The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2002, p. 57 ss.; C. Wells, J. Elias, *Catching the Conscience of the King: Corporate Players on the International Stage*, in P. Alston (a cura di), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford Academic, Oxford, 2005, p. 147 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

tività d'impresa: ogni società controllata è infatti tenuta a conformarsi alla normativa vigente nel Paese in cui opera. Al tempo stesso, però, tale assetto costituisce un elemento di vantaggio per il gruppo, che può avvalersi della responsabilità limitata derivante dall'autonomia giuridica delle singole entità controllate[35].

Tale frammentarietà genera quali conseguenze la tendenza delle *holding* a sottrarsi alla responsabilità per illeciti eventualmente compiuti dalle controllate sul territorio dello stato ospite e la difficoltà nel sottoporre tutte le diramazioni della multinazionale ad un'unica legge regolatrice[36]. Infatti, la plurisoggettività anzitutto facilita le *chance* di sfuggire dal rischio di responsabilità ascendente nei confronti della *holding* nel caso di atti illeciti perpetrati dalle *subsidiaries.* Inoltre l'impresa, scegliendo lo Stato terzo in cui delocalizzare la propria attività, anche grazie all'assenza di coordinamento tra le diverse normative nazionali, potrebbe avvantaggiarsi della vigenza nello Stato estero di normative meno rigorose in materia, per esempio, di diritti umani, diritti dei lavoratori o di imposizione fiscale (c.d. *forum shopping*)[37].

[35] Cfr. A. Bonfanti, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente*, cit., pp. 6-7. L'Autrice rileva che l'atomismo delle società che compongono le multinazionali rappresenta da un lato «un ostacolo alla gestione unitaria del gruppo, dovendo essere formalmente rispettate le differenti normative nazionali che disciplinano le attività di ciascun ente; dall'altro, la plurisoggettività consente, in via di principio, che ciascuna unità si avvantaggi del beneficio della responsabilità limitata». Ciò in quanto «l'impresa multinazionale può infatti approfittare dei vuoti esistenti e dell'assenza di coordinamento tra le diverse normative nazionali per trarre importanti benefici, scegliendo, per esempio, quale luogo di costituzione, uno Stato dalla legislazione fiscale particolarmente favorevole o, quale luogo di localizzazione delle fasi produttive, un Paese dalla normativa poco protettiva in materia ambientale, sociale o sindacale». Si veda anche M. Fasciglione, *Impresa e diritti umani nel diritto internazionale. Teoria e prassi*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 5.

[36] G. Peroni, C. Migani, *La responsabilità sociale dell'impresa multinazionale*, cit., pp. 7-8; gli AA. sostengono che «le *holding companies* declinano la responsabilità per gli illeciti compiuti dalle affilate soprattutto nei Paesi in via di Sviluppo (PVS) – come sfruttamento dei lavoratori, violazioni del diritto della concorrenza, corruzione di ufficiali stranieri, deturpazione dell'ambiente – ed invocano la giurisdizione delle Corti dell'*host State*, in quanto di norma meno garantista e a loro più favorevole». Sul tema anche P.T. Muchlinski, *The Bhopal Case: Controlling Ultrahazardous Industrial Activities Undertaken by Foreign Investors*, in *The Modern Law Review*, vol 50, n. 5, 1987, p. 545 ss.

[37] Definisce il fenomeno M. Fasciglione, *Impresa e diritti umani nel diritto internazionale*, cit., p. 5, che evidenzia come «la delocalizzazione delle diverse società che compongono il Gruppo – o dei diversi segmenti della produzione – è realizzata in modo da soddisfare l'obiettivo della massimizzazione del profitto per gli azionisti. Essa, pertanto, avviene in Paesi selezionati in base alla convenienza da essi offerta in termini di accesso alle risorse materiali, costo del lavoro, trattamento fiscale, normative interne (su ambiente, diritti sul lavoro, ecc.) e consente di sfruttare in tal modo a proprio vantaggio le differenze regolamentari (ecco perché l'uso della terminologia *law shopping*, oppure *forum shopping*) esistenti nei differenti Paesi. A tal fine si selezionano quelli con regimi normativi più favorevoli agli obiettivi di riduzione dei costi e con condizioni più vantaggiose sui mercati del lavoro, dei capitali, dei

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Proprio l'atomistica personalità giuridica delle entità che compongono le imprese multinazionali, come è stato sottolineato in dottrina, rappresenta uno «scudo» rispetto alla possibilità di estendere alla capogruppo eventuali responsabilità rispetto a fatti commessi da società controllate o altri *partner* commerciali, formando un «velo societario» di impunità[38].

Accanto alle multinazionali, con la loro struttura polarizzata, che basano i legami societari sulla proprietà azionaria, vi sono, poi, i legami societari fondati sulle relazioni contrattuali, di cui fan parte tutte le società che operano al di fuori dei confini nazionali attraverso altre "forme societarie"[39], frutto della delocalizzazione (verticale o orizzontale) della produzione e di accordi commerciali tra imprese presenti in diversi Paesi del mondo (costituzione di filiali succursali, con o senza personalità giuridica o, più in generale, attività di *outsourcing*)[40], che hanno condotto alla creazione di una rete sempre più complessa e fitta di rapporti commerciali e di produzione, dando vita alle moderne *Global value chains*[41]. Tali reti di imprese dislocate

servizi o dei beni. Si ingenera, insomma, una "competizione al ribasso" tra Stati e sistemi sociali nell'attrazione degli investimenti internazionali». Sul tema si veda, *ex multis*, anche A. Perulli, *La promozione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione*, in S. Scarponi (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 104.

[38] V. Brino, *Imprese multinazionali*, cit., p. 171 ss.; M. Fasciglione, *Impresa e diritti umani*, cit., p. 5., secondo cui, attraverso l'istituto della distinta personalità giuridica delle società che compongono il gruppo, «le imprese sono in grado di frazionare i propri processi produttivi, tra entità giuridicamente distinte e autonome a cui si applica l'istituto della responsabilità limitata e che consente alla casa madre di essere considerata terza rispetto rapporti giuridici posti in essere dalle società da essa controllate o partecipate. La conseguenza è che la responsabilità della prima non può essere invocata per atti o fatti delle seconde (spesso situate in Paesi terzi c.d. *host States* – che in genere sono Paesi del sud del mondo). Si tratta del noto fenomeno dello "schermo societario" (il c.d. *corporate veil*) che impedisce di risalire all'unico e vero soggetto "organizzatore" dell'attività economica». Si veda sul tema anche il contributo di A. Sanger, *Crossing the corporate veil: the Duty of Care Owed by a Parent Company to the Employees of its Subsidiary*, in *Cambridge Law Journal*, vol 71, issue 3, 2012, p. 478.

[39] Sul punto si veda G. Di Vetta, *La responsabilità*, cit., p. 14, che osserva come «la transizione da un modello organizzativo a struttura gerarchica, fondato su relazioni ordinate di controllo e di natura prevalentemente societaria (o proprietaria), alle forme flessibili e reticolari del "network" transnazionale ed eterarchico, costruito su interazioni cooperative, alleanze strategiche e contatti, anche instabili e occasionali, di tipo contrattuale».

[40] C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia*, cit., pp. 152-153, il quale individua tre distinte forme con cui le imprese operano nell'economia globalizzata: oltre ai gruppi multinazionali di imprese, identifica le filiali, succursali, agenzie, prive di personalità giuridica e gli accordi tra imprese (o impresa-rete), «vere e proprie alleanze tra imprese, che, invece di porsi alla stregua di una riduzione della concorrenza, rafforzano le posizioni competitive e l'efficienza nell'uso delle risorse aziendali».

[41] Per una definizione della nozione di *Global value chains* si veda: ILO, *Decent work in global supply chains, International Labour Conference*, 105th Session, 2016, Report IV, 2016, documento che, al paragrafo 5, chiarisce come: «the term "global supply chains" refers to the cross-border organization of the activities required to produce goods or services and

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

in tutto il mondo sono nate dall'esigenza di servire un mercato sempre più vasto, globale, non solo con l'obiettivo di avvicinarsi al mercato di vendita, ma anche come conseguenza della pressione sulla riduzione dei costi, che porta a cercare anche all'estero materiali e manodopera a basso costo. La rete si struttura per la presenza di un'impresa committente (*lead firm*), che definisce e coordina l'intero processo produttivo[42], assegnando le varie fasi di tale processo a imprese terze attraverso la stipula di contratti di appalto, sub appalto e fornitura.

La violazione dei diritti dei lavoratori nelle moderne catene globali del valore non rappresenta un'eccezione, ma la regola[43]. Il fenomeno è determinato da diversi fattori strutturali, tra cui, come si è già messo in rilievo,

bring them to consumers through inputs and various phases of development, production and delivery. This definition includes foreign direct investment (FDI) by multinational enterprises (MNEs) in wholly owned subsidiaries or in joint ventures in which the MNE has direct responsibility for the employment relationship. It also includes the increasingly predominant model of international sourcing where the engagement of lead firms is defined by the terms and conditions of contractual or sometimes tacit arrangements with their suppliers and subcontracted firms for specific goods, inputs and services».

Per la distinzione tra la nozione di *Value chain* e *Supply chains*, spesso erroneamente utilizzati come sinonimi, si rinvia a: M. Fasciglione, *Impresa e diritti umani*, cit., p. 6.

[42] U. Carabelli, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *Diritto delle Rel. Ind.*, vol. 19, n. 1, 2009, p. 92; F. Grasso, *Esternalizzazioni, catene del valore e tutela dei lavoratori. Problemi attuali e prospettive future*, in *Labor*, fasc.2, 2023, p. 152; G. Di Vetta, *La responsabilità*, cit., p. 22 che, sul potere di coordinamento della committente precisa che «Questo coordinamento si estrinseca, anzitutto, nel potere di stabilire i termini di accesso al network; di fissare le condizioni e, in modo particolare, gli *standard* della produzione, dei relativi processi così come dell'organizzazione stessa dei soggetti societari, innestati nelle catene contrattuali. Si tratta di una *governance* di fonte contrattuale: non trae infatti origine da rapporti di tipo proprietario, e sebbene si esprima in forme giuridicamente non invasive, come condizionalità, *out-put oriented standard* e *procedural compliance*, risulta comunque in grado di incidere in modo consistente sull'attività degli enti che fanno parte del *network*». Sul potere di coordinamento esercitato dall'impresa committente si vedano anche: J. Bair, *The Corporation and The Global Value Chain*, in G. Baars, A. Spicer (a cura di), *The Corporation. A Critical, Multi-Disciplinary Handbook*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 960 ss.; M.P. Dallas, S. Ponte, T.J. Sturgeon, *Power in global value chains*, in *Review of International Political Economy*, vol. 26, n. 4, 2019, p. 666 ss. Sulle tecniche legali attraverso cui le committenti esercitano il potere di coordinamento cfr. D. Danielsen, *How corporations govern: taking corporate power seriously in transnational regulation and governance*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 46, n. 2, 2005, p. 413 ss.

[43] Si veda l'indagine della Confederazione europea dei sindacati (CES), confluite nel rapporto S. Borelli, G. Frosecchi, A. Gumán Hernandez, A. Loffredo, G. Orlandini e A. Riesco Sanz, *Securiting workers' rights in subcontracting chains. Case studies*, reperibile al sul sito internet *https://etuc.org*, che ricostruisce alcuni casi emblematici di sfruttamento dei lavoratori nelle GVC's nei settori delle costruzioni (con ricostruzione del caso Rive Gauche e Racing Arena); dell'alimentare (con i casi Italpizza e Bogus cooperatives) e della moda (con il caso HeM).

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

la competizione globale sui costi di produzione, che spinge le imprese al c.d. *forum shopping* e, quindi, a delocalizzare i propri processi produttivi in Paesi con normative meno rigide; a ciò si aggiungono la debolezza dei sistemi di tutela del lavoro e l'asimmetria di potere contrattuale tra *lead firm* e propri fornitori[44], che generano condizioni di sfruttamento, salari inadeguati e precarietà lavorativa.

Uno degli episodi più significativi che ha posto l'attenzione sulle condizioni di lavoro (nel caso specifico, in termini di salute e sicurezza dei luoghi di lavoro) lungo la catena di fornitura imprese transfrontaliere riguarda il crollo il 24 aprile 2013 della fabbrica di Rana Plaza, a Dahaka in Bangladesh, che ha portato alla morte di più di mille persone e al ferimento di altre duemila persone. L'edificio era adibito a fabbrica di tessuti per le più grandi multinazionali nel settore tessile e dell'abbigliamento, tra cui la società *Benetton*[45].

O, sempre per il settore moda, si pensi allo sfruttamento del lavoro, anche minorile, dell'industria del *Fast Fashion* (con i casi *H&M*, *Shein* e *Zara*).

Anche in Italia, come in tutti gli altri Paesi industrializzati, si è registrata una crescente diffusione di imprese che operano oltre i confini nazionali. Sulla base di un rapporto redatto da ISTAT, pubblicato nel 2022, relativo all'anno 2020, le multinazionali a controllo estero attive in Italia, provenienti da 107 paesi, sono 15.631[46]; mentre la presenza di multinazionali italiane all'estero si concretizza in 24.103 controllate[47].

[44] M. Fasciglione, *Impresa e diritti umani*, cit., p. 6 ss., evidenzia come «*lead firm* e i suoi fornitori, diretti e indiretti, operano solo formalmente in condizioni di parità ed autonomia; in pratica, invece, attraverso le condizioni ed i termini contrattuali la *lead firm* è in grado di esercitare sui fornitori e subappaltatori affidatari della realizzazione del prodotto o del servizio, un rilevante potere di direzione e coordinamento»; nello stesso senso: V. Brino, *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 23; O. Martin-Ortega, *Human Rights Violations in Global Supply Chains: Acknowledging and Addressing Systemic Abuses*, in Bhuiyan, Md Jahid Hossain e Islam M. Rafiqul (a cura di), *Business, Human Rights and Sustainble Development. International Studies in Human Rights*, Brill/Nijhoff - Koninklijke Brill BV, Leiden, The Netherlands, 2024, p. 247; O. Outhwaite, O. Martin-Ortega, *Worer-driven monitoring - Redefining supply chain monitoring to improve labour rights in global supply chain*, in *Competition and Change*, 23, n. 4, 2019, p. 378 ss.

[45] S. Butler, *Bangladeshi factory deaths spark action among high-street clothing chains*, in *The Observer*, 23 giugno 2013.

[46] Rapporto ISTAT del 15 novembre 2022, *Struttura e competitività delle imprese multinazionali. Anno 2020*, consultabile sul sito web dell'Istituto.

[47] Per quanto concerne la localizzazione delle imprese italiane all'estero nel rapporto Istat citato viene sottolineato come «La presenza delle multinazionali italiane all'estero è diffusa e diversificata (175 paesi) tanto nell'industria quanto nei servizi. L'Unione europea si conferma anche la principale area di localizzazione delle multinazionali italiane all'estero, con il 47,5% delle imprese, il 40,0% degli addetti e il 47,9% del fatturato. Segue l'Asia con il 13,0% delle imprese, il 14,5% degli addetti e il 9,0% del fatturato.

I primi dieci paesi di residenza delle controllate italiane per numero di addetti assor-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Da ultimo, merita in questa sede di essere richiamato uno studio statistico[48], pubblicato nel maggio 2008 e commissionato dal Rappresentante Speciale delle Nazioni Unite per Business e Diritti Umani, che ha analizzato i dati forniti dal *Business and Human Rights Resource Center* (BHRRC) relativi all'attività di imprese in 180 Paesi, classificando le tipologie di violazioni dei diritti umani commesse dalle multinazionali. Dall'indagine è emerso che il 45% delle vittime riguarda direttamente i lavoratori delle imprese multinazionali[49] coinvolte, con violazioni concentrate principalmente sui loro diritti fondamentali: il diritto al lavoro, a una remunerazione adeguata, a un ambiente di lavoro sicuro e al riposo[50]. Particolarmente significativo è il dato relativo ai cosiddetti *indirect cases*: la maggior parte delle violazioni non deriva da condotte dirette delle multinazionali, ma è riconducibile ad azioni di fornitori e subfornitori. Ciò dimostra come, anche a livello internazionale, le esternalizzazioni e le catene di subfornitura rappresentino un fattore cruciale nel generare e perpetuare lo sfruttamento dei lavoratori, confermando che la frammentazione organizzativa costituisce un elemento strutturale capace di ostacolare l'efficace tutela dei diritti del lavoro.

4. Le forme più recenti di sfruttamento del lavoro, sia a livello nazionale sia internazionale, mostrano come i processi di esternalizzazione e frammentazione produttiva possano costituire fattori criminogeni. La delocalizzazione delle fasi produttive e la distribuzione delle responsabilità tra soggetti formalmente distinti, ma economicamente interconnessi, favoriscono l'elusione degli obblighi legali e la compressione dei diritti dei lavoratori lungo l'intera filiera.

bono il 59,8% delle imprese, il 61,7% degli addetti e il 70,1% del fatturato. Gli Stati Uniti conservano il primato anche come principale paese di localizzazione degli investimenti italiani all'estero per le attività industriali (quasi 158 mila addetti), seguiti da Romania (oltre 82mila), Brasile (oltre 75mila) e Cina (oltre 69mila). Per il settore dei servizi al primo posto figura il Brasile (oltre 71mila addetti), seguito da Spagna (quasi 66mila) e Germania (quasi 63mila).»; cfr. Rapporto ISTAT, *Struttura e competitività delle imprese multinazionali. Anno 2020*, cit., p. 4.

[48] United Nations, *Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of Human rights and Transnational corporation. A Survey of the Scope and patterns of alleged corporate related human rights abuse*, U.N. doc. n. A/HRC/8/5/Add.2, 23 maggio 2008, reperibile sul sito internet delle Nazioni Unite.

[49] *Ibid*., p. 14.

[50] Nel rapporto vengono elencati tutti i diritti dei lavoratori che vengono sistematicamente violati dall'attività delle multinazionali; in particolare: freedom of association, right to organize and paticipate in collective bargaining, right to non discrimination, abolition of slavery and forced labor, abolition of child labor, right to work, right to equal pay for equal work, right to equality at work, right to just and favourable remuneration; right to a safe work environment, right to rest and leisure, right to family life.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Come già osservato in Italia il sistema di appalti e subappalti rappresenta un contesto privilegiato per osservare queste dinamiche. L'impiego di imprese intermediarie trasferisce progressivamente oneri e garanzie lavoristiche lungo la catena produttiva, rendendo difficile individuare il responsabile della tutela dei lavoratori. Nei settori più esposti – logistica, agricoltura, edilizia e moda – la pressione economica dei committenti spinge le imprese appaltatrici e subappaltatrici a comprimere i costi attraverso pratiche che aggirano la normativa, generando fenomeni quali lavoro irregolare, sottoccupazione, omissione contributiva e, nei casi più gravi, vero e proprio sfruttamento.

Questa frammentazione delle responsabilità si ripropone nelle filiere internazionali. Le multinazionali e, più in generale le imprese transfrontaliere, attraverso catene di fornitura complesse e la delocalizzazione delle fasi *labor-intensive* in Paesi con legislazioni più permissive e costi del lavoro inferiori, favoriscono condizioni di lavoro degradanti: salari sotto il minimo vitale, orari eccessivi, mancanza di tutele previdenziali e sindacali, ambienti di lavoro insicuri. Pur definendo *standard* produttivi e obiettivi di efficienza, i committenti principali restano formalmente estranei agli abusi, esternalizzando responsabilità e costi derivanti dalle violazioni dei diritti dei lavoratori.

Un secondo punto di convergenza tra le dinamiche nazionali e internazionali dello sfruttamento lavorativo si individua nella crescente attenzione verso strumenti di prevenzione e di *governance* aziendale, che assegnano alle imprese un ruolo attivo nel contrasto allo sfruttamento lavorativo al fenomeno. L'esperienza applicativa evidenzia, infatti, i limiti insiti in un approccio esclusivamente repressivo: un intervento che si collochi *ex post*, ossia successivamente al verificarsi del danno in capo ai lavoratori e alla consumazione delle condotte illecite, non risulta idoneo né a incidere sugli assetti organizzativi dell'impresa né a prevenire la reiterazione delle violazioni. Tale criticità emerge con particolare evidenza nell'ambito delle catene globali del valore, ove fenomeni di sfruttamento tendono a concentrarsi in ordinamenti che, per ragioni di natura economica o per carenze del quadro normativo, ne consentono la perdurante diffusione, rendendo inefficace ogni forma di intervento repressivo.

In tale prospettiva, la prassi giurisprudenziale nazionale recente evidenzia come, anche in situazioni in cui sarebbe teoricamente possibile perseguire penalmente i responsabili – ad esempio riconoscendo il dolo eventuale in capo agli amministratori della committente, quando sussistono elementi che dimostrano la loro consapevolezza delle condizioni di sfruttamento lungo la catena produttiva[51] – si privilegi invece l'impiego di

[51] Per approfondimenti si rinvia a L. Bin, *L'azienda che sfrutta a sua insaputa: il paradosso dell'amministrazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. 3, 2024, p. 489 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

strumenti di natura preventiva, quali l'amministrazione giudiziaria nei casi più gravi di sfruttamento, spesso connessi a fenomeni di esternalizzazione e frammentazione della filiera. Tali misure sono finalizzate a promuovere, presso le imprese committenti, l'adozione di modelli organizzativi *ex* d.lgs. 231/2001 e di efficaci strumenti di *compliance*, incidendo direttamente sulla struttura dell'impresa e riducendo il rischio di reiterazione delle violazioni.

Specularmente, sul piano internazionale, la globalizzazione del mercato del lavoro ha evidenziato l'impossibilità per i singoli Stati di garantire il rispetto dei diritti umani lungo catene di fornitura complesse e transnazionali. Ne è derivata l'introduzione di obblighi giuridicamente vincolanti per le imprese, volti a identificare, gestire e ridurre i rischi di impatti negativi sui diritti umani, compresi quelli dei lavoratori. Tali strumenti si inseriscono in un modello di corresponsabilità tra Stato e imprese, che sposta l'attenzione dalla repressione a valle alla prevenzione a monte, attraverso misure organizzative e processi di *due diligence*.

Per molti anni, sul piano internazionale, la regolamentazione del binomio *business-human rights* è stata affidata esclusivamente a strumenti di *soft law*, tra cui si ricordano i Principi Guida delle Nazioni Unite su Impresa e Diritti Umani (2011)[52]. Tali strumenti, pur delineando obblighi morali e linee guida per le imprese, non prevedevano meccanismi di *enforcement* vincolanti e si sono rivelati insufficienti, poiché fondati sulla buona volontà delle società, inevitabilmente condizionate dalla logica del profitto, e incapaci di garantire un'effettiva tutela dei diritti dei lavoratori.

Il fallimento di tale approccio ha spinto diversi Paesi – come Francia e Germania[53] – a introdurre normative vincolanti che impongono obblighi

[52] HRC, Risoluzione 17/4. *Human rights and transnational corporations and other business enterprises*, UN Doc. A/HRC/RES/17/4, del 6 luglio 2011. I Principi Guida erano allegati al rapporto conclusivo del Rappresentante speciale: HRC, *Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, UN Doc. A/HRC/17/31, del 21 marzo 2011. A commento dei Principi Guida cfr., *ex multis*, M. FASCIGLIONE, *Per uno studio dei Principi Guida ONU su imprese e diritti umani,* in *I Principi Guida su Imprese e Diritti Umani. Traduzione a cura e con un saggio di Marco Fasciglione*, Cnr Edizioni, Roma, 2020, p. 49 ss.

[53] Il riferimento è alla Legge tedesca sulla *due diligence* obbligatoria in materia di diritti umani nella *supply chain* (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz - LkSG*). Della traduzione italiana della legge si è curato L. Nogler, *Traduzione dal tedesco della Legge sugli obblighi di cura nelle catene di approvvigionamento e della sentenza KiK del Tribunale di Dortmund*, cit., p. 177 ss. Per un'analisi della Legge tedesca si rinvia nella dottrina italiana, *ex multis*, a: F. Pistelli, *Obblighi di cura e responsabilità nella legge tedesca sulle catene di fornitura (LkSG)*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 4, 2024, p. 1030 ss.; L. Nogler, *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz: perchè è nata e quali sono i suoi principali contenuti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., vol. 44, n. 1, 2022, pp. 1-37. Inoltre, alle legge francese: *Loi No 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des enterprises donneuses*

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

di *due diligence* sull'intera catena di fornitura delle grandi imprese attive nel loro territorio. L'Italia, al contrario, non dispone ancora di strumenti equivalenti. Il d.lgs. 231/2001, pur rappresentando un modello strutturato di responsabilità degli enti, mostra limiti significativi rispetto alla prevenzione delle forme transnazionali di sfruttamento: è concepito per enti singolarmente considerati, le condizioni giurisprudenziali per estendere la responsabilità all'interno di gruppi societari sono molto restrittive e la sua applicazione è limitata sul piano territoriale, circoscrivendone fortemente l'efficacia rispetto a fenomeni che si sviluppano lungo catene produttive internazionali.

5. L'analisi dello sfruttamento del lavoro, inteso come manifestazione della responsabilità d'impresa, mette in luce i limiti di un approccio basato unicamente sulla repressione. Il diritto penale interviene infatti quando il danno si è già concretizzato: i lavoratori sono stati sfruttati, le società di comodo spesso fallite e le responsabilità si sono disperse lungo la filiera. Agire soltanto a posteriori non permette di incidere sulle logiche economiche e organizzative che rendono possibile lo sfruttamento, concentrandosi esclusivamente su singole condotte patologiche senza affrontare le cause strutturali del fenomeno.

Per questo motivo, come si è già rilevato, l'attenzione si sta progressivamente spostando verso una prospettiva preventiva. La prevenzione richiede un vero e proprio mutamento di paradigma: la committente non può più essere considerata un soggetto estraneo o marginale rispetto al rischio, ma deve assumere un ruolo centrale nel governo dell'organizzazione produttiva, diventando destinataria primaria di obblighi di controllo, di gestione del rischio e di *compliance*.

Come si è evidenziato nel corso della trattazione, questa tendenza è ormai consolidata anche nella prassi nazionale, dove strumenti come l'amministrazione giudiziaria mirano a stimolare l'adozione di assetti organizzativi adeguati, trasformando l'impresa da parte del problema a parte della soluzione. Una tendenza analoga emerge anche sul piano internazionale, dove la tutela effettiva dei lavoratori richiede l'imposizione di obblighi vincolanti di *due diligence* alle committenti, estesi all'intera filiera, in modo da rendere le imprese corresponsabili nella prevenzione delle violazioni dei diritti umani e del lavoro.

d'ordre, JORF n° 0074 *du 28 mars 2017*. Per un commento alla Legge cfr., *ex multis*: T. Beau De Loméine, S. Cossart e P. Morrow, *From Human Rights Due Diligence to Duty of Vigilance: Taking the French Example to the EU level,* in A. Bonfanti (a cura di), *Business and Human Rights in Europe*, Routledge, 2019, p. 133 ss.; S. Cossart, J. Chaplier e T.B. De Loménie, *The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All,* in *Business and Human Rights Journal*, vo. 2, Issue 2, 2017, p. 317 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

È in questo quadro che si inseriscono le potenzialità offerte dalla *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD)[54], adottata nel luglio 2024, dopo un lungo processo di elaborazione a livello europeo. La direttiva, imponendo alle grandi imprese europee ed extraeuropee attive nel mercato dell'Unione di individuare, prevenire e ridurre gli impatti negativi sui diritti umani – compresi quelli dei lavoratori – e sull'ambiente, derivanti dalle proprie attività o da quelle dei *partner* commerciali lungo la filiera, costituisce, a parere di chi scrive, uno strumento capace di rafforzare la responsabilità aziendale. Essa traduce in obblighi giuridicamente vincolanti i principi di *due diligence* e di prevenzione delle violazioni dei diritti umani e del lavoro, già presenti nelle prassi nazionali e internazionali.

In particolare, la CSDDD, nella sua versione attuale (risultante dalle semplificazioni introdotte dalla Direttiva (UE) 2026/470, che recepisce il cosiddetto Pacchetto Omnibus I ed entrata in vigore il 18 marzo 2026[55]), impone alle grandi imprese europee – con almeno 5.000 dipendenti e un fatturato di almeno 1,5 miliardi di euro – di integrare la *due diligence* nei propri processi interni. Le imprese sono quindi chiamate a valutare e prevenire gli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente, istituire meccanismi di reclamo e monitorare periodicamente l'efficacia delle misure adottate.

Gli obblighi, attualmente, si estendono esclusivamente ai *partner* commerciali diretti (e non anche ai *partner* indiretti, come la versione originaria della Direttiva aveva previsto), comprese le PMI al di fuori dell'UE, e prevede che la committente possa supportare economicamente l'adeguamento dei *partner* commerciali ai requisiti di sostenibilità; le clausole contrattuali sono, in ogni caso, individuate come lo strumento privilegiato per garantire il rispetto dei requisiti di sostenibilità, imponendo ai *partner* commerciali

[54] Direttiva (UE) 2024/1760 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859. Tra i principali contributi di analisi del contenuto della direttiva si vedano: A. Bonfanti, *Corporate Sustainability Due Diligence Directive: A Human Rights-Based Assessment*, in *Riv. comm. int.*, 2024, 4, p. 857 ss.; N. Bueno, N. Bernaz, G. Holly e O. Martin-Ortega, *The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise*, in *Business and Human Rights Journal*, vol. 9, Issue 2, 2024, p. 294 ss.; E. Kojo Nartey, *Addressing Corporate Human Rights Violations and Environmental Harm: Advancing a Holistic Remedial Framework through Tort Law and the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD),* in *Athens Journal of Law*, 2024, p. 1 ss.; A. Schall, *The CSDDD: Good Law or Bad Law?*, in *European Company Law*, 2024, p. 56 ss.; M. Thorens, N. Bernaz e O. Hospes, *Advocating for the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Against the Odds: Strategies and Legitimation*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 63, Issue 2, 2024, p. 606 ss.

[55] Direttiva (Ue) 2026/470 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 febbraio 2026 che modifica le direttive 2006/43/Ce, 2013/34/Ue, (Ue) 2022/2464 e (Ue) 2024/1760 per quanto riguarda taluni obblighi relativi alla rendicontazione societaria di sostenibilità e taluni obblighi relativi al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

specifici obblighi di condotta. In tal modo, la direttiva assume un ruolo centrale non solo per le imprese direttamente soggette agli obblighi, ma per l'intera filiera produttiva: le grandi società devono assicurare che controllate e *partner* rispettino *standard* di sostenibilità e codici di condotta. Ne deriva un meccanismo "a cascata" secondo cui anche le PMI – pur non rientrando formalmente nell'ambito soggettivo della direttiva – sono indirettamente indotte ad adeguarsi qualora intendano intrattenere rapporti commerciali con imprese soggette alla normativa, siano esse europee o di Paesi terzi. Così, la portata della disciplina si estende lungo tutta la catena del valore, rafforzando il principio di responsabilità condivisa.

La direttiva ha introdotto anche strumenti di *enforcement*: ogni Stato membro è tenuto a istituire un'autorità di vigilanza dotata di poteri ispettivi e di indagine, in grado di imporre sanzioni fino al 3% del fatturato mondiale netto, coordinate a livello europeo per garantire uniformità e coerenza nell'applicazione delle norme.

Nella sua formulazione originaria, la CSDDD aveva una portata dirompente: per la prima volta, il paradigma della *due diligence* sui diritti umani assumeva carattere giuridicamente vincolante lungo l'intera filiera, estendendo gli obblighi non solo all'impresa capofila, ma anche ai *partner* commerciali diretti e indiretti, nonché alle controllate, inclusi soggetti extraeuropei. L'obiettivo era favorire un'armonizzazione normativa e diffondere una cultura della *compliance* su scala globale. Le modifiche introdotte dal Pacchetto Omnibus I, tuttavia, ne hanno ridimensionato l'ambizione. Oltre all'innalzamento delle soglie di applicazione soggettiva, l'obbligo di *due diligence* è stato limitato ai fornitori diretti, escludendo quelli indiretti. Ciò ha indebolito l'efficacia preventiva della normativa e può comprimere la tutela dei lavoratori nelle filiere transnazionali più complesse.

Di conseguenza, alla luce di questi ridimensionamenti, il rafforzamento effettivo della protezione dei lavoratori e dell'ambiente rimane oggi largamente affidato all'azione dei legislatori nazionali. L'efficacia della nuova disciplina dipenderà, in particolare, dalla sua concreta implementazione nei singoli ordinamenti e, con specifico riferimento all'Italia, dalla capacità di coordinarla con gli strumenti di *compliance* già esistenti. In tale prospettiva, la sfida principale consisterà nell'attuare la direttiva in modo coerente, integrandola con il d.lgs. 231/2001, così da colmare le lacune derivanti dalla riduzione del perimetro applicativo europeo. A tal proposito, è fondamentale sottolineare che la CSDDD non dovrebbe essere intesa come una duplicazione del sistema 231: sebbene vi siano punti di convergenza, come l'adozione di processi di *risk assessment* e *risk management*, le due discipline seguono logiche differenti[56].

[56] Per un raffronto tra sistema di *compliance* delineato dal d.lgs. 231/01 in ottica di tutela dei lavoratori e sistema di *due diligence* delineato dalla CSDDD, sia consentito il rinvio a P. Brambilla, *Sfruttamento lavorativo, attività d'impresa e compliance*, cit., p. 412 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Il d.lgs. 231 si fonda su una logica di *failure to prevent*, applicando sanzioni solo dopo il verificarsi di un reato presupposto (tra cui figura quello di sfruttamento lavorativo *ex* art. 603 *bis* c.p.), e interviene quindi a posteriori. La CSDDD, invece, adotta una logica di *failure to comply*, più anticipatoria: impone obblighi di *due diligence* lungo tutta la filiera e prevede sanzioni anche in assenza di violazioni concrete, per il mero mancato adeguamento da parte delle imprese destinatarie agli obblighi in essa previsti. Ne deriva che un approccio integrato potrebbe rivelarsi particolarmente efficace, con la CSDDD che rafforza la prevenzione e la corresponsabilizzazione lungo l'intera filiera, garantendo una tutela anticipata dei diritti dei lavoratori e dell'ambiente.

Per concludere, in un mercato caratterizzato da dinamiche complesse e interconnesse, la lotta contro il lavoro forzato, minorile e le altre gravi forme di sfruttamento non può essere affrontata efficacemente adottando approcci eminentemente repressivi. In questo contesto, le grandi *corporation* svolgono un duplice ruolo: possono alimentare pratiche di sfruttamento, ma, se dotate di adeguate strutture interne, rappresentano anche strumenti fondamentali di prevenzione e controllo. Da qui deriva l'importanza cruciale di rafforzare la *compliance* preventiva, coinvolgendo attivamente gli enti collettivi e le imprese. Per garantire l'efficacia di questo modello di responsabilità condivisa tra Stato e imprese, è indispensabile che le condotte richieste a queste ultime siano realmente esigibili. Ciò implica, tra l'altro, la necessità di regolamentare e, dove possibile, accorciare le catene di fornitura, consentendo alle grandi imprese di monitorare concretamente le pratiche dei fornitori e le condizioni dei lavoratori. Solo così si potrà evitare il rischio di una *compliance* puramente «formale» o «estetica» e assicurare che la futura normativa sulla *due diligence* produca effetti concreti nella prevenzione delle violazioni dei diritti dei lavoratori lungo l'intera filiera produttiva.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Giuseppe Di Vetta

Il contrasto della *modern slavery* nelle catene globali del valore nella prospettiva del «diritto penale economico dei diritti umani»

Sommario: 1. Introduzione: *modern slavery* e catene globali del valore. – 2. La prospettiva del «diritto penale economico dei diritti umani». – 3. L'impunità degli attori societari per le pratiche di *modern slavery*. - 3.1. Le ragioni dell'«impunity gap»: il pluralismo spaziale. - 3.2. Le questioni di diritto applicabile nello scenario multinormativo delle catene del valore. - 3.3. Le dinamiche di «capital boundary» nel contesto delle catene del valore. - 3.4. Il «diritto penale economico dei diritti umani» come prospettiva evolutiva della «Corporate Social Responsibility». – 4. Il modello delle «transnational due diligence laws» (TDDLs): l'approccio alla «jurisdiction to prescribe». - 4.1. La proiezione transnazionale del dovere di *due diligence*. - 4.2. Le potenzialità della «due diligence» come parametro di responsabilità dei soggetti societari. – 5. La «Corporate Sustainability Due Diligence Directive» e il sistema punitivo di *enforcement*. - 5.1. Il modello di responsabilità della persona giuridica basato sul "failure to prevent". - 5.2. Struttura e potenzialità del modello del "failure to prevent". - 5.3. Il modello di responsabilità delle persone giuridiche delineato dalla CSDDD.

1. Il fenomeno della *modern slavery* (MS), nelle sue diverse espressioni[1], è associato alle dinamiche economiche e di produzione che si svolgono nelle catene globali del valore. I dati evidenziano come ancora nel 2023 circa ventotto milioni di persone fanno esperienza quotidiana di condizioni o situazioni che sono riconducibili alla *modern slavery*, secondo gli indicatori e le definizioni accreditate a livello internazionale. Dodici milioni sono minori di età[2]. La distribuzione geografica del fenomeno segue, nella maggior parte dei casi, a prescindere dai settori, le dinamiche centro-periferia, che spiegano anche il modo in cui si organizza la produzione globale lungo le catene del valore. Secondo Walk Free[3], gli Stati del G20 consumano e

[1] «Modern slavery» è infatti un «umbrella concept» e, in questi termini, è generalmente impiegato per es. nella reportistica e nei documenti internazionali; in tema, cfr. H. Shamir, B. Arora, S. Banerjee, T. Barkay, *Introduction*, in H. Shamir, B. Arora, S. Banerjee, T. Barkay (a cura di), *Modern Slavery and the Governance of Global Value Chains*. *Development Trajectories in Global Value Chains.* Cambridge, 2025, p. 22; da una prospettiva penalistica, sviluppa questo profilo M.G. Brancati, *Sfruttamento del lavoro e sistema penale integrato,* Torino, 2025, p. 27 ss.

[2] Cfr. Walk Free, *The global slavery index 2023*, *Minderoo Foundation*, 2023, consultabile su: *www.walkfree.org/global-slavery-index* (ultimo accesso: 31 marzo 2026).

[3] Cfr. Walk Free, *The global slavery index 2023*, *Minderoo Foundation*, 2023, cit.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

commerciano una quota sensibilmente significativa di beni e servizi prodotti attraverso pratiche di MS. La crescente interconnessione economica alimenta il fenomeno e crea nuovi rischi di sfruttamento dei lavoratori e delle lavoratrici, anche minori; le pratiche si diffondono in modo trasversale in molteplici settori, anche non tradizionali, come in particolare nel contesto della catena del valore digitale, anch'essa esposta a specifici rischi di *modern slavery*. Le società che hanno un'operatività transnazionale e sono spesso "stabilite" nei Paesi del G20 o ad esse prevalentemente collegate conoscono i rischi di *modern slavery* associati alle operazioni di acquisto di beni e servizi dai Paesi dove la manodopera è a basso costo, i livelli di tutela giuridica inferiori e i quadri istituzionali risultano più deboli, soprattutto in rapporto alle attività di *enforcement*. Le catene del valore sono infatti caratterizzate da condizioni sociali ed economiche di vulnerabilità che consentono di spiegare la diffusione e lo sviluppo del fenomeno della MS[4]. Queste condizioni non hanno soltanto a che fare con l'assenza di quadri giuridici e apparati di *enforcement* in grado di assicurare la protezione dei diritti umani, compreso il diritto ad un'esistenza libera dallo sfruttamento e da pratiche che pregiudicano il godimento di quei diritti e, in ultima analisi, la dignità della persona umana.

In letteratura, le opinioni convergono nel valutare come gli approcci sinora sperimentati per la prevenzione del fenomeno non abbiano raggiunto i risultati attesi, come le evidenze e i dati dimostrano. Le strategie regolatorie di tipo volontario, come la «corporate social responsibility» (CSR)[5], e le iniziative legislative, in particolare nazionali, basate su meccanismi «market-driven» di *disclosure*, come le «transparency laws», non sono considerate in grado di modificare l'approccio organizzativo delle società transnazionali al fenomeno in esame[6]; né tanto meno questi modelli hanno inciso realmente sulle condizioni di vulnerabilità, associate alle catene del valore, che agevolano diffusione e consolidamento delle pratiche di MS.

La criminalizzazione delle differenti forme in cui il fenomeno si manifesta

[4] Cfr. J. Fudge, *Constructing Modern Slavery. Law, Capitalism, and Unfree Labour*, Cambridge, 2024, *passim*.

[5] Cfr. R. Locke, *The promise and limits of private power: promoting labor standards in a global economy*. Cambridge, 2013, p. 122 ss.

[6] Con particolare riferimento alle «transparency laws», cfr. J. Ford, J. Nolan, *Regulating transparency on human rights and modern slavery in corporate supply chains: the discrepancy between human rights due diligence and the social audit*, in Australian Journal of Human Rights, 2020, p. 27 ss.; K.L. Christ, R.L. Burritt, S. Schaltegger, *Accounting for work conditions from modern slavery to decent work*, in *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 2020, p. 1481 ss.; D. Hess, *The transparency trap: Non-financial disclosure and the responsibility of business to respect human rights,* in *American Business Law Journal*, 2019, p. 5 ss.; G. LeBaron, N. Howard, C. Thibos, P. Kyritsis, *Confronting Root Causes: Forced Labour in Global Supply Chains*. OpenDemocracy, 2018, consultabile su *https://tinyurl.com/tabzn4yf* (ultimo accesso: 31 marzo 2026).

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ha storicamente rappresentato la strategia principale di contrasto e prevenzione, condivisa nell'agenda internazionale e intrapresa dai singoli Stati, nei rispettivi sistemi giuridici, tramite il ricorso al diritto penale[7]. Si tratta infatti di un campo di materia caratterizzato da imponenti processi di legalizzazione «internazionale» della risposta penale al fenomeno. Alla radice della scarsa effettività del diritto penale, in questo ambito, ci sono ragioni di vario ordine, che rimandano in modo particolare al carattere sostanzialmente «cross-border» delle fenomenologie della MS, apprezzabile sia da un punto di vista "territoriale", sia sul piano in senso ampio normativo; al peculiare grado di complessità delle strutture societarie ed economiche in cui si articolano le catene del valore e a cui risultano associate le forme sistematiche di sfruttamento di persone vulnerabili, come ad esempio donne, minori di età e migranti; ancora, alla capacità delle società transnazionali, che operano in quei contesti, di sottrarsi ai processi legali di «accountability».

In un tale scenario, si affermano soluzioni e approcci innovativi, che tentano di superare i limiti e le criticità che privano di effettività le strategie sinora sperimentate. Da quest'angolo visuale, come si avrà modo di illustrare in questo capitolo, le «due diligence laws»[8] aspirano a rappresentare una risposta inedita al tema della prevenzione del fenomeno della *modern slavery*: esse promuovono, infatti, un modello di «governance» della catena del valore che si realizza attraverso il coinvolgimento calibrato degli attori societari[9]. A questo disegno di regolazione della catena contribuisce in modo cruciale il diritto punitivo o penale rivolto alle persone giuridiche[10].

2. Nello scenario appena tracciato, assume particolare significato la direttiva dell'Unione europea in materia di «corporate sustainability due diligence» («CSDDD»)[11]. Questa prevede, infatti, un sistema di *public enfor-*

[7] Cfr. A. Lucifora, *Lo sfruttamento del lavoro. La costruzione del "tipo" tra istanze di determinatezza e obblighi sovranazionali di tutela,* Torino, 2024, p. 31 ss.

[8] Cfr. in tema P. Brambilla, *Sfruttamento lavorativo, attività di impresa e* compliance, Torino, 2025, p. 319 ss.

[9] Cfr. G. Sarfaty, *Translating Modern Slavery into Management Practice*, in *Law and Social Inquiry*, 2020, p. 1045 ss.

[10] In tema, v. Landau I, Marshall S., *Will Remedy Remain Rare? The Potential of Mandatory Human Rights Due Diligence to Redress Modern Slavery*, in Shamir H, Arora B, Banerjee S, Barkayt (a cura di), *Modern Slavery and the Governance of Global Value Chains. Development Trajectories in Global Value Chains,* cit., p. 26 ss.

[11] Cfr. Direttiva (UE) 2024/1760 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859; per un inquadramento generale, si rinvia ai commenti di: A. Bonfanti, *Corporate Sustainability Due Diligence Directive: A Human Rights-Based Assessment*, in *Rivista del commercio internazionale*, 2024, p. 857; Borzaga, Mussi, *Luci e ombre della recente proposta di direttiva relativa al dovere di due diligence delle imprese in materia di sostenibilità*, in *Lavoro e diritto*, *Rivista trimestrale*, 2023, p. 495;

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

cement (art. 27), di natura chiaramente punitiva, affidato in primo luogo a sanzioni di tipo pecuniario, che siano effettive, proporzionate e dissuasive, in relazione alle inosservanze degli obblighi di *due diligence*.

L'opzione di ricorrere a questo modello di «corporate liability», caratterizzato dal ricorso ad un apparato punitivo, è coerente con la tendenza che si osserva in altri ordinamenti e, in modo particolare, in quelli europei, dove sono state adottate discipline che anticipano il recepimento della direttiva o hanno avviato l'*iter* a tal fine necessario[12].

L'impostazione della direttiva – come si dirà – risulta ancora più significativa alla luce dell'importante proposta di semplificazione del quadro europeo in tema di sostenibilità (c.d. pacchetto «Omnibus»[13]), di recente approvata, che modifica aspetti cruciali della «CSDDD», tra cui in particolare la previsione di una regola armonizzata di responsabilità civile per le imprese destinatarie degli obblighi di *due diligence*.

Il ridimensionamento del fronte di tutela civile per i danni conseguenti all'omessa prevenzione degli impatti avversi per i diritti umani, ivi compresi i diritti fondamentali della persona «at work», ha un'immediata implicazione di portata sistematica: mentre la tutela risarcitoria è recessiva, perché se ne abbandona qualsiasi aspirazione di armonizzazione a livello europeo, si affida al diritto punitivo delle persone giuridiche, come ad es. l'assetto di «corporate liability» tracciato dall'art. 27, per attuare il quadro europeo ed internazionale in materia di rispetto dei diritti umani e promozione del «decent work». Questo aspetto conferma la rilevanza che il diritto sanzionatorio punitivo, rivolto alle persone giuridiche, riveste nei meccanismi di «legal accountability» degli attori corporativi in relazione alle esternalità associate all'attività economica transnazionale.

Per inquadrare queste tendenze, la letteratura ricorre al modello del «diritto penale economico dei diritti umani»[14]. Con questa formula, non si in-

A. Bonfanti, M. Fasciglione, *La futura direttiva europea sulla corporate sustainability due diligence: un'introduzione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, p. 655.

[12] Il riferimento è ad esempio alla «Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz-G», cioè la legge adottata nella Repubblica Federale di Germania, che stabilisce obblighi di *due diligence* nel contesto della catena del valore: cfr. Guercini, *La legge tedesca sugli obblighi di due diligence nella supply chain* (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz - LkSG), in *Riv. dir. soc.*, 2, 2022, p. 391; ancora, «Loi no. 2017-399 du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre», in relazione alla quale cfr. Cossart, Chaplier, De Lemonie, *The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards making Globalization work for All*, in *Business and Human Rights Journal*, 2, 2017, p. 317.

[13] Cfr. «COM(2025) 81 final 2025/0045 (COD) Proposal for a directive of the Parliament and the of the Council amending Directives 2006/43/EC, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements».

[14] È la formula sviluppata da A. Nieto Martìn, *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo de los Derechos Humanos*, in *InDret*, 2020, p. 137.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dicano soltanto specifici campi di materia dove l'intervento penale è rivolto alla protezione dei diritti umani od opera come veicolo di attuazione dei programmi di sostenibilità, intesi alla luce dei complessi quadri regolatori, europei ed internazionali. Più a fondo, il concetto di «diritto penale dei diritti umani» designa forme di intervento a carattere punitivo che presentano un peculiare orientamento regolatorio[15] e riflessivo, che ne consente la proiezione applicativa negli scenari, come le catene del valore, in cui si svolge l'attività economica transnazionale. La tutela dei diritti umani e delle condizioni di dignità del lavoro, specie nei contesti della produzione globale, è perseguita attraverso articolate architetture di regolazione, in cui la sanzione punitiva, talvolta anche formalmente penale, è programmata per stimolare ed innescare, nelle organizzazioni societarie, processi di *compliance*. Più che punire l'inosservanza, questi assetti punitivi sono concepiti per incidere sul «corporate behaviour», ponendo le condizioni per un allineamento dell'organizzazione societaria agli interessi e ai programmi di tutela, di volta in volta rilevanti. In quest'ottica, il diritto punitivo aspira ad esprimere una capacità performativa particolarmente intensa, se si considerano le finalità di fondo che persegue: attivare, in ultima analisi, dinamiche riflessive di disciplina del «corporate body». L'allineamento del soggetto meta-individuale agli obiettivi di tutela, come la prevenzione delle forme di sfruttamento di lavoratrici e lavoratori, è realizzato secondo modalità innovative, che si distinguono nettamente dal «command and control (CAC)»: la sanzione punitiva è infatti inserita in complessi schemi di regolazione, per lo più ibridi, ed è calibrata in funzione dell'obiettivo di orientare le risorse di «self-regulation»[16] dell'attore corporativo[17].

[15] Cfr. N. Lacey, *Criminalisation as Regulation: The Role of Criminal Law*, in Parker (a cura di), *Regulating Law*, Oxford, 2004, p. 144; Ead., *Institutionalising Interpersonal Ideas in Law,* in *Modern Law Review*, 2025; L. Farmer, *Making the Modern Criminal Law*, Oxford, 2016; V. Chiao, *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, Oxford, 2018, p. 154; B. Ristroph, *Criminal Law as Public Ordering,* in *University of Toronto Law Journal (supplement 1),* 2020, p. 64; M. Hildebrandt, *Governance, Governmentality, Police, and Justice: A New Science of Police?*, in *Buffalo Law Review*, 58, 2008, p. 557; volendo, anche G. Di Vetta, Il *diritto penale nello scenario del post-regulatory State*, in *Pol. dir*., 2, 2022, p. 255.

[16] Cfr. C. Parker, *From Responsive Regulation to Ecological Compliance: Meta-Regulation and the Existential Challenge of Corporate Compliance*, in Van Rooij (a cura di), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge, 2021, p. 37; Haines, *Corporate Regulation: Beyond 'Punish or Persuade*, Oxford, 1997, p. 112 ss.; F. Centonze, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, in *An. giur. ec*., 2009, p. 219; D. Bianchi, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2022, p. 276 ss.

[17] Per queste prospettive, si vedano: J. Black, *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a "Post-Regulatory" World*, in *Current Legal Problems*, 2001, p. 103; Ead., *Constitutionalising Self-Regulation*, in *Modern Law Review*,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Come è stato ben posto in luce da Judy Fudge[18], lo scenario della «transnational labour governance» è caratterizzato da peculiari condizioni di pluralismo normativo[19]: esse rispecchiano articolate strategie di *regulation,* ibride o private[20], e coinvolgono molteplici attori, formali e informali, secondo moduli di tipo cooperativo, per lo più a carattere negoziale. Questi schemi di regolazione esprimono contenuti normativi autonomi e contribuiscono in modo essenziale a definire le aspettative di comportamento per gli attori societari, i quadri giuridici di riferimento per la regolamentazione dell'attività economica transnazionale e, in ultima analisi, le stesse agende regolatorie e gli obiettivi di tutela in materia di diritti umani e rispetto dei diritti dei lavoratori e delle lavoratrici.

In simili contesti, pertanto, le discipline punitive formali, ad es. domestiche, sperimentano variabili livelli di interazione con contenuti normativi, o giuridici *tout court*[21], che provengono da altri ordinamenti formali (territoriali, come quelli nazionali) oppure funzionali, come – per esemplificare – i regimi transnazionali privati o le iniziative «multistakeholders», a base contrattuale. Nella misura in cui stabiliscono *standard*, anche manageriali, «norme tecniche», regole di condotta e indicatori[22], questi regimi par-

1996, p. 24 ss.; C. Scott, *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, in Jordana, Levi-Faur (a cura di), *The Politcs of Regulation*, Oxford, p. 112 ss.; J. Braithwaite, P. Drahos, *Global Business Regulation*, Cambridge, 2000, p. 11.

[18] Cfr. J. Fudge, *Constructing Modern Slavery. Law, Capitalism, and Unfree Labour*, Cambridge, 2024, p. 13 ss.

[19] Cfr. G. Teubner, *"Global Bukowina": Legal Pluralism in the World Society*, in G. Teubner (a cura di), Global Law Without a State, Dartmouth, 1997, p. 3; P. Zumbansen, *Law and Legal Pluralism: Hybridity in Transnational Governance*, in P. Jurčys, P.F. Kjaer, R. Yatsunami, *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, Leiden, 2013, p. 49; Id., *Transnational Legal Pluralism*, in *Transnational Legal Theory*, 1, 2010, p. 148; Tamanaha, *A Reconstruction of Transnational Legal Pluralism and Law's Foundation*, in N. Krisch (a cura di), *Entangled Legalities beyond the State*, Cambridge, 2021, p. 449.

[20] Cfr. J. Braithwaite, P. Drahos, *Global Business Regulation*, Cambridge, 2000, p. 11; D. Levi-Faur, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 598, 2005, p. 12; M. Herberg, *Global Legal Pluralism and Interlegality: Environmental Self-Regulation in Multinational Enterprises as Global Law-Making*, in O. Dilling, M. Herberg, G. Winter (a cura di), *Responsible Business. Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Londra, 2008, p. 32.

[21] Cfr. R. Michaels, *The Re-Statement of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenges from Global Legal Pluralism*, in *Wayne Law Review*, 51, 2005, p. 1209; Id., *What Is Non-State Law? A Primer*, in M. Helfand (a cura di), *Negotiating State and Non-State Law*, Cambridge, 2015, p. 55; A. Fischer-Lescano, G. Teubner, *Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 999; N. Krisch, *Entangled legalities in the postnational space*, in *International Journal of Constitutional Law,* 2022, p. 476.

[22] In tema, v. K.E. Davis, B. Kingsbury, S. Engle Merry, *Source Indicators as a Technology of Global Governance,* in *Law & Society Review*, 2012, p. 71 ss.; S. Engle Merry, *Counting the Uncountable: Constructing Trafficking through Measurement*, in P. Koti-

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

tecipano ai processi transnazionali di «law-making»[23] che (ri)definiscono la portata sostanziale delle «global prohibition» in tema di «modern slavery» e, correlativamente, la latitudine dei (rischi) di impatti avversi e, in ultima analisi, il contenuto dei doveri di *due diligence* cui sono tenuti gli attori societari in questo ambito. L'applicazione in questi scenari delle discipline in tema di responsabilità penale di società, basate sulla «due diligence», solleva seri problemi di gestione delle situazioni di «cross-normativity»: queste si presentano soprattutto quando si tratta di stabilire, alla luce dei molteplici riferimenti normativi, applicabili e rilevanti nel caso di specie, il concreto parametro di conformità del comportamento organizzativo della persona giuridica ad esempio nella gestione dei rischi di «modern slavery», associati alle proprie attività o a quelle di autonomi soggetti societari, come i *partner* commerciali che operano nella rispettiva catena di fornitura.

A questo riguardo, è significativo osservare come la letteratura individui una delle cause strutturali di ineffettività delle iniziative di prevenzione e contrasto del fenomeno della *modern slavery*, soprattutto «legislation-based», nell'assenza di quadri normativi comuni e stabili che consentano di identificare, nell'ottica di un soggetto meta-individuale, natura e latitudine del rischio legale da gestire e prevenire e, di conseguenza, le misure appropriate e necessarie da adottare, in base alle singole circostanze. La dimensione «multijurisdictional» del fenomeno riduce sensibilmente l'effettività delle discipline di responsabilità delle società, specie se operative nel contesto di catene globali del valore, e rappresenta pertanto un ulteriore fattore strutturale di vulnerabilità per le lavoratrici e i lavoratori impiegati in tali ambiti. In questo senso, le legislazioni che ricorrono al concetto operativo di «due diligence», come si avrà modo di illustrare *infra*, possono rappresentare una valida soluzione al problema cui si è fatto cenno: il carattere multinormativo degli scenari in cui operano le società transnazionali non è solo un limite applicativo, ma rappresenta una condizione che può essere valorizzato quando si tratta di fissare il contenuto dell'aspettativa di conformità, rivolta al soggetto organizzativo. La *due diligence* è in grado di sintetizzare la complessa dimensione inter-legale in cui si muovono gli attori societari, simulando lo stesso approccio che tali soggetti adottano per elaborare i relativi assetti di *compliance*, specie per la prevenzione dei rischi di impatti avversi inerenti all'operatività propria o dei *partner* commerciali.

SWARAN (a cura di), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery*, Cambridge, 2017, p. 273 ss.

[23] In tema, E. AARONSON, G. SHAFFER, *Defining Crimes in a Global Age: Criminalization as a Transnational Legal Process*, in *Law & Social Inquiry*, 2020, p. 455; T.C. HALLIDAY, SHAFFER, *Transnational Legal Orders*, Cambridge, 2015, p. 3; G. SHAFFER, T.C. HALLIDAY, *With, Within, and Beyond the State: The Promise and Limits of Transnational Legal Ordering*, in P. ZUMBANSEN (a cura di), T*he Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford, 2021, p. 987.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Questo capitolo indaga il ruolo che le «due diligence laws» rivestono nella prevenzione dei fenomeni riconducibili al concetto plurivoco di *modern slavery*, concentrandosi, in modo particolare, sulle discipline in tema di «corporate (criminal) liability» che queste legislazioni contemplano; particolare attenzione è dedicata alla «CSDDD», in quanto modello paradigmatico di «due diligence law». Il capitolo procede con un'analisi preliminare del contesto delle catene globali del valore, cui sono associati elevati livelli di sfruttamento delle lavoratrici e dei lavoratori. Queste strutture della produzione globale sollevano ostacoli seri, di vario ordine, al processo di «accountability» giuridica delle società, a cui le legislazioni in esame tentano di offrire alcune soluzioni. Al fine di approfondirne le caratteristiche, queste leggi sono ricondotte al modello delle «transnational due diligence laws» (TDDLs): simile inquadramento consente di porre in luce il particolare approccio che le caratterizza con riferimento alla responsabilità societaria per la prevenzione di impatti avversi per i diritti umani, inclusa la tutela delle condizioni di dignità del lavoro. A tale modello di riferimento è riconducibile l'attuale direttiva europea in materia di «corporate sustainability due diligence». L'indagine si concentra quindi sulla CSDDD, esaminandone, più nel dettaglio, la disciplina sanzionatoria, a carattere punitivo, rivolta alle imprese, giuridicamente tenute ad adottare il processo di *due diligence* per mitigare, prevenire o rimediare al rischio che si verifichino situazioni di sfruttamento del lavoro, rilevanti in base alle fonti internazionali di riferimento. Il capitolo si conclude con una prospettiva sulla disciplina in materia di responsabilità da reato degli enti (decreto n. 231 del 2001), offrendo alcuni spunti preliminari sull'attuazione della direttiva nell'ordinamento interno, al fine di potenziare la risposta del sistema al complesso fenomeno della «modern slavery», nelle sue manifestazioni *cross-border*.

3. Le catene globali del valore[24] sono spesso descritte come spazi e moduli di organizzazione della produzione tipici del capitalismo più avanzato[25]. Allo stesso tempo, sono spazi e strutture in cui si commettono violazioni sistematiche dei diritti umani, specie dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori, e si registrano forme estreme di sfruttamento del lavoro[26]. Le

[24] Cfr. N.M. Coe, H. Yeung, *Global Production Networks: Mapping Recent Conceptual Developments*, in *Journal of Economic Geography*, 2019, 775; G. Bair, *Global Capitalism and Commodity Chains: Looking Back, Going Forward*, in *Competition and Change*, 2005, p. 153.

[25] Cfr. D. Levy, F. Palpacuer, *Global Production Networks and the Changing Corporation,* in G. Baars, D. Spencer (a cura di), *The Corporation: A Critical, Multi-Disciplinary Handbook*, Cambridge, 2017; D. Danielsen, *Situating Human Rights Approaches to Corporate Accountability in the Political Economy of Supply Chain Capitalism*, in D. Brinks, J. Dehm, K. Engle (a cura di), *Power to the People? Private Regulatory Initiatives, Human Rights and Supply Chain Capitalism*, Philadelphia, 2021, p. 49.

[26] Cfr. ad esempio R.M. Locke, T*he Promise and Limits of Private Power: Promoting*

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ingiustizie che si consumano alle periferie dei *network* di produzione sollevano il problema della sostanziale condizione di impunità delle società che coordinano queste strutture ed operano tramite esse[27].

Lo stato di impunità degli attori societari che agiscono lungo le catene di produzione ha diverse spiegazioni.

Dal punto di vista giuridico, in estrema sintesi, le diverse opinioni convergono nel sottolineare l'inadeguatezza degli approcci di regolazione sino ad ora sperimentati nell'affrontare gli elementi di complessità che caratterizzano le catene di fornitura globali e stabilire regimi e regole di responsabilità per le *lead firm* e le altre imprese che vi operano. Si tratta di limiti in parte ampiamente riscontrati già a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo, quando il tema di una regolazione delle esternalità negative associate all'attività economica transnazionale si è posto nella discussione accademica, presso le istituzioni internazionali ed, entro certi limiti, nella pratica delle corti[28].

Per altro verso, però, i limiti strutturali, cui si è fatto cenno, assumono tutt'altra portata in relazione allo scenario rappresentato dalle catene globali del valore, che non risultano affatto assimilabili al fenomeno societario «multinazionale» e alle sue dinamiche. In tal senso, le ragioni dell'impunità di un tempo non si ripetono esattamente per il nuovo scenario.

Alcuni studi di impronta critica[29] sottolineano, a tal riguardo, come l'impunità per le ingiustizie ecologiche e le violazioni dei diritti umani, connesse a tale fase di sviluppo del capitalismo globale, siano rese possibili e comunque facilitate da alcune persistenti strutture e concezioni giuridiche («law's complicity»), di cui sarebbero espressione proprio i limiti strutturali di cui si discute. Limiti che riflettono il modo in cui talune categorie,

Labor Standards in a Global Economy, Cambridge, 2013; ILO, *Decent Work in Global Supply Chain*, International Labour Conference, 105th Session, International Labour Organization, Ginevra, 2016.

[27] Sul c.d. «accountability gap» o «impunity gap», riferito in particolare ai soggetti societari, in una vasta letteratura, cfr. J.G. Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights,* New York, 2013; A. Macklin, *The Governance Gap: Extractive Industries, Human Rights, and the Home State Advantage*, New York, 2014, p. 178; S. Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, 2004, p. 113.

[28] Oltre al fondamentale testo di J.G. Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights,* cit., 103, cfr. N. Bernaz, *Business and Human Rights History, Law and Policy - Bridging the Accountability Gap,* New York, 2016, p. 132; M. Fasciglione, *Impresa e diritti umani nel diritto internazionale: Teoria e prassi*, Torino, 2023, *passim*.

[29] In particolare, con diversi accenti e impostazioni teoriche, si considerino: F. Johns, *The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory*, in *Melbourne University Law Review*, 19, 1994, p. 896; C. Cutler, *Critical reflections on the Westphalian assumptions of international law and organization: a crisis of legitimacy*, in *Revue of International Studies*, 27, 2001, p. 133; J. Bakan, *The Invisible Hand of Law: Private Regulation and the Rule of Law*, in *Cornell International Law Journal*, 48, 2015, p. 298.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

principi e strutture profonde – *apparentemente* neutre, o così tramandate – hanno condizionato l'esperienza (occidentale) del diritto, anche penale, e la sua concreta applicazione. Concetti e categorie ordinanti come sovranità e territorialità, e separazioni radicali tra diritto pubblico e privato, hanno certamente orientato la prospettiva del diritto penale, impedendo ad es. di sviluppare moduli di responsabilità in grado di "decifrare" e "visualizzare" le ingiustizie associate alle dinamiche della produzione globale.

D'altro canto, non è difficile collocare in un simile contesto critico anche il principio *societas delinquere non potest*, nella misura in cui esso è stato giustificato e insegnato non solo per esigenze per così dire interne ai contenuti e meccanismi di imputazione della responsabilità penale "colpevole" ma anche ha anche espresso – quasi come una sorta di precomprensione ermeneutica – la preclusione a concepire e legittimare l'attore societario come soggettività giuridica altra rispetto allo Stato e alla persona fisica[30]. Secondo tali sensibilità, in ultima analisi, l'«impunità» presente degli attori privati, associata alle strutture contemporanee della produzione globale, solleva un tema critico di ingiustizia epistemica[31] per il diritto, posto di fronte all'esigenza di articolare nuove categorie e concetti per inquadrare e comprendere questi fenomeni.

3.1. Ciò che definisce le catene è in primo luogo una tendenza alla dispersione geografica dei processi di produzione del valore, che si esprime secondo dinamiche niente affatto assimilabili a quelle del gruppo societario multinazionale.

Mentre, nel primo caso, i fattori strategici, manageriali, regolatori e logistici determinano un'architettura spaziale del *network* di produzione di tipo irregolare, frastagliata e occasionale[32], il gruppo societario è invece connotato da più lineari e riconoscibili tattiche di (de)localizzazione territoriale del processo di creazione del valore[33].

[30] Cfr. G. Baars, *The Corporation, Law and Capitalism: A Radical Perspective on the Role of Law in the Global Economy*, New York, 2018, *passim*; D. Lustig, *Veiled Power. International Law and the Private* Corporation 1886-1981, Oxford, 2020, p. 69.

[31] Per questa prospettiva critica, con particolare riguardo al contesto delle catene globali del valore, cfr. K. Eller, *"Is 'Global Value Chain' a Legal Concept?: Situating Contract Law in Discourses Around Global Production"*, in *European Review of Contract Law*, 2020, p. 3.

[32] In tal senso, T. Clarke, M. Boersma, *Global Corporations and Global Value Chains. The disaggregation of corporations?*, in T. Clarke, J. O'Brien, C. O'Kelley (a cura di), *The Oxford Handbook of The Corporation*, Oxford, 2019, p. 324; in letteratura si ricorre alla dinamica «core-periphery» per descrivere il modo in cui le catene si distribuiscono nello spazio: G. Gereffi, *Global Value Chains, Development, and Emerging Economies*, in G. Gereffi (a cura di), *Global Value Chains and Development: Redefining the Contours of 21st Century Capitalism*, Cambridge, 2018, p. 343.

[33] In tema, H. Wai-Cheung Yung, *Transnational Corporations, Global Production Networks, and Urban and Regional Development: A Geographer's Perspective on Multinational Enterprises and the Global Economy*, cit., p. 917 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

In quest'ottica, le catene del valore si presentano come una dinamica di «de-territorializzazione» molto peculiare[34], che ha reso ancora più evidente come gli approcci territoriali e geografici[35] che orientano l'applicazione del diritto inter-statale nello spazio risultino in radice inadeguati per articolare una risposta giuridica – «nazionale» od «inter-nazionale» – alle ingiustizie situate in questi scenari.

Anche il diritto penale appare infatti condizionato dal «territorialismo metodologico» che replica l'apparente pretesa di identità di sovranità e territorio[36]. È significativo osservare, tuttavia, come proprio nella materia penale[37], il diritto della giurisdizione stia sperimentando un'importante fase di sviluppo, attraverso il collaudo – pratico e, poi, legislativo – di innovativi moduli e soluzioni per l'applicazione spaziale del diritto penale e, in genere, punitivo. Le pratiche di «extraterritorialità» o «ri-territorializzazione», sperimentate con particolare vigore anche nell'ordinamento interno, rivelano in ultima analisi il carattere essenzialmente normativo della territorialità e dei suoi corollari: quel concetto, infatti, è destinato ad operare, sempre più, come una tecnologia, funzionale a rispondere a determinate esigenze regolatorie[38].

In quest'ottica, non deve essere trascurato come le tendenze a «relativizzare» la territorialità, che si osservano in alcuni campi di intervento

[34] Sul significato dei processi di «deterritorializzazione» per il diritto e i suoi modi di spazializzazione, cfr. S. Allen, D. Costelloe, M. Fitzmaurice, P. Gragl, E. Guntrip, *Introduction: Defining State Jurisdiction and Jurisdiction in International Law*, in S. Allen, D. Costelloe, M. Fitzmaurice, P. Gragl, E. Guntrip (a cura di), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*, cit., p. 3; S. Sassen, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages,* Princeton, 2006, p. 186.

[35] In merito ai limiti che riguardano le applicazioni (extra)territoriali del diritto nazionale in quest'ambito, cfr. oltre alle autrici e agli autori citati *retro,* nt. 27 e 28, anche D. Palombo, *Extraterritorial, Universal, or Transnational Human Rights Law?*, in *Israel Law Review*, 2023, p. 92.

[36] In generale, su questa prospettiva di revisione del modo di concepire la relazione tra territorialità (spazialità) e sovranità, J. Agnew, *The Territorial Trap: The Geographical Assumptions of International Relations Theory*, in *Review of International Political Economy,* 1994, p. 53; P. Zumbansen, *Law as Critical Cartography: Global Value Chains, Borders, and the Spatialization of Vulnerability*, McGill SGI Research Papers in Business, Finance, Law and Society Research Paper No. 2023-04, King's College London Law School Research Paper Forthcoming, 2022, 1; con particolare riferimento al diritto penale, M. Sornarajah, *Globalisation and Crime: The Challenges to Jurisdictional Principles*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 1999, p. 409.

[37] Cfr. V. Mongillo, *'The Jurisdictional Reach of Corporate Criminal Offences in a Globalised Economy: Effectiveness and Guarantees 'Taken Seriously"* in D. Ormerod, J. Hörnle, L. Farmer, M. Ó Floinn (a cura di), *The Transformation of Criminal Jurisdiction: Extraterritoriality and Enforcement*, cit.; C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law,* Oxford, 2015, *passim*.

[38] Così N. Krisch, *Jurisdiction Unbound: (Extra)territorial Regulation as Global Governance*, in *European Journal of International Law*, 2022, p. 481 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

penale, si sviluppano per così dire in parallelo ad altri movimenti – prima concettuali e, poi, pratici – che riguardano più direttamente le regole e i criteri della giurisdizione in relazione all'attività di soggetti artificiali, cioè società ed altri enti.

In questo contesto, la direzione intrapresa è nel senso di superare gradualmente i modelli naturalistici – o geografici – cui il diritto della giurisdizione è apparentemente legato[39] per aderire a criteri di localizzazione funzionali o normativi, in grado di intercettare le complesse dinamiche spaziali del fenomeno societario e, in generale, della creazione del valore. In base a tali criteri, la decisione in tema di giurisdizione è sempre più il risultato di valutazioni e bilanciamenti, operati dalle corti o dalle autorità di *enforcement*, soprattutto domestiche: essi coinvolgono gli interessi eventualmente confliggenti di cui siano portatori altri ordinamenti in rapporto alla fattispecie concreta, così come particolari obiettivi regolatori, di volta in volta rilevanti. Questi bilanciamenti sono di regola guidati da più generali considerazioni di *policy,* destinate a variare a seconda dei campi di materia e al grado di riconoscimento che la pretesa di giurisdizione possiede nella prospettiva degli ordinamenti «in conflitto» così come più in generale dell'intera comunità degli Stati («international concern»)[40]. Per questa ragione, territorialità ed extraterritorialità sono considerati come «artefatti giuridici», cioè dispositivi che assumono configurazioni che variano a seconda della sintesi di interessi, esigenze regolatorie e considerazioni di *policy* che essi veicolano[41].

A tal proposito, è utile osservare come, per il diritto penale o punitivo degli enti, lo sviluppo di criteri di localizzazione e, più in generale, di regole di giurisdizione si riveli ancora più problematico[42]. Il diritto della giurisdizione in materia penale – l'insieme delle dottrine, tradizioni e ragioni fondative – si è formato essenzialmente, almeno in epoca moderna, con

[39] Cfr. M. Hildebrandt, *The Virtuality of Territorial Borders*, in *Utrecht Law Review*, 2017, 13.

[40] In tema ad es. C. Ryngaert, *Selfless Intervention. Exercising Jurisdiction in the Common Interest*, Oxford, 2019, p. 219.

[41] In tal senso, H. Buxbaum, *Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict*, in *American Journal of Comparative Law*, 2009, 648; già F. Mann, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, Académie de Droit International Law, A.W. Sijthoff, 1964, p. 184.

[42] Cfr. L. D'Avout, *L'enterprise et les conflits internationaux de lois*, Leiden, 2019, p. 73 ss.; R. Garnett, *Jurisdiction and Corporations: Identifying an International Standard* in *Research Handbook on Corporate Liability*, New York, 2023, p. 365; J.A. Zerk, '*Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*', Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 59, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2010, 1; B. Wray, R. Raffaelli, '*False Extraterritoriality? Municipal and Multinational Jurisdiction over Transnational Corporations*', in Journal of International and Comparative Law, 2022, p. 33.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

riguardo al reato individuale: quindi alla «giustificazione», tecnica e sostanziale, dell'esercizio nello spazio dello *ius puniendi* in relazione ad un fatto qualificato come reato e commesso da una persona fisica[43].

Da questo punto di vista, l'estensione della penalità agli enti societari, non-individuali, non è stata accompagnata da una compiuta elaborazione di un autonomo assetto di criteri per stabilire le condizioni di legittimazione dello *ius puniendi* in relazione al soggetto artificiale. Le «convention suppression», anche quelle in materia di «human trafficking», e le fonti internazionali che stabiliscono l'obbligo di prevedere la responsabilità di società ed enti in relazione a determinate forme di criminalità transnazionale rimettono comunque al margine di apprezzamento degli Stati obbligati la definizione delle regole per radicare la giurisdizione punitiva nei confronti degli enti. Questa circostanza è la spia di un aspetto più strutturale, che continua in un certo qual modo a condizionare lo sviluppo di questo tema, soprattutto sul piano legislativo: la scelta di non definire, per gli enti, un quadro comune in materia di «legislative jurisdiction» evoca persistentemente l'idea che la regolazione dell'attività economica di enti e società sia riservata ad un ambito di sovranità che oppone resistenza alle pratiche di armonizzazione e coordinamento inter-statale, in modo coerente con il carattere sostanzialmente nazionale del diritto internazionale privato[44].

3.2. Il pluralismo spaziale delle catene globali del valore non solleva soltanto problemi in ordine alla «giustificazione» della pretesa ad es. punitiva nei confronti di società che operano «ovunque ed in ogni dove»[45]. Accanto alle questioni che formalmente attengono alla «giurisdizione» («jurisdiction to prescribe») è possibile identificare un genere di problemi che ha una sua autonomia, sia concettuale sia pratica. Si allude in particolare ai problemi di *diritto applicabile*[46]: cioè alla selezione delle fonti e, ancora meglio, dei contenuti normativi rilevanti per inquadrare giuridicamente e decidere il caso concreto (si pensi, a titolo di esempio, all'opera di ricostruzione del campo normativo di riferimento che il giudice domestico deve

[43] In questo senso anche M. Elliot, F. Lüth, *Corporate Liability for Economic Crimes: A Constested Transnational History*, in N. Boister, S. Gless, F. Jessberg (a cura di), *Histories of Transnational Criminal Law*, cit., p. 214.

[44] Per questa prospettiva, si considerino i saggi fondamentali di A. Paulus, *The Emergence of the International Community and the Divide Between International and Domestic Law*, in J.E. Nijman, A. Nollkaemper (a cura di), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, 2007, p. 216; J.R. Paul, *The Isolation of Private International Law*, in *Wisconsin International Law Journal*, 1988, p. 148.

[45] Cfr. R. Michaels, *Territorial Jurisdiction after Territoriality,* in *Chicago Journal of International Law*, 2005, p. 1.

[46] Su questo aspetto, muovendo dalla prospettiva del «conflict of laws», R. Michaels, *Tertiary Rules*, in N. Krisch (a cura di), *Entangled Legalities Beyond the State*, cit., p. 432.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

compiere per valutare se l'assetto organizzativo di una società transnazionale sia conforme ad un'aspettativa di comportamento fissata dall'ordinamento interno[47]).

L'autonomia dei piani della giurisdizione e del diritto applicabile è un'implicazione metodologica del pluralismo normativo che caratterizza le catene globali del valore e che, più in generale, identifica l'esperienza giuridica post-nazionale[48]. Questo carattere multi-normativo – come già osservato – riflette, nell'ottica del diritto, i peculiari schemi e assetti policentrici di regolazione dell'attività economica transnazionale[49].

Come altrove si è avuto modo di sostenere[50], il concetto di «transnazionale» assume, in tale contesto, un significato critico ulteriore, con cui costantemente devono confrontarsi le discipline punitive nazionali, per es. in tema di responsabilità di enti e società per reati o in relazione a violazioni dei diritti umani. Mentre, secondo una definizione invalsa, esso esprime un'attitudine dei fatti a proiettarsi in più spazi e ad impegnare diverse pretese di giurisdizione (di qualificazione giuridica e, se del caso, di decisione), il concetto designa altresì la mobile condizione giuridica di interconnessione normativa che connota la situazione concreta[51]. L'aspetto significativo, da porre in evidenza, è come tale condizione coinvolga flussi giuridici e, in senso lato, normativi che provengono da sistemi e ordinamenti funzionali od informali, più che territoriali, difficilmente decifrabili secondo le regole di riconoscimento e i criteri di "visualizzazione" propri delle prospettive formali, «state-oriented» sul diritto[52].

Nell'ambito della regolazione dell'attività economica transnazionale, le

[47] In tema, cfr. S. Manacorda, *The "Dilemma" of Criminal Compliance for Multinational Enterprises in a Fragmented Legal World*, cit., p. 87; in generale, sulla procedura di «validazione» dei compliance programs, si deve rinviare alla ricerca di R. Sabia, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi. Esperienze comparate e scenari di riforma*, Torino, 2022, spec. p. 273.

[48] In questo senso, H. Muir Watt, *The Law's Ultimate Frontier: Towards an Ecological Jurisprudence*, Oxford-Portland, 2023, p. 147.

[49] Cfr. *retro,* nt. 15.

[50] In particolare in G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale,* Torino, 2023, p. 479.

[51] Circa la condizione giuridica di *interconnessione* normativa quale aspetto che definisce la dimensione del diritto nell'esperienza contemporanea, in particolare nel campo di materia che si sta analizzando, cfr. da diverse prospettive teoriche: N. Krisch, *Framing Entangled Legalities Beyond the State,* in N. Krisch (a cura di), *Entangled Legalities Beyond the State*, cit., p. 1; P. Zumbansen, *Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance & Legal Pluralism*, in Handl, Zekoll, Zumbansen (a cura di), *Beyond Territoriality - Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, cit., p. 53; G. Palombella, *Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, in J. Klabbers, G. Palombella (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, 2019, p. 366.

[52] Cfr. W. Twining, *A post-Westphalian conception of law, in Law and Society Review*, 37, 2003, p. 199.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

situazioni di *cross-normativity* non solo sono ricorrenti ma i conflitti normativi che emergono presentano caratteristiche sensibilmente differenti da quelli "lineari", tradizionalmente affrontati secondo il modello ordinato delle fonti multilivello. Le fonti e, in generale, i contenuti normativi che si contendono la disciplina del caso concreto non possono essere ordinati formalmente secondo rapporti di gerarchia e selezionati in base alle regole della validità, concepite per il diritto formale, inter-statale: si tratta, allora, di conflitti che hanno un orientamento di sviluppo irregolare, «diagonale», con la conseguenza che ogni pretesa di risolverli secondo il paradigma «multilivello» si rivela metodologicamente inadeguata (può essere risolutiva, certo, ma a rischio di tralasciare dimensioni normative che invece hanno ragione di essere applicate per inquadrare e definire la situazione concreta, nella sua complessità).

A tal riguardo, prendendo le mosse da una recente prassi giudiziaria in tema di *corporate (criminal) liability*, è possibile fornire un rapido affresco del quadro multi-normativo che di frequente può caratterizzare le concrete situazioni transnazionali che possono presentarsi nei casi di applicazione per es. del decreto legislativo n. 231 del 2001 in relazione a società dotate di un'operatività transfrontaliera ed eventualmente coinvolte, in una data posizione, nell'ambito di una catena di fornitura. È plausibile ipotizzare un campo normativo di riferimento così articolato: (*a*) norme e *standard* giuridicamente cogenti od applicabili nella giurisdizione dove l'impresa ha la sua sede principale od opera in modo prevalente; (*b*) norme e *standard* applicabili in funzione degli elementi di connessione (ulteriori) che l'ente intrattiene con i differenti ambiti in cui si localizza la propria attività; (*c*) norme e *standard* giuridicamente applicabili in funzione dell'adesione dell'ente a regimi transnazionali di regolazione (ad es. *industry association*) oppure in base a vincoli contrattuali o altre iniziative di governance cui la società abbia preso parte (ad es. *Accord on Fire and Building Safety* in Bangladesh[53]); (*d*) norme e *standard* applicati dalla società, in ragione del suo inserimento funzionale/commerciale/formale in una catena del valore; oppure perché concretamente praticati dalla società; (*e*) norme e *standard*

[53] Sulla rilevanza di questi strumenti contrattuali «multistakeholder» nella definizione dei quadri normativi di riferimento nel contesto delle catene del valore, cfr. C. Cutler, *Private international regimes and interfirm cooperation*, in R.B. Hall, T.J. Biersteker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge, 2009, p. 32 ss.; L. Catà Backer, *Are Supply Chains Transnational Legal Orders? What We Can Learn from the Rana Plaza Factory Building Collapse*, in *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, 2016, p. 11 ss.; J. Nolan, *Closing Gaps in the Chain: Regulating Respect for Human Rights in Global Supply Chains and the Role of Multi-stakeholder Initiatives*, in D. Brinks, J. Dehm, K. Engle, K. Taylor (a cura di), *Power, Participation, and Private Regulatory Initiatives*, cit., p. 36 ss.; A. Beckers, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes,*Oxford-Portland, 2015, *passim*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

applicabili in ragione del contesto operativo di riferimento, del settore di attività, e riconosciuti a livello internazionale (c.d. «standard internazionali»). In tali scenari, la ricostruzione della (misura) dell'aspettativa di comportamento rivolta all'ente – o del contenuto del dovere di *due diligence* – implica l'adozione di un approccio metodologicamente consapevole della complessità dello scenario normativo e in grado di gestirlo.

Specie nel contesto della c.d. *compliance* transnazionale, le imprese si comportano e si organizzano come soggetti inter-legali[54].

Nell'elaborare i programmi di *compliance* ed orientare i processi di *due diligence*, con riguardo in particolar modo alle relazioni che compongono le catene, le *lead firm* prendono in considerazione molteplici e differenti riferimenti normativi, che hanno natura, fonte e «provenienze» eterogenee e ne decidono la rilevanza, stipulando tra essi connessioni.

In questo quadro, la decisione in ordine al radicamento della pretesa di giurisdizione – o punitiva – non è di per sé risolutiva in termini di identificazione del diritto che dovrà essere applicato con riferimento alla situazione concreta. In questi scenari, è esattamente la situazione transnazionale a rivendicare, rispetto al diritto interno, margini più o meno ampi di rilevanza di ulteriori dimensioni giuridiche, individuabili in funzione degli elementi di connessione che essa intrattiene con altri ordinamenti territoriali o normativi.

In ultima analisi, mentre, da un lato, emerge la necessità di sviluppare approcci al tema della giurisdizione – specie in materia punitiva – in grado di confrontarsi, su nuove basi, con le dinamiche spaziali dei *network* e con le condizioni di impunità che esse consentono, da un altro lato si pone l'esigenza di elaborare modelli, metodi e tecniche per valorizzare e gestire in caso di conflitto le condizioni di internormatività che distinguono le infrastrutture dove si svolge l'attività economica transnazionale e si producono le relative esternalità. Per il diritto penale, l'identificazione di apposite metodologie per accomodare le situazioni di interconnessioni normativa appare molto ambiziosa, dal punto di vista concettuale e istituzionale, se si considera il carattere di esclusività formale che tradizionalmente accompagna la pretesa punitiva statale: un carattere che si tramanda come un corollario della «publicness» del diritto penale e punitivo[55] in genere e che ha

[54] In tal senso, R. Wai, *The Interlegality of Transnational Private Law*, in *Law and Contemporary Problems,* 2008, p. 107; P.T. Muchlinski, *"Global Bukowina" Examined: Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-Making Community*, in G. Teubner (a cura di), *Global Law Without a State*, cit., p. 73 ss.

[55] In tema, M.D. Dubber, *Criminal Law between Public and Private Law*, in R.A. Duff, L. Farmer, S.E. Marshall, M. Renzo, V. Tadros (a cura di), *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford, 2010, p. 191; cfr. inoltre, specie per l'inquadramento critico della divisione tra diritto «pubblico» e «privato», C. Cutler, *Artifice, Ideology and Paradox: the Public/Private Distinction in International Law*, in *Review of International Political Economy*, 1997,

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

precluso, da un certo tempo in poi[56], la stessa possibilità teorica di prospettare l'applicazione delle regole e dottrine del *conflict of laws.*

3.3. La letteratura, specie le correnti «business & human rights»[57], hanno posto in luce come il dispositivo dell'autonomia della personalità giuridica abbia garantito alle società multinazionali e ai *network* societari di raggiungere gradi via via più significativi di isolamento giuridico da forme di responsabilità per il risarcimento dei danni o in relazione ai reati commessi a cui hanno contribuito.

La transizione a modelli di coordinamento societario, o della produzione, di tipo non proprietario (quindi, contrattuale o meramente strategico), che si osserva nell'ambito delle catene del valore, ha ulteriormente accresciuto le capacità delle *lead firm* di sottrarsi ai processi di «accountability» giuridica, esasperando in modo sensibile la dispersione dei centri di imputazione della responsabilità, specie quando quest'ultima ha un carattere punitivo. La dinamica eterarchica, irregolare e instabile del *network* porta a conseguenze estreme la disgiuntura fondamentale tra forma giuridica e dimensione reale dell'organizzazione dell'attività di impresa transnazionale che rappresenta una delle cause principali del *governance gap*[58].

Per le società transnazionali che coordinano od orientano, sul piano manageriale e normativo, le imprese *partner* inserite nella catena, la condizione di tendenziale «irresponsabilità», assicurata dai dispositivi della personalità giuridica[59], appare ancora più paradossale.

La circostanza che il *network* sia strutturato attraverso legami fragili, perché contrattuali, e incostanti («looseness»), non è affatto correlata ad una minore concentrazione di potere societario né tanto meno ad una ridotta capacità delle *lead firm* di orientare l'attività dei rispettivi *partner* commerciali, anche indiretti. Sono piuttosto le condizioni, le modalità e

4, p. 261 ss.; per i riflessi di questa distinzione sul versante dell'ambito di applicazione dei moduli di *conflict of laws*, MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, 2009, p. 26 ss.; R. MICHALES, *Public and Private International Law: German views on Global Issues'*, in *Journal of Private International Law*, 2008, p. 121 ss.; H. MUIRR WATT, *The Global Governance Implications of Private International Law*, in P. ZUMBANSEN (a cura di), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, cit., p. 893 e spec. p. 904 ss.

[56] Da quando le dottrine e i saperi del *conflict of laws* sono stati confinati nei domini del diritto internazionale privato: cfr. gli importanti studi indicati *retro,* alla nt. 44.

[57] Per un'approfondita ricognizione in tema, cfr. R. MCCORQUODALE, *Business and Human Rights*, Oxford, 2024, p. 81; N. BERNAZ, *Business and Human Rights History, Law and Policy - Bridging the Accountability Gap,* cit., *passim*; M. FASCIGLIONE, *Impresa e diritti umani nel diritto internazionale: Teoria e prassi*, cit., *passim*.

[58] Cfr. J.G. RUGGIE, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights,* cit., *passim*.

[59] Cfr. P.T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises & Law*, cit., p. 117; cfr. inoltre gli studi indicati *retro,* nt. 57.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

i contenuti di quel *potere* ad assumere caratteri sì differenti ma non meno incisivi.

Le funzioni di *value chain management*[60], che si sostituiscono all'esercizio del controllo e della direzione delle *subsidiaries* nell'ambito dei gruppi multinazionali, si esprimono prevalentemente tramite la trasmissione alle imprese *supplier* di contenuti normativi, come per es. *standard* manageriali, di qualità oppure sostanziali, per la tutela di determinati interessi. In questo modo, le *lead firm* orientano l'attività delle imprese contraenti e sono concretamente in grado di imporre, ricorrendo ad es. al *leverage* contrattuale, livelli di tutela degli interessi coinvolti dal processo produttivo conformi ai parametri regolatori di volta in volta individuati come rilevanti. Non è casuale, in quest'ottica, che proprio attraverso l'uso calibrato di tali dinamiche normative le legislazioni in tema di responsabilità delle imprese per violazioni del dovere di *due diligence*, di cui ci si occupa in questo capitolo, perseguano obiettivi di «internazionalizzazione» degli *standard* di tutela praticati negli ordinamenti domestici (o per es. nell'Unione europea).

La funzione di *value chain management* è quindi centrale per la spiegazione del fenomeno delle catene ed è cruciale per impostare tecniche e modelli di *corporate legal accountability* in grado di operare negli scenari caratterizzati da simili dinamiche di trasformazione delle modalità con cui si esprime il potere societario[61].

È stato osservato, a tal proposito, come le discipline in tema di responsabilità da reato degli enti risultino del tutto inadeguate per affrontare la complessità dei *network* societari, come le catene del valore. Tale conclusione non è peraltro limitata alle discipline penali e in genere punitive basate su moduli di «attribution» di tipo identificativo[62], che più risentono, come è agevole intuire, dei limiti connessi al problema di individuare prima ed accertare poi l'agente-persona fisica che identifica la società in termini di responsabilità[63]. Si tratta di una considerazione che riguarda anche

[60] In merito, si considerino T. Clarke, M. Boersma, *Global Corporations and Global Value Chains. The disaggregation of corporations?*, cit., p. 324; S. Ponte, T.J. Sturgeon, M.P. Dallas, *Governance and power in global value chains*, in S. Ponte, G. Gereffi, G. Raj-Rechert (a cura di), *Handbook on Global Value Chains*, Cheltenham, 2021, p. 120 ss.; G. Gereffi, J. Humphrey, T.J. Sturgeon, *The governance of global value chains, in Review of International Political Economy*, 12, 2005, p. 78 ss.

[61] In questo senso, E. Partiti, *The Place of Voluntary Standards in Managing Social and Environmental Risks in Global Value Chains,* cit., p. 17 ss.

[62] Cfr. C. Wells, *Corporate Criminal Liability: A Ten Year Review,* in *Criminal Law Review*, 2014, pp. 849-878; Ead., *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford, 2017; S.W. Buell, *Corporate Criminal Liability,* in M. Petrin, C. Witting (a cura di), *Research Handbook on Corporate Liability*, Cheltenham, 2023, p. 100 ss.

[63] Cfr. A. Anderson, H. Harris, *The Failure to Prevent Modern Slavery: Proposing a Novel Legal Approach in Attributing Corporate Criminal Liability for Transnational Human Rights Abuses*, in *Melbourne University Law Review,* 2023, p. 1.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

i modelli «organisational-fault based», che si distinguono per l'attitudine ad impostare la responsabilità punitiva proprio in funzione della specifica «corporateness» dell'agente societario rispetto alle persone fisiche che ne compongono l'organigramma[64]. Anche questi modelli, nella misura in cui circoscrivono la responsabilità dell'ente al rispettivo perimetro organizzativo formale (il complesso delle attività che la società svolge; la sua «organizzazione»), si arrestano alle soglie dell'autonoma personalità giuridica di ciascuna singola impresa che compone il *network* e non riescono a rispondere al fenomeno di isolamento giuridico assicurato dai principi comuni del diritto societario.

L'esigenza di assicurare un'imputazione personale o colpevole della responsabilità anche nei confronti della persona giuridica rende del tutto virtuali le pretese di effettività applicativa di queste discipline penali nel contesto delle catene del valore.

Le legislazioni nazionali ed ora la direttiva europea in tema di «corporate sustainability due diligence», come si avrà modo di illustrare, aspirano a risolvere tali criticità applicative, anzitutto estendendo la portata dei doveri di prevenzione del rischio di impatti avversi o di reati oltre il perimetro formale della singola persona giuridica.

La proiezione del dovere di *due diligence* oltre il perimetro formale della persona giuridica riflette la portata del «potere» di «value chain governance» che la società è in grado di esercitare nel contesto di riferimento.

In ultima analisi, la responsabilità della società è basata sul modo in cui l'impresa abbia esercitato le concrete prerogative di «governance» dell'attività di altri autonomi soggetti giuridici, che alla prima siano legati da relazioni proprietarie e, soprattutto, contrattuali o altrimenti «informali» (strategiche). L'esercizio di questa competenza di *regulation*, che si proietta verso l'esterno della persona giuridica, fonda la diligenza dovuta dall'ente alla luce delle circostanze concrete.

Prendendo le mosse da questo aspetto, è stato osservato – in modo molto convincente – come tali discipline, anche a carattere punitivo, debbano essere inquadrate nella graduale transizione verso un approccio di regolazione dell'attività societaria transnazionale e dei suoi impatti non più «concentrato» sulle singole entità, cioè sul comportamento ad es. organizzativo di ciascuna delle imprese che dirige o coordina i rispettivi *network*, ma rivolto principalmente a «regolare» la stessa dinamica – o infrastruttura – di produzione, in sé considerata («supply chain-centered regulation»). La disciplina dei sistemi di produzione globale si svolge soprattutto tramite il coinvolgimento calibrato delle imprese come agenti transnazionali della

[64] In questi termini, J. Elias, C. Wells, *Catching the Conscience of the King: Corporate Players on the International Stage*, in *Non State Actors in International Law*, Oxford, 2005, p. 105 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

regolazione[65]. In quest'ottica, Larry Catà Backer ha posto in luce come le strategie regolatorie intraprese da legislatori nazionali e regionali ad es. nelle «due diligence laws» siano differenti dalle tecniche di «veil piercing» esplorate nella prassi, dal momento che esse trascendono il rilievo formale della persona giuridica per concentrarsi sui collegamenti, anche non proprietari, che definiscono i *network* e in relazione ai quali le *lead firm* sono dotate di particolari capacità di controllo. Il rilievo della «personalità giuridica» è sensibilmente indebolito, quasi eluso. E, in definitiva:

> […] one can begin to see the decentering of the institution of the MNE as the object of regulatory activity in favor of the regulation of production through the MNE. It is not the MNE that is being regulated, it is the MNE that serves as the institution creating governance structures through which production itself can be regulated according to the normative standard set out in the […] international substantive norms for the conduct of economic activity[66].

In questo scenario, l'aspetto che più merita di essere evidenziato come il diritto penale economico dei diritti umani, in particolare rappresentato dalle discipline punitive che associano la responsabilità delle società alla violazione di obblighi di *due diligence*, contribuisce in modo cruciale alla transizione verso questi innovativi modelli di *governance* dell'attività economica transnazionale che ha luogo nelle catene del valore. Da questo punto di vista, risulta confermata l'idea secondo cui il diritto penale è una parte decisiva dei processi di «regulation» transnazionale, ai quali contribuisce, per l'appunto, riadattando strutture e categorie già collaudate nei contesti nazionali, anche in momenti storici molto distanti.

3.4. È stato posto in luce, sino ad ora, come il «governance gap» che riguarda le «esternalità negative» connesse all'attività delle società transnazionali che operano nelle catene del valore sia da ricondurre ad una serie di fattori di portata «strutturale», presenti da tempo ed emersi: l'orientamento «inter-statale» del diritto internazionale[67] – anche del *dip*[68] – che ha

[65] In tal senso, G. Sarfaty, *Shining Light on Global Supply Chains*, in *Harvard International Law Journal*, 2015, p. 419; A. Beckers, *From Corporate Personality to Corporate Governance: The Transformation of International Human Rights Through Corporate Practice* in N. Bhuta, R. Vallejo (a cura di), *Global Rights? Human Rights in Complex Governance*, *Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford, 2024.

[66] Così L. Catà Backer, *The Problem of the Enterprise and the Enterprise of Law: Multinational Enterprises as Polycentric Transnational Regulatory Space*' in P. Zumbansen (a cura di), *The Oxford Handbook of Transnational Law,* cit., p. 743.

[67] Cfr. D. Lustig, *Three Paradigms of Corporate Responsibility in International Law: The Kiobel Moment*, in *Journal of International Criminal Justice*, 12, 3, 2014, p. 593 ss.

[68] Cfr. K. Ambos, *International Economic Criminal Law*, in *Crim Law Forum*, 29, 2019, p. 499 ss.; cfr. inoltre, A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*,

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

reso per il momento vano qualsiasi tentativo di articolare a questo livello una risposta all'impunità degli attori societari; il «public-private divide»[69] che ha contribuito, sul piano giuridico, a rendere possibile e, soprattutto, legittimare vasti ambiti di irresponsabilità; un modello – un'«architettura» – della «statualità»[70] che ha opposto forte resistenza – epistemica, è stato detto – alla possibilità di concepire e, poi, praticare approcci di regolazione e coerenti soluzioni giuridiche adeguate per gli scenari post-nazionali, caratterizzati dalla presenza e dall'attività normativa di soggettività differenti da quelle formali (statali), così come da tendenze centripete nelle dinamiche di *governance*.

Come ben noto, l'approccio inizialmente seguito per articolare una risposta alla condizione di (strutturale) impunità degli attori societari si è sviluppato secondo un modello «policentrico»[71], veicolando nei confronti di questi soggetti un'aspettativa, giuridicamente non vincolante, di adottare comportamenti e processi organizzativi funzionali ad assicurare il rispetto dei diritti umani ed evitare forme di complicità in crimini internazionali, ovvero di coinvolgimento in situazioni di violazione dei divieti di *jus cogens*. Il modulo della «due diligence»[72] si afferma in questa fase di sviluppo dei dispositivi, dei linguaggi e delle pratiche della «corporate social responsibility - CSR». Una fase di sviluppo che è stata sostenuta da una specifica attività di produzione normativa delle istituzioni internazionali ed agenzie onusiane, nelle forme del «public international soft law»; ciò ha consentito la definizione di un «diritto comune» della condotta societaria responsabile

Oxford, 2006, p. 199 ss.; G. Baars, *The Corporation, Law and Capitalism. A Radical Perspective on the Role of Law in the Global Political Economy*, cit., p. 182 ss.

[69] Cfr. M. Koskenniemi, *Sovereignty, Property and Empire: Early Modern English Contexts*, in *Theorethical Inquiries in Law*, 18, 2017, p. 355 ss.

[70] Cfr. D. Lustig, *Beyond Sovereignty: International Human Rights as Experience*, cit., 89 ss.; Ead., *Three Paradigms of Corporate Responsibility in International Law: The Kiobel Moment*, cit., p. 595 s.

[71] In relazione al quale, v. J.G. Ruggie, *Global governance and 'New Governance theory': Lessons from business and human rights, in Global Governance*, 20, 2014; Partiti, *Polycentricity and Polyphony in International Law. Interpreting the Corporate Responsibility to Respect Human Rights*, TILEC Discussion Paper No. DP2020-022, 4 settembre 2020, p. 1 ss.; McCorquodale, *Pluralism, global law and human rights: Strengthening corporate accountability for human rights violations*, in *Global Constitutionalism*, 2, p. 287 ss.

[72] Cfr. L. Catá Backer, C. Methven O'Brien, *Introduction: the Current State and Future Trajectories of Human Rights Due Diligence Laws*, L. Catá Backer, C. Methven O'Brien (a cura di), in *The current state and future trajectories of human rights due diligence laws: New Legal Norms on Human Rights Due Diligence,* New York, 2025; J. Bonnichta, R. McCorquodale, *The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights,* in European Journal of International Law, 2017, p. 899; R. McCorquodale, J. Nolan, *'The Effectiveness of Human Rights Due Diligence for Preventing Business Human Rights Abuses*, in *Netherlands International Law Review,* 2021, pp. 455-478.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

nell'attività economica transnazionale, destinato a trovare attuazione, assumendo vincolatività, attraverso processi giudiziari, legislativi e negoziali di «hardening».

A tal riguardo, è diffusa la narrazione secondo cui le nuove legislazioni nazionali in tema di «corporate (criminal) liability» per violazioni dei diritti umani, o le discipline che stabiliscono obblighi cogenti di *disclosure* o trasparenza, rappresentino in realtà un momento di radicale discontinuità con gli approcci volontari (CSR) sinora seguiti. La nuova fase dovrebbe essere inquadrata come una risposta di fronte ai fallimenti della «CSR», che si sarebbe rivelata, in definitiva, incapace di orientare concretamente il comportamento degli attori societari in modo compatibile con il rispetto dei diritti umani e i divieti di complicità.

Non è utile, in questa sede, approfondire il presunto fallimento della CSR e dei relativi approcci o indagarne le ragioni. La tesi di una radicale discontinuità, al netto di altre obiezioni, pare comunque eccessiva, nella misura in cui non coglie come l'innovativa stagione di *legalization,* che si osserva in atto anche nel diritto penale economico dei diritti umani, si svolga nell'ambito di quel «diritto comune» in tema di dovere di rispetto dei diritti umani da parte di «non-state actors», alla cui creazione il movimento CSR ha contribuito. Questo «diritto comune» – un *framework* normativo, epistemico e prasseologico – costituisce ad un tempo la base di legittimazione delle discipline formali che stabiliscono e sanzionano obblighi di *due diligence* per le imprese e l'insieme dei riferimenti normativi che ne consentono l'operatività (ad es. quando si tratta di stabilire se una *lead firm* abbia compiuto quanto era ragionevole attendersi per minimizzare il rischio di impatti avversi per i diritti umani o altri interessi).

Per questa ragione, lo sviluppo del «diritto penale economico dei diritti umani», o della «sostenibilità» *tout court*, si pone certamente in continuità con l'esperienza della CSR e dovrebbe essere inquadrato nell'ambito di un processo di «law-making»[73], finalizzato a stabilire un assetto di regole di responsabilità per gli attori societari, giuridicamente vincolanti sul piano transnazionale e inerenti al campo della tutela dei diritti umani e degli altri «public goods» globali.

4. Lo sviluppo del «diritto penale economico dei diritti umani» si svolge prevalentemente nel contesto dei singoli ordinamenti nazionali che hanno adottato, o sono in procinto di approvare, legislazioni che impongono

[73] Secondo il modello del «transnational legal ordering», concepito da G. Shaffer, T.C. Halliday, *With, Within, and Beyond the State: The Promise and Limits of Transnational Legal Ordering,* cit., p. 987; H.H. Koh, *Transnational Legal Process and the "New" New Haven School of International Law*, in J. Dunoff, M. Pollack (a cura di), *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*, Cambridge, 2022.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

alle imprese destinatarie precisi doveri di *due diligence*, la cui inosservanza è sanzionata in base ad un'apposita disciplina penale o, in senso più ampio, punitiva.

Le «mandatory due diligence laws» si inseriscono in un *trend* legislativo[74] ormai avanzato e rappresentano un approccio di regolazione dell'attività economica transnazionale nelle catene del valore che presenta significativi aspetti innovativi rispetto ai modelli sinora esplorati, come si è già avuto modo di osservare. Queste discipline risultano infatti equipaggiate con soluzioni tecniche che in effetti possono seriamente costituire una risposta agli aspetti critici e ai fattori strutturali che hanno impedito o reso comunque difficile impostare sistemi di «corporate liability» in grado di operare nelle condizioni di singolare pluralismo spaziale e normativo che connotano le catene del valore[75].

Il movimento di «legalization» (o «hardening») delle fonti di *public soft law* che prevedono doveri di *due diligence* per le imprese è culminato a livello regionale-europeo, con l'adozione da parte del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea della direttiva in tema di «corporate sustainability due diligence».

Come le altre legislazioni nazionali che stabiliscono obblighi di *due diligence* per la prevenzione di determinati rischi inerenti ai relativi contesti di operatività, incluse – entro certi limiti – le relazioni con i partner commerciali, anche la direttiva europea può essere ricondotta al modello delle «transnational due diligence laws» (TDDLs). Simile inquadramento consente di porre in evidenza, soprattutto da un punto di vista tecnico, le caratteristiche essenziali che accomunano le legislazioni nazionali e il diritto europeo della *due diligence*, in modo tale da lasciar emergere il ruolo che il diritto punitivo degli enti riveste nell'assicurarne l'effettività, specialmente sul fronte della tutela dei diritti umani dei lavoratori e delle lavoratrici. È utile esaminare brevemente tali caratteristiche per poi concentrarsi sull'ultimo aspetto segnalato.

[74] Cfr. J. Salminen, M. Rajavuori, *Transnational Sustainability Laws and the Regulation of Global Value Chains: Comparison and a Framework for Analysis,* cit., p. 602; S. Joseph, J. Kyriakakis, *From Soft Law to Hard Law in Business and Human Rights and the Challenge of Corporate Power,* in *Leiden Journal of International Law*, 2023, p. 1; S. Deva, *Mandatory human rights due diligence laws in Europe: A mirage for rightsholders?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2023, p. 389; M. Krajewski, K. Tonstad, F. Wohltmann, *Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?*, in *Business and Human Rights Journal*, 2021, pp. 550-558; v. inoltre i saggi raccolti in L. Catá Backer, C. Methven O'Brien (a cura di), in *The current state and future trajectories of human rights due diligence laws: New Legal Norms on Human Rights Due Diligence,* cit., p. 1.

[75] Cfr. B. Turner, *Supply-Chain Legal Pluralism: Normativity as Constitutive of Chain Infrastructure in the Moroccan Argan Oil Supply Chain,* in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2016, p. 374.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Le legislazioni in tema di «corporate due diligence» presentano un'attitudine transnazionale, che può essere colta secondo diverse prospettive.

Secondo una prima, queste legislazioni sono programmate per regolare le esternalità negative associate all'attività economica che trascende geografie politiche e territoriali. Sono concepite, quindi, per essere applicate in relazione a situazioni transnazionali[76], che possono ad es. riguardare la responsabilità, a carattere punitivo, di società che abbiano omesso di prevenire forme di «modern slavery» che abbiano avuto luogo nei segmenti più prossimi della catena del valore in cui operino e che eventualmente coordinino.

L'orientamento transnazionale, appena evidenziato, è realizzato grazie ad uno specifico approccio al tema della giurisdizione e, quindi, alle regole che definiscono la portata applicativa di queste discipline («prescriptive jurisdiction») rispetto agli enti.

Le *value chain laws*, qui in esame, si applicano nello spazio generalmente in base ad una serie di criteri di localizzazione impostati per intercettare soglie di contatto della società con l'ordinamento di riferimento via via più labili. Ai criteri che guardano al luogo di costituzione della società o dove si svolge il suo oggetto principale[77] si affiancano, infatti, altri parametri più avanzati, di tipo normativo e funzionale, che fondano la giurisdizione sulla circostanza che l'ente svolga in tutto o in parte la sua attività, anche commerciale, nel territorio del *regulating state* («*doing business*»[78]), diverso da quello di costituzione.

Rispetto a simili sviluppi del diritto della giurisdizione rispetto agli enti, cui si assiste in modo particolare nel contesto delle TDDLs, l'evoluzione è ancora più significativa nella soluzione adottata nella direttiva europea in tema di *corporate sustainability due diligence*. Replicando l'approccio di «territorial extension»[79] già collaudato in altri ambiti di materia, in base

[76] Nella fondamentale definizione elaborata da Jessup, *Transnational Law*, New Haven, 1956, pp. 3-4; per questo modello di inquadramento, v. anche P. Zumbansen, *The Many Lives of Transnational Law. Critical Engage*ments *with Jessup's Bold Proposal,* cit., p. 28.

[77] In merito ai quali, v. ampiamente L. D'Avout, *L'enterprise et les conflits internationaux de lois*, cit., p. 82 ss.

[78] Si tratta ad es. della soluzione adottata dal Bribery Act (UK, 2010): in tema, cfr. K. Davis, *Between Impunity and Imperialism. The Regulation of Transnational Bribery*, cit., p. 43 ss.; cfr. C. Wells, Corporate *Responsibility and Compliance Programs in the United Kingdom,* in S. Manacorda, F. Centonze, G. Forti (a cura di), *Preventing Corporate Corruption. The Antibribery Compliance Model, Springer*, Cham, 2014, p. 505 ss.; Ead., *Who's Afraid of the Bribery Act 2010*?, in *Journal of Business Law*, 2012, p. 420 ss.; V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, p. 218 ss.

[79] In merito al quale, si considerino C. Scott, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 62, 2014, 87 ss.; H. Buxbaum,

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

all'art. 2 § 2 della direttiva, sono soggette all'obbligo di *due diligence* – e al relativo apparato di sanzioni, in caso di violazioni – anche le imprese che non siano costituite in uno degli Stati membri, purché nell'Unione abbiano generato una determinata soglia di fatturato netto oppure si tratti di una società capogruppo extraeuropea di un gruppo che abbia generato nel territorio dell'Unione quel valore di fatturato. L'elemento di collegamento ha quindi un contenuto sostanzialmente economico ed è definito in modo tale da essere misurato. La giurisdizione («jurisdiction to prescribe») dipende in ultima analisi dall'entità – misurabile – del flusso economico-commerciale che la società abbia generato nell'ambito del mercato europeo. In un certo qual senso, questo criterio può essere considerato uno sviluppo del modello del «doing business», certamente in grado di assicurare maggiore prevedibilità («spatial legality»[80]) nello stabilire la portata applicativa del diritto interno (dei singoli Stati membri che plausibilmente recepiranno la soluzione di «territorial extension» nei rispettivi ordinamenti).

La strategia di «territorial extension», adottata nella direttiva europea, dovrà essere ragionevolmente recepita dagli Stati membri anche per ciò che attiene alla disciplina sanzionatoria, a carattere punitivo, relativa all'inosservanza del dovere di *due diligence* imposto alle imprese costituite nell'Unione e a quelle non-europee.

Non può essere trascurato, a tal riguardo, come il «*doing business*» costituisca una base per la giurisdizione ampiamente consolidata nell'esperienza di molti ordinamenti[81], anche in ambito penale, ed abbia acquisito una legittimazione, anche in ragione del fatto che esso è adottato, come noto, in una delle prime legislazioni penali ad aspirazione «extraterritoriale» come il Bribery Act.

In questo senso, non è difficile intravedere una certa continuità tra questo criterio e l'approccio di «territorial extension» contemplato nella direttiva. In uno scenario in cui la distinzione tra territorialità ed extraterritorialità risulta sempre più problematica da tracciare ed ha assunto un carattere artificiale, l'ingresso del modello di «territorial extension» in una disciplina penale o punitiva rivolta alle persone giuridiche non sembra suscitare obiezioni di particolare consistenza. Anche in rapporto alle persone giuridiche, le questioni di giurisdizione si basano sulla misura e, quindi, l'intensità della soglia di contatto che la fattispecie da regolare intrattiene con gli ordinamenti che possono rivendicare la pretesa; l'identificazione di quella «misura» è tuttavia solo il primo momento di un processo di valuta-

The Practice(s) of Extraterritoriality, in H. Buxbaum, T. Fleury Graff (a cura di), *Extraterritoriality/L'extraterritorialite*, Leiden, 2022.

[80] Cfr. A. Colangelo, *Spatial Legality*, in *Northwestern University Law Review*, 69, 2015, p. 70 ss.

[81] Cfr. *retro,* gli studi indicati alla nt. 43.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

zione, rimesso alle corti e alle altre agenzie di *enforcement*, in cui assumono rilievo interessi, programmi regolatori e considerazioni di *policy,* espresse nelle forme e secondo i linguaggi dell'argomentazione giuridica[82].

4.1. L'attitudine transnazionale delle TDDLs e delle relative discipline punitive non si riduce alle particolari soluzioni in tema di giurisdizione, appena esaminate.

Gli obblighi di *due diligence* che esse prevedono hanno una portata che trascende l'organizzazione e il complesso di operazioni riconducibili alla singola persona giuridica. In via generale, in base a queste discipline, le imprese sono tenute ad identificare e prevenire reati od impatti avversi per i diritti umani o l'ambiente che si realizzino negli ambiti di attività delle società controllate oppure delle imprese con cui risultino instaurate relazioni commerciali nel contesto di una catena del valore.

La portata del dovere di *due diligence* non subisce alcuna limitazione in funzione del criterio formale che riguarda il perimetro della persona giuridica o in ragione della circostanza che le imprese ad es. *partner*, nel cui ambito di attività si siano verificati impatti avversi, risultino localizzate in altri ordinamenti (perché ivi costituite o stabilite in via principale). Le TDDLs recepiscono e sviluppano in modo sensibile il carattere innovativo del processo manageriale di *due diligence* come elaborato a partire dall'«UN Protect, Respect, and Remedy Framework» e, poi, ulteriormente perfezionato nei «Guiding Principles on Business and Human Rights» e nelle «OECD Guidelines for Multinational Enterprises»[83]. Nella misura in cui la regola di *due diligence* non risente dei limiti formali dell'autonoma personalità giuridica delle imprese che compongono un gruppo o una catena di fornitura, essa certamente contribuisce a mitigare l'«accountability gap» associato ai *network* societari e alle capacità di *capital boundary* delle imprese che li compongono.

Allo stesso tempo, il dovere di *due diligence* imita le proiezioni spaziali dell'organizzazione societaria e dei processi produttivi che si svolgono nelle catene del valore. Nell'adempimento dei doveri di *due diligence,* le società assicurano la conformità delle attività delle imprese controllate e delle

[82] Cfr. in questo senso P. Berman, *Jurisdictional Pluralism*, in S. Allen, D. Costelloe, M. Fitzmaurice, P. Gragl, E. Guntrip (a cura di), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*, cit., p. 112.

[83] Cfr. *retro,* nt. 83, nonché L. Catà Backer, *Human Rights Due Diligence in the U.N. Guiding Principles for Business and Human Rights,* in L. Catá Backer, C. Methven O'Brien (a cura di), in *The current state and future trajectories of human rights due diligence laws: New Legal Norms on Human Rights Due Diligence,* New York, 2025; M. Feigerlová, *Influence of the OECD Guidelines and Jurisprudence in the Legislative Process of the EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence*, in O. Davaanyam, M. Krajewski (a cura di), *Exploring Corporate Human Rights Responsibilities in OECD Case Law. DFGW 2023. Interdisciplinary Studies in Human Rights*, Cham, 2025.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

controparti commerciali che compongono i segmenti più prossimi delle catene ai parametri normativi e agli *standard* di tutela che le *due diligence laws* domestiche rendono loro applicabili.

La *due diligence* è quindi programmata per produrre effetti normativi transnazionali in altri ordinamenti nazionali[84]: si può parlare, a ragione, di un vero «spillover effect» normativo.

Le proiezioni regolatorie evidentemente non dipendono dall'applicazione extraterritoriale del diritto interno, bensì dai processi di «corporate ordering» degli attori privati, societari: quindi, in concreto, dai programmi e dalle pratiche di *compliance* adottate dalle *lead firm* per la «governance» dei *partner* commerciali più prossimi; ancora, attraverso codici di condotta, contratti organizzativi o accordi che possono coinvolgere anche soggetti ulteriori, dando vita a veri regimi ibridi di regolazione. La circostanza che gli effetti transnazionali connessi alla *due diligence* non siano assimilabili ad estensioni extraterritoriali del diritto interno non esclude di per sé che possano generarsi conflitti normativi, che richiedono di essere affrontati – come segnalato sopra – attraverso metodi e criteri coerenti con il particolare grado di interconnessione normativa che caratterizza le concrete situazioni transnazionali.

Le legislazioni in parola, come la CSDDD, associano la responsabilità delle imprese all'inosservanza del dovere di *due diligence* nella prevenzione degli impatti avversi o dei reati che esse prevedono. In tal senso, l'ambito della responsabilità punitiva delle società dipende dalla portata degli obblighi di *due diligence*. Per questa ragione, il tema di identificarne un limite – o una serie di criteri che ne assicuri la prevedibilità da parte dell'impresa – assume un valore decisivo nell'ottica di queste legislazioni[85].

4.2. Le legislazioni nazionali ed europea riconducibili al modello delle TDDLs si affidano al concetto di «due diligence» per definire il contenuto del dovere delle imprese di prevenire impatti avversi e, in generale, di assicurare livelli adeguati di tutela per i diritti umani e, quanto meno, per l'ambiente.

La *due diligence* è un concetto generale, che ha assunto – come ben posto in luce in alcuni recenti studi[86] – un rilievo sistematico ed una portata in un

[84] In tema, v. M.L. Buenger, *Regulatory legality: extraterritorial rule across* domestic and international arenas, in N.M. Rajkovic, T.E. Aalberts, T. Gammeltoft-Hansen (a cura di), *The Power of Legality: Practices of International Law and their Politics*, Cambridge, 2016, p. 260 ss.

[85] È rilevante, in tal senso, la decisione adottata dal Conseil Constitutionel, Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017 in merito alla «Loi no. 2017-399 du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre», con particolare riferimento al profilo di indeterminatezza della portata del «devoir de vigilance».

[86] Cfr. L. Catá Backer, C. Methven O'Brien, *Introduction: the Current State and Future Trajectories of Human Rights Due Diligence Laws*, L. Catá Backer, C. Methven

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

certo qual modo «comune», se si considera il numero crescente di legislazioni domestiche e regionali e fonti internazionali che ricorrono ad esso per definire il contenuto di specifici doveri di tutela, a contenuto organizzativo.

Senza potersi addentrare nella genealogia di questo concetto giuridico[87], è utile comunque osservare come la *due diligence* costituisca una categoria – un vocabolario tecnico – che traduce, in diversi ordinamenti, un'aspettativa normativa di comportamento per determinati soggetti in specifici campi di materia. Nessuna «traduzione» del concetto di *due diligence* nei termini apparentemente affini della «diligenza dovuta», «attesa» o «necessaria» risulta attendibile, quando si tenta una comparazione per esempio con il sistema domestico; ma con l'esperienza della colpa, specie in materia penale, la *due diligence* condivide la natura di clausola generale, soggetta a meccanismi di integrazione normativa e in senso lato sociale. Una caratteristica che ne spiega l'operatività e, al contempo, il rilievo diffuso che ha acquisito come regola di responsabilità in molti ambiti.

Nella prospettiva che riguarda la responsabilità degli attori corporativi per gli impatti negativi associati alla loro attività, il concetto di *due diligence* è inizialmente designato, nelle fonti di «public international soft law», specialmente onusiane[88], come un processo manageriale ed organizzativo dell'impresa, di cui è definita una precisa sequenza operativa.

L'intero processo è concepito secondo la razionalità e i linguaggi del rischio («risk-based approach») ed è strettamente collegato al «duty to respect» rivolto ai soggetti societari, tanto che ne diviene il riflesso operativo e concreto. Presto, da metodo manageriale e pratica di organizzazione, basata sul rischio, la *due diligence* viene a rappresentare il contenuto normativo del dovere delle imprese di rispettare i diritti umani e, quindi, di contribuire ad assicurarne la tutela dapprima nell'ambito della rispettiva «sfera di influenza» e, poi, in relazione, ai rischi di un impatto avverso, associati alle operazioni di società del gruppo o che operano nella relativa catena di fornitura. In questo senso, la *due diligence* assume la funzione di parametro giuridico di responsabilità delle imprese nel campo dei diritti umani e, poi, anche in altri ambiti di materia. Le «due diligence laws», discusse in questo articolo, hanno contribuito in modo essenziale a questo risultato.

O'Brien (a cura di), in *The current state and future trajectories of human rights due diligence laws: New Legal Norms on Human Rights Due Diligence,* cit., p. 1; S. Besson, *La Due Diligence en Droit International*, Leiden, 2023, p. 33 ss.; nonché A. Peters, H. Krieger, L. Kreuzer, *Due Diligence in the International Legal Order: Dissecting* the Leitmotif of *Current Accountability Debates,* in A. Peters, H. Krieger, L. Kreuzer (a cura di), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, 2020, p. 1 ss.

[87] In merito alla quale si rinvia ai testi menzionati alla precedente nota nonché agli altri contributi indicati alla nt. 83.

[88] In tema, ampiamente J.G. Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights,* cit., *passim*.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

È stato osservato, a tal riguardo, come la «due diligence» possa essere effettivamente considerata come un'emergente regola transnazionale di responsabilità delle imprese, quanto meno con riguardo al rispetto dei diritti umani, al punto tale che essa avrebbe raggiunto il rango di una norma perentoria di diritto internazionale generale.

Certamente, le legislazioni che ad essa si riferiscono per definire il contenuto di obblighi societari, il più delle volte presidiati da sanzioni penali o punitive, costituiscono nel loro insieme una pratica comune degli Stati, sostenuta e legittimata dalle fonti internazionali di «soft law» che hanno innescato il graduale processo di «hardening» della *due diligence* come regola di responsabilità giuridica delle imprese[89]. È opportuno evidenziare, in quest'ottica, come la nozione di *due diligence* si sia rapidamente diffusa come modulo di responsabilità anche in altri ambiti di materia, soprattutto a livello europeo.

Le ragioni che spiegano l'affermarsi della *due diligence*[90] sono molteplici e hanno tutte a che fare, volendo semplificare, con la sua natura essenzialmente ambigua, che ne costituisce la cifra operativa e ne consente l'applicazione trasversale. Si tratta infatti di un processo manageriale, di un metodo di organizzazione e, al contempo, di una regola di responsabilità che traduce aspettative normative di condotta.

Come regola di responsabilità («liability rule»), non presenta un contenuto sostanziale e non fornisce propriamente alcuna prescrizione di comportamento; piuttosto, essa indica un modo o, se si preferisce, un metodo di osservare quanto sia ragionevole attendersi dal soggetto, in base ad una valutazione normativa che è variabilmente sensibile alla situazione concreta e alle finalità rilevanti in relazione ad essa.

La *due diligence* presenta quindi un carattere di tipo procedurale[91] e costituisce l'espressione compiuta di un orientamento riflessivo[92] del diritto e, in generale, della regolazione, nello scenario di complessità funzionale e normativa, determinato dai processi di globalizzazione[93]. In quest'otti-

[89] Anche in questo caso, l'affermarsi graduale della *due diligence* come regola giuridica di responsabilità dei soggetti societari e, al contempo, metodo operativo che consente la traduzione del «duty to respect» nel campo dei diritti umani e dell'ambiente, può essere interpretato secondo il modello di un «transnational legal process - TLP», cui contribuisce significativamente il diritto penale economico dei diritti umani e le discipline di «corporate criminal liability» in particolare; su questo modello analitico, cfr. *retro,* nt. 22 e 84.

[90] Si discute a tal proposito di un «rinascimento» della «due diligence»: cfr. *retro,* nt. 107.

[91] Sulla natura procedurale della «due diligence», v. le importanti considerazioni di A. Peters, H. Krieger, *Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order*, in A. Peters, H. Krieger, L. Kreuzer (a cura di), *Due Diligence in the International Legal Order*, cit., p. 377.

[92] Cfr. G. Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *Law & Society Review*, cit., p. 274 ss.; Id., *Law as an Autopoietic System*, cit., p. 64.

[93] Dal punto di vista teorico, è possibile collocare il concetto giuridico di «due diligence», nelle sue diverse applicazioni, nel solco di quella tendenza alla «ri-materializzazione»

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

ca, la *due diligence* non prescrive né sostanzialmente obbliga ma stabilisce discretamente la competenza e, così, la condizione contestuale perché il soggetto possa allinearsi in modo proattivo alle finalità di tutela o ai programmi per es. pubblici di volta in volta rilevanti. L'allineamento a questi obiettivi di tutela è perseguito mobilitando la razionalità e le risorse proprie del soggetto «target», come un'impresa, e delineando il contesto che incentivi, induca e agevoli i processi di autopoiesi, o di «self-regulation».

Si comprende così la ragione per cui la *due diligence* si sia affermata, nel *framework* internazionale, come soluzione tecnicamente adeguata per coinvolgere gli attori corporativi nel processo policentrico di «governance» dell'attività economica transnazionale e, ad un tempo, quale parametro di una condotta societaria responsabile sotto il profilo della tutela dei diritti umani e degli altri «transnational public goods».

In tale prospettiva, risulta inoltre chiaro quale sia la funzione decisiva delle discipline formali che è possibile ricondurre alla categoria del «diritto penale economico dei diritti umani», o «della sostenibilità»: essa consiste, in sintesi, nel presidiare, in modo tangenziale, le condizioni che rendono possibile gli autonomi processi di allineamento dei soggetti privati agli obiettivi di tutela dei diritti umani o ai programmi di sostenibilità, rilevanti nello scenario transnazionale. È utile precisare, in tal caso, come la funzione regolatoria che il diritto punitivo in genere svolge, specialmente nell'ambito delle «due diligence laws», rappresenti un paradigma già ampiamente sperimentato nel contesto dei singoli sistemi penali domestici, nei campi di materia dove storicamente sono stati osservati – e tuttora si registrano – tendenze a superare i modelli gerarchici e statuali di regolazione, cui si riconnettono nuovi orientamenti del «penale» e delle sue condizioni di legittimazione.

Le potenzialità trasformative[94] della «due diligence» sono quindi un'implicazione del suo carattere riflessivo e procedurale, che ne fanno un dispositivo di responsabilità coerente con gli approcci regolatori che prevalgono nello scenario transnazionale[95].

Gli aspetti della *due diligence,* appena posti in luce, ne lasciano emergere

del diritto, che si compie, nelle nuove condizioni di contesto globali, attraverso le forme e razionalità della *reflexive law*: circa la tendenza segnalata, cfr. P. Zumbansen, *Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 56, 2008, p. 769 ss.

[94] In questi termini, S. Marshall, J. Nolan, *The Promise of Sectoral Human Rights Due Diligence*, in C. Methven O'Brien, L. Catà Backer (a cura di), *New Legal Norms on Human Rights Due Diligence,* cit., p. 123.

[95] In relazione a questi approcci, cfr. J. Braithwaite, P. Drahos, *Global Business Regulation*, cit., p. 25 ss.; S. Picciotto, *Regulating Global Corporate Capitalism*, cit., p. 80 ss.; D. Vogel, *The Private Regulation of Global Corporate Conduct. Achievements and Limitations*, cit., p. 48 ss.; Id., *What Is Non-State Law? A Primer*, cit., p. 49 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

inoltre la speciale attitudine ad ambientarsi operativamente alle peculiari condizioni di pluralismo normativo, cui si è fatto cenno *retro*, che caratterizzano l'attività economica *cross-border* e, in modo particolare, le catene globali del valore. È stato già osservato come un simile contesto sollevi non solo problemi di giustificazione della pretesa di giurisdizione ma soprattutto ricorrenti situazioni «cross-normativity» che esigono di essere gestite e, ancor prima, inquadrate secondo criteri e metodi adeguati.

Per illustrare tale aspetto, è possibile richiamare una specifica categoria di norme e di pratiche (interpretative)[96], la cui caratteristica principale consiste nella capacità di creare situazioni di connessione (di «legal entanglements») tra contenuti normativi che provengono da ordinamenti di diversa matrice, non soltanto territoriali o formali.

Come norma di connessione o di interfaccia[97], la *due diligence* pone per esempio il giudice nazionale nella condizione di ricostruire l'aspettativa di condotta rivolta, se del caso, al soggetto societario, prendendo in considerazione la pluralità di contenuti normativi rilevanti, a prescindere da valutazioni inerenti alla rispettiva validità formale. La gestione delle situazioni di interconnessione è in larga misura rimessa allo sviluppo di criteri ed argomenti, sovente di natura sostanziale, che orientano la selezione del campo normativo *rilevante* per decidere la fattispecie concreta[98].

Quando è adottata come base di responsabilità di persone giuridiche, la *due diligence* consente di definire l'aspettativa rivolta nei confronti dell'ente in termini di prevenzione di impatti avversi per i diritti umani ad es. valorizzando non solo il complesso di riferimenti normativi che sono applicabili in quanto giuridicamente cogenti ma soprattutto quelli che risultano *rilevanti*, sulla base di criteri che guardano, a titolo di esempio, all'intensità e natura dei contatti che l'impresa intrattenga con la «giurisdizione» in cui si verifichi l'impatto avverso; all'adesione a regimi regolatori privati, per es. di fonte contrattuale; alle *policy* adottate nell'ambito del gruppo o della catena, che siano giuridicamente vincolati oppure praticati.

È evidente, allora, come per definire l'aspettativa normativa rivolta nei confronti di un ente, come ad es. di una *lead firm,* la *due diligence* sia in grado di replicare – di simulare – il modo stesso in cui l'impresa organizza l'assetto di *compliance* nell'ambito dei numerosi ambiti spaziali in cui essa opera, direttamente e attraverso le catene del valore.

[96] Su questa categoria di norme, N. Krisch, '*Framing Entangled Legalities Beyond the State*' in N. Krisch (a cura di), *Entangled Legalities Beyond the State,* Cambridge, 2023, p. 21.

[97] Cfr. P. Kjaer, *Global Law as Inter-Contextuality and as Inter-Legality*, in J. Klabbers, G. Palombella (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, cit., p. 309.

[98] Un caso illustrativo di questa attitudine della regola di *due diligence* è: District Court of The Hague, *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell PLC* (26 May 2021) C/09/571932/HA ZA 19-379 (Milieudefensie v. RDS).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

5. Il diritto sanzionatorio, penale o punitivo, è coinvolto nelle dinamiche giuridiche di «responsabilizzazione» degli attori societari in relazione alle violazioni dei diritti umani associati alla loro operatività transnazionale. Assicura, infatti, la funzionalità stessa del modello di *regulation*, su cui queste legislazioni si basano.

La direttiva europea in tema di «corporate sustainability due diligence» illustra esattamente la tendenza da ultimo segnalata, come si è avuto modo di osservare nelle note introduttive di questo capitolo.

In particolare, l'art. 27 della direttiva impegna gli Stati membri dell'Unione a stabilire la disciplina delle sanzioni, «anche pecuniarie», applicabili nei casi di violazione delle disposizioni nazionali adottate per dare attuazione alla direttiva e, in modo particolare, all'obbligo di *due diligence* delle imprese che ne sono destinatarie.

Secondo una formula consueta per il diritto europeo, la direttiva si limita a stabilire che le sanzioni, anche pecuniarie, siano «effettive, proporzionate e dissuasive», lasciando al margine di apprezzamento degli Stati membri e, quindi, al diritto nazionale, la definizione della relativa disciplina e natura.

La funzione dissuasiva che le sanzioni devono possedere e i relativi criteri commisurativi, indicati dal secondo paragrafo dell'art. 27, ne rendono evidente la natura punitiva. È riservata al diritto interno nazionale, invece, l'eventuale opzione di identificare queste sanzioni punitive come pene.

La direttiva individua certamente in quella pecuniaria la tipologia sanzionatoria indefettibile, come ben si evince dal terzo paragrafo dell'art. 27, che peraltro identifica un'ulteriore peculiare forma di sanzione di tipo sociale («naming and shaming»), a sostegno dell'effettività della punizione pecuniaria nei casi di inadempimento. È rimessa al legislatore nazionale l'opportunità di valutare la previsione di ulteriori tipologie sanzionatorie, con il solo limite che esse siano effettive, proporzionate e dissuasive. Inoltre, il diritto europeo non preclude la possibilità per gli Stati membri di affidare l'applicazione di queste sanzioni ad autorità giudiziarie, conformemente ai quadri istituzionali e alle direttrici di fondo dei singoli ordinamenti interni, anche per ciò che attiene ai relativi livelli di garanzia[99]. Nella versione attuale, la direttiva specifica poi quale sia il modulo di determinazione della sanzione pecuniaria applicabile per i casi di violazione delle disposizioni nazionali di recepimento: la base è infatti individuata nel «fatturato netto mondiale» della singola impresa (o del gruppo, quindi consolidato[100]) e il limite minimo è definito secondo un meccanismo di tipo percentuale (5% di quel fatturato)[101].

[99] Cfr. Direttiva (UE) 2024/1760, *considerando* (76).

[100] Cfr. Direttiva (UE) 2024/1760, *considerando* (76).

[101] Su questo metodo di determinazione percentuale della sanzione pecuniaria, cfr. le osservazioni di P. Caeiro, *Broadly Unknown, but Deservedly Unloved? Turnover-based Fines and their Transplant from Competition Law to EU Criminal Law,* in L. Grossio, S.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Si tratta di un aspetto su cui interviene la direttiva (UE) 2026/470[102], individuando nel 3% del fatturato netto mondiale della società, o del fatturato netto consolidato nel caso di gruppi, il limite *massimo* della sanzione pecuniaria irrogabile; la Commissione europea è autorizzata ad emanare apposite linee guida per garantire un'applicazione ragionevolmente uniforme della direttiva con riferimento in particolare ai livelli sanzionatori.

La previsione, nella direttiva in esame, di un regime di *public enforcement*, come quello tratteggiato nei suoi estremi dall'art. 27, conferma il rilievo cruciale che il diritto sanzionatorio punitivo ovvero penale riveste nell'ottica della responsabilità di soggetti societari per aver omesso di prevenire impatti avversi per i diritti umani o l'ambiente nei relativi ambiti di operatività (compresa, entro certi limiti, la catena di attività). Una simile opzione appare ancora più significativa, dal punto di vista sistematico, considerando come la direttiva (UE) 2026/470[103] abbia eliminato la regola di armonizzazione minima prevista in tema di responsabilità civile dell'impresa per i danni conseguenti all'omessa prevenzione di impatti avversi per i diritti umani e l'ambiente[104]. Un'opzione di questo genere non solo conferma le difficoltà nello stabilire un *framework* comune in materia di responsabilità civile e le particolari resistenze riscontrate in questo specifico campo ma pone in risalto una più generale linea di tendenza nel senso della *recessività* della tutela risarcitoria in favore di regimi di *public enforcement* a carattere punitivo. A fronte delle importanti criticità che riguardano la tutela civile in questo ambito, i sistemi sanzionatori-punitivi, specie se concepiti secondo i modelli del «diritto penale economico dei diritti umani»[105], promettono maggiori prestazioni in termini di effettività e deterrenza, sebbene possano comprimere le aspettative di riparazione e accessibilità alla giustizia delle vittime.

5.1. Nell'ottica del sistema sanzionatorio di *enforcement*, la questione davvero rilevante è costituita dall'identificazione del modello di «corporate (criminal) liability» che queste legislazioni adottano per dare attuazione agli obblighi di *due diligence* e agli obiettivi di tutela che esse perseguono.

Montaldo, V. Mitsilegas (a cura di), *Proportionality of Criminal Penalties in EU Law*, Oxford, 2025, p. 137.

[102] Cfr. Direttiva (UE) 2026/470 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 febbraio 2026 che modifica le direttive 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 e (UE) 2024/1760 per quanto riguarda taluni obblighi relativi alla rendicontazione societaria di sostenibilità e taluni obblighi relativi al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, punto 19).

[103] Cfr. Direttiva (UE) 2026/470 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 febbraio 2026.

[104] Cfr. Direttiva (UE) 2026/470 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 febbraio 2026.

[105] Cfr. *retro,* § 1.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Le «due diligence laws», compresa la direttiva europea, fondano la responsabilità punitiva delle società sulla violazione del dovere di prevenire impatti avversi o reati[106] negli ambiti di operatività rilevanti, ponendo in essere un adeguato processo di *due diligence*, basato sul rischio ed esteso a ricomprendere anche contesti di attività estranei al perimetro formale della persona giuridica. In questo senso, il paradigma di responsabilità punitiva che delineano è stato correttamente individuato secondo l'efficace formula del «failure to prevent»[107]. In buona sostanza, nell'ambito di queste legislazioni (e non soltanto), il «failure to prevent» traduce in termini di responsabilità il modello di regolazione policentrica dell'attività economica transnazionale e delle relative esternalità negative basato sulla *due diligence*; quest'ultima rappresenta il contenuto sostanziale del dovere di prevenzione su cui si fonda questo schema di «corporate criminal liability».

Per le sue caratteristiche, il «failure to prevent» risulta coerente con l'approccio regolatorio che distingue le «due diligence laws» ed è una soluzione tecnicamente attrezzata per impostare una disciplina di responsabilità punitiva degli enti in grado di operare nel contesto transnazionale, come in particolare nell'ambito delle catene globali del valore. È significativo, a questo proposito, come il modello del «failure to prevent» risulti generalmente indicato come una soluzione tecnica efficace per impostare una disciplina della responsabilità degli enti in relazione ai reati riconducibili al concetto di «modern slavery»[108].

In effetti, questo modello si afferma progressivamente, a cominciare dal Bribery Act[109], come un tentativo di riconcettualizzare la responsabilità penale dei soggetti corporativi su basi alternative rispetto a quelle riconducibili alla «identification doctrine», considerata nelle sue diverse varianti[110].

[106] L'oggetto del dovere di prevenzione può essere infatti diversamente individuato: cfr. *ultra*, nt. 132.

[107] Cfr. L. Campbell, *Corporate Liability and the Criminalisation of Failure*, in *Law and Financial Markets Review,* 2018, 12; J. Clough, *'Failure to Prevent' Offences: The Solution to Transnational Corporate Criminal Liability?*' in E. Bant (a cura di), *The Culpable Corporate Mind*, Bloomsbury, 2023, p. 395.

[108] Cfr. A. Anderson, H. Harris, *The Failure to Prevent Modern Slavery: Proposing a Novel Legal Approach in Attributing Corporate Criminal Liability for Transnational Human Rights Abuses*, cit., p. 1.

[109] Cfr. A. Anderson, H. Harris, *The Failure to Prevent Modern Slavery: Proposing a Novel Legal Approach in Attributing Corporate Criminal Liability for Transnational Human Rights Abuses*, cit., p. 14.

[110] Ampiamente, M. Dsouza, *The Corporate Agent in Criminal Law - An Argument for Comprehensive Identification,* in *The Cambridge Law Journal,* 2023, 79; M. Dsouza, C. Schmitt-Leonardy, *Old and New tracks for Corporate Criminal Liability,* in K. Ambos, A. Duff, A. Heinze, J. Roberts, T. Weigend (a cura di), Core *Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Volume III.* Cambridge, 2025; Clough, *Bridging the Theoretical Gap: The Search for a Realist Model of Corporate Criminal Liability*, cit., p. 293; C. Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, cit., p. 85 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

In particolare, il modello del «failure to prevent» si distingue nettamente dai moduli identificativi in ragione del rilievo preminente che assegna all'*organizzazione* nell'attribuzione di responsabilità all'ente. Questo rilievo si esprime, in primo luogo, nell'escludere le persone fisiche, che compongono l'organico della persona giuridica, dal processo di *attribution*. In secondo luogo, in base a questi modelli, la responsabilità dell'ente risulta associata ad una valutazione normativo-funzionale in termini di negligenza organizzativa; questa è veicolata, a seconda dei casi, o attraverso la previsione di doveri sostanziali di «due diligence», oppure autorizzando la persona giuridica a dimostrare di aver adottato le misure organizzative ragionevolmente necessarie per prevenire il rischio di un reato o di altro evento avverso («due diligence defense»). Appare chiaro, allora, l'orientamento regolatorio di questo paradigma di responsabilità. Il «failure to prevent» è espressione di un diritto penale che segna un netto superamento dell'approccio «command and control»[111]. L'assetto penale persegue l'obiettivo di coinvolgimento dell'agente meta-individuale – con la sua razionalità e le relative risorse organizzative – nel processo regolatorio associato al programma di tutela o al più generale obiettivo di *policy*. Questo si verifica, per esemplificare, quando l'obiettivo di tutela sia rappresentato dal rispetto dei diritti umani, come definiti nei quadri internazionali, oppure nel perseguimento dei programmi di sostenibilità nel campo dell'attività di impresa. Il «failure to prevent» è generalmente indicato come un modulo di responsabilità in grado di incidere effettivamente sulle «policy interne» e sulla cultura organizzativa dell'impresa, mobilitandone le risorse, di ordine manageriale e normativo, verso l'adozione di assetti di *compliance* coerenti con gli obiettivi di prevenzione rilevanti a seconda dei campi di materia.

Il limite più consistente dei moduli di «corporate criminal liability» basati su schemi di «attribution» identificativi[112] risiede nella difficoltà di decifrare la complessità delle strutture societarie contemporanee e, in modo particolare, dei processi decisionali che si svolgono nelle dinamiche dei gruppi multinazionali e nei *network* societari, come le catene di fornitura. Decifra-

[111] In merito all'orientamento regolatorio del diritto penale, cfr. *retro,* nt. 9; con riguardo allo schema del «failure to prevent», cfr. D. Ahern, *Corporate Law and statutory Liability*, in M. Petrin, C. Witting (a cura di), *Research Handbook on Corporate Liability*, Cheltenham, 2023, p. 61.

[112] Con riferimento a questi modelli di «attribution», cfr. C. Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, cit., p. 63 ss.; K. Tiedemann, *Corporate Criminal Liability as a Third Track*, in D. Brodowski, M. Espinoza de los Monteros de la Parra, K. Tiedemann, J. Vogel (a cura di), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Cham, 2014, 11 ss.; Buell, *Corporate Criminal Liability,* in M. Petrin, C. Witting (a cura di), *Research Handbook,* cit., p. 100 ss.; E. Lim, *Attribution,* in M. Petrin, C. Witting (a cura di), *Research Handbook,* cit., 156; cfr. inoltre lo studio di M. Dzousa, *The Corporate Agent in Criminal Law - An Argument for Comprehensive Identification,* cit., p. 79.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

re questi contesti secondo le lenti dell'*agency* individuale per rintracciare le persone fisiche, ad es. i «senior managers», che impegnano la responsabilità dell'ente, è una pretesa virtuale[113]. Questi limiti di ordine tecnico-giuridico riflettono criticità più profonde dei modelli c.d. identificativi, che hanno a che fare – come la letteratura ha dimostrato – con un'incompiutezza di fondo, «epistemica»: nell'ottica della responsabilità punitiva, il riconoscimento della persona giuridica come autonoma soggettività rimane ancora confuso e parziale, tanto che i meccanismi imputativi continuano a tradurre la struttura dell'ente attraverso il *medium* della condotta individuale.

Nei *network* societari che costituiscono le catene di produzione del valore, il tema dell'«attribution» riveste dimensioni problematiche ulteriori: gli approcci nominalisti di «corporate criminal liability»[114], come almeno in parte i modelli basati su una colpevolezza di organizzazione, non sono in grado di superare il limite formale rappresentato dalla *persona giuridica*. In altre parole, essi risultano inadeguati per i contesti concreti, qui in esame, dove si registra una discrasia tra dimensione giuridica e livelli effettivi di *integrazione* tra le diverse entità societarie, sia attraverso legami proprietari e, soprattutto, sul piano commerciale e strategico. Mentre ciascuna delle imprese conserva intatta la propria autonoma soggettività, le catene del valore, in cui si svolge la loro attività, raggiungono gradi esponenziali di coordinamento, in termini manageriali, organizzativi, normativi (*compliance*) e, naturalmente, commerciali.

In questa prospettiva, il paradigma del «failure to prevent» segna una duplice discontinuità. Da un primo punto di vista, lo schema risolve alla radice le criticità associate al meccanismo di «attribution» individuale (tramite la persona fisica) e articola i presupposti della responsabilità secondo una visione realistica della persona giuridica, sensibile alle dinamiche dell'«agency» societaria. Il paradigma è in grado di cogliere la «corporateness» del soggetto destinatario della sanzione punitiva[115]: la responsabilità è infatti basata sulla capacità dell'organizzazione di conformarsi ad una specifica aspettativa legale, mobilitando a tal fine le rispettive risorse epistemiche, normative ed operative.

Dal secondo punto di vista, il «failure to prevent» non soffre il limite del «corporate veil» ed è programmato, quindi, per trascendere applicativamente l'autonomia formale del singolo ente societario. Il dovere di prevenzio-

[113] In questi termini, C. Wells, *Corporate Criminal Liability: A Ten Year Review*, cit., p. 878.

[114] In tal senso, A. Anderson, H. Harris, *The Failure to Prevent Modern Slavery: Proposing a Novel Legal Approach in Attributing Corporate Criminal Liability for Transnational Human Rights Abuses*, cit., p. 36; J. Clough, *Bridging the Theoretical Gap: The Search for a Realist Model of Corporate Criminal Liability*, cit., p. 293.

[115] Cfr. J. Elias, C. Wells, *Catching the Conscience of the King: Corporate Players on the International Stage*, cit., p. 109.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ne – o l'obbligo di *due diligence* – è di regola riferito ad impatti avversi per i diritti umani «at work» o, ancora, reati, che si verifichino o possano realizzarsi anche negli ambiti operativi relativi a società del gruppo oppure che appartengano alla catena di fornitura. In tal senso, lo schema in parola consente la responsabilizzazione giuridica degli enti societari per il modo stesso in cui regolano, organizzano e, in sintesi, esercitano la «governance» della catena del valore, sebbene entro i limiti di volta in volta legalmente stabiliti.

Allo stesso modo, non deve essere trascurato come, nell'ottica di questo schema, anche l'attribuzione oggettiva dell'evento normativamente designato – i.e., che doveva essere prevenuto – si svolga in modo del tutto indifferente alla dimensione della persona fisica, che abbia agito (o non agito) nell'interesse, a vantaggio o, comunque, per conto della persona giuridica. L'evento che costituisce il *target* del dovere di prevenzione è attribuito all'ente in base a criteri non solo oggettivi ma che hanno un contenuto di ordine funzionale o al più normativo: pertanto, il nesso di attribuzione è instaurato, ad esempio, per il solo fatto che l'evento che doveva essere prevenuto si sia verificato in un ambito di operatività connesso ovvero riferibile a quello della società da relazioni di tipo giuridico (partecipazione societaria), organizzativo o da rapporti commerciali. Nell'instaurare questo nesso, secondo lo schema del «failure to prevent», ciò che rileva è il modo in cui si articola la dinamica produttiva, che rappresenta esattamente il contesto in funzione del quale si svolge il processo di «legal accountability».

5.2. Oltre a garantire la praticabilità delle discipline punitive societarie nell'ambito delle catene del valore, lo schema del «failure to prevent» realizza una razionale semplificazione del contenuto sostanziale del rimprovero. Per illustrarla è ripercorrere brevemente quale sia il fondamento della responsabilità della persona giuridica in base a questo paradigma. L'ente risponde per aver omesso di prevenire il verificarsi di un impatto avverso, un reato oppure un altro evento che la disciplina di riferimento identifichi come rilevante. Il fatto ascritto alla persona giuridica presenta quindi una dimensione essenzialmente normativa: consiste, cioè, nella violazione del dovere giuridico di prevenzione, eventualmente definito – nei suoi contenuti – attraverso il riferimento al processo di *due diligence*. È un fatto che si definisce secondo lo schema dell'inosservanza di un'aspettativa giuridica di condotta, parametrata in base ad una serie di valutazioni normative che consentono di stabilire la misura concreta della diligenza dovuta. Ancora: si tratta di un fatto riferibile al soggetto societario in termini di spiccata autonomia sostanziale rispetto all'azione individuale delle persone fisiche che operino nell'organizzazione o per conto di essa.

Il dovere di prevenzione – o l'obbligo di «due diligence», quando si è nell'ambito delle legislazioni sinora esaminate – è quindi il nucleo fondamentale di questo schema di responsabilità.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Il concetto di «prevenzione» impegna in termini concettuali ed operativi la categoria del «rischio», che rappresenta esattamente l'oggetto cui si rivolge il dovere dell'ente e il parametro in relazione al quale se ne verifica e misura l'eventuale inosservanza. Tale aspetto è evidente nell'ambito della direttiva europea in tema di «corporate sustainability due diligence», dove l'obbligo di *due diligence* è espressamente definito in funzione della prevenzione di un rischio di un impatto negativo per i diritti umani o l'ambiente (art. 5, § 1, CSDDD)[116].

Il paradigma in esame si distingue in modo molto netto dai modelli che declinano la responsabilità dell'ente in funzione della causazione – attiva o per omesso impedimento – dell'evento che doveva essere evitato, sia esso identificato in un impatto avverso per determinati interessi o in un reato. Esiste una differenza fondamentale tra lo schema del «failure to prevent» e i modelli di «corporate criminal liability» c.d. causali, in base ai quali la persona giuridica risponde per aver causato ovvero omesso di impedire che il reato o l'evento avverso si verificassero.

Prevenzione e causazione, sia pure per «omesso impedimento», non sono assimilabili dal punto di vista tecnico-giuridico e concettuale. Nel modello del «failure to prevent», la prevenzione del rischio esige che la persona giuridica adotti regole, procedure od altre misure che siano appropriate a contenere ovvero minimizzare il rischio di un impatto avverso. L'aspettativa di comportamento rivolta all'ente esibisce un contenuto coerente con la dimensione funzionale e organizzativa del rimprovero; ciò risulta particolarmente chiaro proprio con riferimento alle legislazioni che associano lo schema del «failure to prevent» alla regola di *due diligence*. Ad esempio, nell'ambito della CSDDD, il dovere di prevenzione è definito secondo le fasi e le attività in cui si articola il processo di «due diligence»[117]; ciascun momento della sequenza è rilevante in quanto funzionale a ridurre la probabilità che un impatto avverso si verifichi, adottando misure adeguate e specifici piani di azione[118].

In questa prospettiva, la relazione che intercorre tra la violazione dell'obbligo di «due diligence» – i.e. del dovere di prevenzione – e l'impatto od evento avverso in concreto verificatosi assume rilievo in una dimensione che può essere definita astratta. Per stabilire se vi sia stata un'inosservanza del dovere di prevenzione, il riferimento non è l'evento, concretamente considerato, bensì il rischio che esso si verifichi. L'astrazione dalla situazione concreta che rappresenta l'impatto avverso rende evidente come la

[116] In ordine a questo aspetto, si consideri M. Corgatelli, *«Impatto negativo» e «rischio» nella direttiva sulla corporate sustainability due diligence: questioni aperte*, in *Banca, Impresa e Società*, 2025, *early access*.

[117] Cfr. Direttiva (UE) 2024/1760, artt. 8, 10, 11 e 12, nonché *considerando* (20).

[118] Cfr. Direttiva (UE) 2024/1760, art. 10, § 2 nonché *considerando* (46).

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

violazione del dovere si collochi in un momento logicamente anteriore rispetto alla causazione e all'omesso impedimento. Anteriorità e astrazione sono i caratteri tipologici della prevenzione e consentono di distinguere tale concetto da quello – qualitativamente differente – di causazione.

I due caratteri, appena posti in luce, riflettono il contenuto dell'aspettativa di comportamento rivolta all'ente secondo questo paradigma di «corporate criminal liability». Le regole, le procedure e, più in generale, le misure che si richiede l'ente adotti per prevenire il rischio di un impatto avverso non hanno un contenuto propriamente cautelare[119] e non rispondono ai parametri, per es. di accertamento, e ai saperi nomologici del determinismo causale. In via generale, è ormai diffusa la convinzione secondo cui l'adeguatezza od idoneità di una regola o misura per la prevenzione di un rischio inerente all'organizzazione non possano essere interpretati in concreto secondo i moduli dell'efficacia causale/impeditiva[120]. L'organizzazione si esprime in regole, procedure, protocolli e altri strumenti che si riconnettono al rischio-reato in termini di minimizzazione, secondo un giudizio di ordine essenzialmente normativo-funzionale (di «appropriatezza» della misura adottata, o che l'ente avrebbe dovuto porre in essere, a contenere entro le soglie del consentito la probabilità del verificarsi di una categoria di fatti, designata attraverso il riferimento astratto ad una fattispecie incriminatrice).

Nello schema del «failure to prevent», allora, l'accertamento della responsabilità di un ente societario per aver omesso di *prevenire* il rischio di un determinato impatto avverso non richiede né verifiche controfattuali né di identificare la serie causale rilevante tra l'omissione e la situazione concreta che si sia realizzata. Piuttosto, l'accertamento procede secondo un grado relativo di astrazione rispetto al concreto evento e si articola nelle forme di un giudizio in ordine alla conformità delle misure adottate a quanto fosse ragionevole e appropriato attendersi dall'ente, considerate le indicazioni normative ed epistemiche rilevanti, le informazioni e risorse disponibili così come la misura concreta della possibilità di intervenire per minimizzare il rischio. Un giudizio, quindi, normativo e astratto, programmato per trascendere valutazioni che impegnano i criteri della causalità,

[119] Sviluppano la distinzione tra regole cautelari, in senso proprio, e cautelative, a contenuto procedurale od organizzativo, M. Ronco, *La colpa in particolare*, in Id., *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2017, p. 563 ss.; D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., p. 463; F. Giunta, *La legalità della colpa*, cit., p. 127; P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, Padova, 2003.

[120] Cfr. C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001), Parte* I, in *Cass. pen*., 2013, p. 376 ss.; Id., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001), Parte II*, in *Cass. pen*., 2013, p. 842 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

inappropriati per offrire una "lettura" delle dinamiche dell'organizzazione quale vettore di prevenzione di determinate categorie di rischi.

Per queste ragioni, lo schema del «failure to prevent» è considerato, a confronto con i modelli di responsabilità di enti c.d. causali, molto più adeguato per essere applicato in relazione a dinamiche di rischio che si snodano attraverso strutture societarie complesse ovvero lungo i *network* globali di produzione. Dinamiche che sollevano, come ben noto, problemi estremamente seri dal punto di vista dell'instaurazione di effettive correlazioni causali tra «danni», «impatti avversi» o altri eventi e inosservanza di doveri di tutela dell'ente rispetto a determinati interessi.

A questo proposito, è significativo come nella discussione accademica e nei quadri internazionali di riferimento il modello della responsabilità per causato o contribuito alla causazione di un evento avverso risulti concettualmente autonomo dallo schema della violazione di un dovere di «due diligence», rivolto alla prevenzione di un rischio di un impatto negativo o, ancora, di un reato. Tale aspetto è particolarmente evidente nella penultima versione consolidata della proposta per un «legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises» (di seguito «LBI»), attualmente in discussione nell'ambito dell'apposito «working group» instaurato presso lo *Human Rights Council* delle Nazioni Unite[121].

La versione in parola[122] contemplava due autonomi modelli di responsabilità giuridica per le imprese: l'uno era basato sullo schema consolidato della causazione di una violazione dei diritti umani o del contributo sostanziale in essa prestato dalla *corporation* («complicity»[123]); l'altro invece era concepito esattamente secondo lo schema del «failure to prevent», indicando nella «due diligence» il contenuto del dovere rilevante di minimizzare il rischio di causare o contribuire alla causazione di una violazione dei diritti umani, inerente alle attività della società, delle relative controllate così come dei partner commerciali che costituiscono la catena di fornitura.

La previsione di questo specifico modello di «corporate liability» è stata eliminata all'esito delle negoziazioni, tanto che l'attuale *draft* del LBI[124] adotta, rispetto a questo tema, una soluzione articolata sul difficile concetto di «conspiracy» e su tre tipiche figure di «accessorial liability». L'opzione

[121] In tema, cfr. M. Krajewski, S. Regalia, O. Davaanyam, *Analysis of the UN Updated Draft Legally Binding Instrument on Business and Human Rights,* CISDE, 2023.

[122] Cfr. OEIGWG, *Report on the eighth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights* (A/HRC/52/41), 30 dicembre 2022.

[123] Cfr. «LBI», art. 8.3.

[124] Cfr. «Updated draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises» (Dicembre 2024).

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

di abbandonare per gli enti societari lo schema del «failure to prevent» in favore di moduli di responsabilità concepiti per le persone fisiche risulta molto discutibile per la fondamentale ragione che essi risultano inadeguati a cogliere la «corporateness» del soggetto artificiale e delle relative dinamiche.

5.3. È discusso se la direttiva in tema di «corporate sustainability due diligence» indichi o meno agli Stati membri un preciso schema di responsabilità delle società, anche in relazione agli impatti avversi associati ai fenomeni di *modern slavery*.

L'art. 27 della direttiva non impegna espressamente il piano della configurazione del modello di responsabilità, lasciando le relative opzioni tecniche in merito alla disciplina sanzionatoria punitiva alla discrezionalità dei singoli Stati membri dell'Unione. È possibile tuttavia ricavare dal complessivo impianto della direttiva e, soprattutto, dal modo in cui è stato disegnato l'obbligo di *due diligence* alcune coordinate estremamente rilevanti sul versante dell'elaborazione legislativa del modello di responsabilità.

Nella sostanza la direttiva consegna ai singoli Stati membri, per la fase di recepimento, uno schema di «corporate liability» a carattere punitivo che presenta molti degli elementi che identificano il modello del «failure to prevent», così confermando la soluzione emersa in altre legislazioni riconducibili alle «due diligence laws»[125].

Nella prospettiva della direttiva, la prevenzione del rischio di un impatto negativo per i diritti umani o per l'ambiente (art. 5 § 1) è chiaramente distinta dalla causazione (anche per omesso impedimento) di un impatto o dall'aver contribuito a determinarlo[126]. Il dovere di prevenzione di un impatto negativo è definito secondo le scansioni tipiche del processo di *due diligence* (art. 5). Si tratta di un processo scandito in più fasi complementari connotato da un andamento ciclico e continuo.

La fase di tipo cognitivo (acquisizione di informazioni circa i fattori di rischio, identificazione e valutazione)[127] rappresenta il presupposto per lo sviluppo di misure adeguate, ivi compreso un piano di azione, per prevenire impatti avversi potenziali ovvero arrestare quelli già in atto[128]. Quando quest'ultima opzione non sia praticabile, l'impresa deve adottare misure idonee a minimizzare l'entità dei relativi effetti, per esempio in termini di danni che la situazione di impatto negativo produca[129].

Il processo iterativo della *due diligence* non si esaurisce nella prevenzione

[125] Cfr. *retro,* § 3; nonché J. Clough, *Failure to Prevent Offences: The Solution to Transnational Corporate Criminal Liability?,* cit., 395.

[126] Cfr. Direttiva (UE) 2024/1760, *considerando* (45).

[127] Cfr. Direttiva (UE) 2024/1760, art. 8.

[128] Cfr. Direttiva (UE) 2024/1760, artt. 10 e 11.

[129] Cfr. Direttiva (UE) 2024/1760, *considerando* (53).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

del rischio o nell'intervento teso ad arrestare una situazione di impatto già in atto oppure a minimizzarne gli effetti negativi. In particolare, il ciclo della *due diligence* comprende anche una fase di tipo propriamente «correttiva» ed una invece «riparativa». La prima è riflessiva, nel senso che essa consiste nel dovere per l'impresa di adottare uno specifico piano correttivo – o di vincolare ad esso le società controllate o i *business partner* diretti – finalizzato a risolvere le condizioni, ad esempio di ordine organizzativo, che abbiano reso possibile il verificarsi della situazione di impatto negativo. La correzione implica quindi una revisione dell'assetto di gestione di *quel* rischio che si sia concretizzato: essa può riguardare concretamente una o più fasi (antecedenti) del processo ciclico di *due diligence*. La riparazione[130] è invece proiettata verso l'esterno e ha essenzialmente ad oggetto la messa in atto di iniziative, azioni e misure orientate alla restaurazione sostanziale degli interessi che siano stati lesi nella situazione di impatto negativo per i diritti umani e l'ambiente.

Considerato il carattere ciclico e continuo del processo di *due diligence,* è evidentemente molto semplicistico individuare un modulo di responsabilità omogeneo per la violazione dell'obbligo di *due diligence*. A ben vedere, l'inosservanza di quel dovere è destinata ad assumere rilievo differente a seconda della fase del processo iterativo in cui si colloca. Di conseguenza, la disciplina punitiva associata all'obbligo di *due diligence* dovrà essere concepita in modo tale che la responsabilità punitiva dell'ente assuma configurazioni coerenti con il diverso contenuto dell'aspettativa legale di comportamento veicolata nei confronti dell'impresa. In questo senso, è possibile distinguere una dimensione preventiva del processo di *due diligence* ed una invece a carattere reattivo. Tale distinzione, abbastanza stagliata anche nell'impianto della direttiva, può certamente rappresentare un sicuro riferimento, nella fase di recepimento legislativo, per configurare il modello di «corporate criminal liability» più adeguato ad esprimere la complessa dinamica dell'obbligo di *due diligence*.

Con riferimento alla prospettiva di ordine *preventivo*, è arduo contestare che un rilievo debba essere riconosciuto all'impatto negativo, come situazione concreta in cui si realizzi il rischio che l'impresa avrebbe dovuto adeguatamente gestire (art. 5 § 1).

Che l'impatto debba assumere un rilievo giuridico nello schema di responsabilità si deduce anche dall'importante disposizione della direttiva – destinata a permanere anche all'esito della direttiva «omnibus» – che definisce i criteri che gli Stati membri dovranno considerare per disciplinare non soltanto le modalità di determinazione della misura della sanzione pecuniaria punitiva ma anche la stessa opportunità di applicarla. Il secondo paragrafo dell'art. 27 richiama una serie di indici valutativi che risultano

[130] Cfr. Direttiva (UE) 2024/1760, art. 12 e *considerando* (58).

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

coerenti con il contenuto complesso dell'obbligo di *due diligence*, la cui violazione è rilevante. La maggior parte di essi sono infatti orientati secondo una duplice prospettiva: taluni guardano agli aspetti commisurativi rilevanti nell'ottica della prevenzione del rischio di un impatto negativo (art. 27, § 2, lett. a); altri invece investono la dimensione reattiva o correttiva (art. 27, § 2, lett. f). Gli ulteriori indici sono invece trasversali e conferiscono rilievo ad aspetti di personalizzazione normativa del rimprovero a contenuto organizzativo[131], secondo un'ottica oggettiva (benefici finanziari o vantaggi conseguiti od evitati per effetto della violazione) e soggettiva (recidiva nell'illecito; misura del contributo proattivo prestato dall'ente).

Anche questi parametri, insieme alle considerazioni sinora svolte, suggeriscono di inquadrare la responsabilità associata alla violazione dell'obbligo di *due diligence,* quando l'impatto sia ancora soltanto un rischio, secondo lo schema del «failure to prevent». In base a questo paradigma, come osservato prima[132], la situazione concreta di impatto assume sì rilievo ma non nella prospettiva di un evento costitutivo, causalmente connesso – pure in termini di evitabilità – all'inosservanza del dovere di prevenzione. Piuttosto, la situazione che concretizza il rischio è la condizione che dovrebbe consentire la rilevazione giuridica della violazione dell'obbligo, orientando – nella fase di accertamento – le valutazioni inerenti all'appropriatezza normativo-funzionale delle misure se del caso adottate dall'impresa per prevenire lo specifico rischio poi concretizzatosi. Tale accertamento, come specificato sopra, non segue le cadenze proprie di un giudizio controfattuale, in ragione del fatto che la relazione tra l'inosservanza di un obbligo organizzativo, come la *due diligence,* e l'evento che concretizzi il rischio si sottrae alle formule, sia pure relativizzate, del determinismo causale. L'illecito dell'impresa presenta quindi una struttura che rassomiglia ad un illecito d'obbligo o di rischio ma con la differenza – per vero fondamentale – che la relazione con l'evento che realizzi il rischio mantiene un rilievo decisivo e condiziona, in ultima analisi, il significato complessivo del congegno punitivo.

In tal senso, una volta che sia stato precisato come il modello di responsabilità per violazione dell'obbligo di *due diligence* debba essere diversamente configurato a seconda della fase rilevante del processo iterativo, il dilemma tra un «failure to prevent» e un «failure to comply» risulta ridimensionato. La dimensione preventiva e proattiva della *due diligence* esige uno schema di responsabilità che assicuri un grado di rilievo all'impatto negativo che si sia verificato, sebbene nella prospettiva normativo-funzionale appena indicata. Il versante in senso lato reattivo – quindi, correttivo e sostanzialmente riparativo – è più che compatibile con una disciplina della responsabilità elaborata secondo lo schema del «failure to comply».

[131] Cfr. Direttiva (UE) 2024/1760, art. 27, lett. e) e g).
[132] Cfr. *retro,* § 4.2 e 4.3.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

PARTE VII

La testimonianza tra psicologia e diritto

Santo Di Nuovo

La psicologia della testimonianza: ci si può fidare della memoria umana?

Sommario: 1. La testimonianza perde di rilevanza? – 2. L'attendibilità del testimone: sa, e vuole, dire la verità? – 3. Il testimone è influenzato dal contesto. – 4. Il testimone risponde a ciò che gli viene chiesto. – 5. Uno studio sperimentale. – 6. Considerazioni conclusive.

1. La testimonianza è uno dei campi più significativi in cui la psicologia trova applicazione nel diritto, poiché la ricerca della verità giuridica interseca la valutazione delle potenzialità e dei limiti cognitivi della mente umana. Nelle procedure giudiziarie è necessario valutare l'attendibilità del testimone analizzandone la memoria e il linguaggio, la maturità affettiva, la possibile influenza di fattori suggestivi o di pressioni esterne che possono alterare la percezione o la rielaborazione dell'evento nella memoria.

È fondamentale peraltro tenere conto dell'età e della maturità del testimone, della natura dell'evento, soprattutto se traumatico, e del contesto in cui la testimonianza viene resa, che può influenzarla in modo rilevante. L'esame testimoniale di un bambino vittima di violenza, di un adolescente che fa parte di una banda di coetanei, di un lavoratore che ha assistito ad un incidente ad un collega, di un collaboratore di giustizia o di un pentito di mafia, configurano fattispecie in cui la memoria e il linguaggio per raccontarla sono attivati in modi profondamente diversi.

L'apporto della psicologia all'esame testimoniale è fondato su riferimenti teorici alle variabili cognitive, studiate da tempo dalla ricerca sperimentale[1]. In particolare, sono stati distinti nella memoria i processi di codifica da quelli di ricordo libero a breve e lungo termine[2]. Sono stati studiati effetti

[1] H. Ebbinghaus, *Memory: A contribution to experimental psychology*, Columbia University, New York 1885; F.C. Bartlett, *Remembering: A study in experimental and social psychology*, Cambridge, University Press, 1932; W. Stern, *The psychology of testimony*, in *Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 34, 1939, n. 1, pp. 3-20; G. Sperling, *The information available in brief visual presentations*, in *Psychological Monographs: General and Applied*, vol. 74, 1960, n. 11, pp. 1-29; E. Tulving, D.M. Thomson, *Encoding specificity and retrieval processes in episodic memory*, in *Psychological Review*, vol. 80, 1973, n. 5, pp. 352-373. Applicazioni alla testimonianza in ambito giudiziario: E.F. Loftus, *Eyewitness Testimony*, Harvard University Press. Cambridge, 1979; G.H. Gudjonsson, *The psychology of interrogations and confessions: A handbook*, Wiley, New York, 2003.

[2] Aa.Vv., *The Cognitive Neuroscience of Memory: Encoding and Retrieval*, a cura di A. Parker, T.J. Busse, E.L. Wilding, vol. 1, Psychology Press, Hove, UK, 2005.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

specifici come il "paradigma DRM"[3] secondo cui le false memorie vengono generate mediante associazioni semantiche, influenzabili culturalmente. Numerosi volumi hanno evidenziato l'importanza di tener conto delle risultanze degli studi psicologici nella raccolta delle testimonianze ai fini del giudizio sia penale che civile, discutendo le modalità più utili a tale scopo[4].

Ma la testimonianza oculare rischia di avere minore considerazione in un'epoca di diffusione delle tecnologie. Essa avviene sempre più spesso in un contesto in cui altri indizi sulla scena del crimine derivano da verifiche tecniche, dall'esame dei messaggi sui social media, da videoregistrazioni di persone che riprendono la scena con il telefono o delle telecamere di sorveglianza capillarmente diffuse, anche se le immagini non sempre consentono di rilevare nitidamente i dettagli. Inoltre, aumenta la fiducia degli inquirenti nelle prove basate sulle tecnologie e sulle neuroscienze, dalle analisi genetiche al recente "mind-captioning"[5]. Tutto questo induce ad affidarsi di meno a ciò che i testimoni riferiscono verbalmente; oppure si considerano questi referti linguistici solo un mezzo per confermare quanto ipotizzato con altri mezzi.

Le testimonianze restano però essenziali mezzi di prova quando ne mancano altri, soprattutto in casi di maltrattamenti o abusi di cui si occupa spesso la giustizia minorile: casi in cui il testimone può essere la stessa vittima.

La Corte di cassazione ha ribadito più volte la validità probatoria della testimonianza della vittima minorenne, a condizione che la sua valutazione sia condotta con rigore e cautela. Tra gli esempi più recenti, la sentenza che rigetta un ricorso in cui si contestava la credibilità della testimonianza, sostenendo che le dichiarazioni fossero state travisate, frutto di 'contagio dichiarativo' e domande suggestive (Cass. Pen., Sez. III, sent. n. 39482 del 2 luglio 2024). In altra sentenza in tema di violenza sessuale nei confronti di minori, secondo la Corte il mancato espletamento della perizia sulla capacità a testimoniare del minorenne non determina l'inattendibilità della testimonianza, se non emergono elementi patologici che possano far dubitare della capacità (Cass. Pen., Sez. III, sent. n. 46531 del 24 settembre 2024).

[3] Sul paradigma Deese-Roediger-McDermott (DRM) v. H.L. Roediger, K.B. McDermott, *Creating false memories: Remembering words not presented in lists*, in *Journal of Experimental Psychology*: *Learning, Memory, and Cognition*, vol. 21, 1995, n. 4, pp. 803-814.

[4] Fra i testi di autori italiani: L. De Cataldo Neuburger, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Giuffrè, Milano, 1988; G. Mazzoni, *Psicologia della testimonianza*, Carocci, Roma, 2011; A. Mestitz, *Chiedere, rispondere e ricordare*, Carocci, Roma, 2003; R. Rumiati, C. Bona, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, Mulino, Bologna, 2019; G. Sartori, *La memoria del testimone*, Giuffrè, Milano, 2021.

[5] Uso di tecniche di Risonanza Magnetica Funzionale (fMRI) e Intelligenza Artificiale per decodificare immagini mentali presenti nel cervello traducendole in descrizioni testuali accurate. Cfr. M. Kozlov, *'Mind-captioning': AI decodes brain activity to turn thoughts into text*, in *Nature*, vol. 647, 2025, n. 8089, p. 297; T. Horikawa, *Mind captioning: Evolving descriptive text of mental content from human brain activity*, in *Science Advances*, vol. 11, 2025, n. 45, p. 1464.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Riguardo alla testimonianza della vittima di violenza sessuale, secondo la Corte (Sez. III, sent. n. 36348 del 7 novembre 2025) non è indispensabile che le dichiarazioni siano corroborate da riscontri esterni; è sufficiente che il giudice riscontri la capacità a testimoniare, poi la credibilità soggettiva, quindi l'attendibilità intrinseca del racconto.

Però la stessa corte di Cassazione ha fissato delle rigorose cautele: il racconto del minorenne va inquadrato nel contesto sociale, familiare e ambientale, al fine di escludere l'intervento di fattori inquinanti in grado di inficiarne la credibilità; e questo va fatto anche laddove l'accertamento peritale di cui all'art. 196, comma 2, c.p.p., abbia accertato la capacità di comprendere e riferire i fatti della vittima minorenne (sez. III, sent. n. 13069 del 29 marzo 2024).

Sono pertanto i casi in cui il testimone è la stessa vittima del reato quelli in cui la testimonianza assume rilievo spesso esclusivo, e va verificata rigorosamente per evitare errori e alterazioni del ricordo.

2. La domanda sull'affidabilità del testimone oculare è preliminare alla possibilità di usare quanto riferito come valida prova giudiziale. L'inattendibilità può derivare dalla incapacità di attivare correttamente la memoria (per motivi di età, di capacità intellettive, di coinvolgimento emotivo); oppure dalla tendenza ad alterare volontariamente la realtà: in questo caso la motivazione prevale sulla memoria e la distorce al fine di nascondere la verità.

La legge punisce la testimonianza falsa o reticente, ma non sempre è facile distinguere la volontà di fuorviare l'inquirente dalla reale incapacità di ricordare con precisione eventi, magari avvenuti molto tempo prima, che sono stati alterati da processi cognitivi e motivazionali interferenti.

La memoria può essere deviata da suggestioni esterne, specie in età infantile, o in contesti in cui il gruppo fa pressioni per riferire una realtà modificata rispetto alla memoria reale: ad esempio nei reati associativi, come quelli di stampo mafioso, o in quelli commessi da bande giovanili fortemente coese nella difesa del gruppo. Si è tentato di rispondere a queste alterazioni volontarie con l'esame degli aspetti psicofisiologici o neuroscientifici della simulazione, ma senza esiti definitivi in quanto i margini di errore di queste tecniche non assicurano l'esenzione da rischi di falsi positivi che il sistema giuridico non può accettare[6].

Ma è anche possibile che siano conflitti interni ad alterare o addirittura a rimuovere ricordi spiacevoli: la psicoanalisi ha ampiamente precisato quali processi possono portare a cancellare memorie dalla coscienza, rendendole inaccessibili al richiamo verbale senza che la persona se ne renda conto.

Inoltre, riguardo i minorenni, anche nei casi in cui le procedure ammettono la loro testimonianza, va accertata la capacità di distinguere la realtà

[6] Per maggiori dettagli: S. Di Nuovo, *Svelare le simulazioni: apporti delle neuroscienze alla ricerca della verità giudiziaria*, in *Giustizia Insieme*, 2020, n. 2, pp. 1-6.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

dalla fantasia, e di resistere all'influenzamento esterno formandosi un pensiero autonomo; nonché la capacità di riferire le memorie con linguaggio appropriato. Le neuroscienze contribuiscono a definire quando il bambino è capace di esaminare correttamente i suoi contenuti di coscienza, e di riferirne in modo attendibile[7].

3. La raccolta delle testimonianze devono tenere conto delle ricerche sperimentali sulla natura attivamente 'ricostruttiva' della memoria, ed individuare le variabili che possono favorire errori, suggestioni, interferenze, decadimento nel tempo.

Importanti variabili studiate si riferiscono all'interazione fra le capacità mnemoniche della persona (incluse quelle emotive e motivazionali precedentemente esposte) e gli aspetti del contesto che influenzano la codifica e poi il richiamo degli elementi su cui la testimonianza si basa.

Informazioni suggestive o non veritiere presentate da una fonte sociale durante o dopo un evento possono creare notevoli distorsioni nella memoria dei partecipanti, o ricordi completamente falsi. Secondo dati riferiti al sistema statunitense oltre il 70% delle condanne che sono state ribaltate da successive prove del DNA avevano implicato identificazioni errate da parte di testimoni oculari, la maggior parte delle quali apparivano molto sicure[8], e questo ha contribuito alla già citata svalutazione della testimonianza oculare rispetto alle prove scientifiche.

L'influenza sociale si può verificare già nella fase di codifica che avviene durante l'evento. Diversi studi hanno affrontato il problema della codifica "incidentale" delle informazioni, ossia la codifica non intenzionale che avviene durante la percezione dei ricordi nei testimoni oculari. Errori di "codifica" possono derivare dallo spostamento dell'attenzione durante l'evento su elementi diversi, alcuni dei quali diversamente connotati sul piano sociale e perciò prevalenti nell'attrarre il focus attentivo a scapito di altri, che pertanto non vengono fissati in memoria. Se gli osservatori sono molteplici, l'attenzione "condivisa" può concentrarsi – anche in assenza di interazioni ed accordi diretti – su dettagli specifici culturalmente rilevanti, inducendo a trascurare elementi che non verranno memorizzati[9]. Anche le caratteristiche sociali degli osservatori possono influenzare questo proces-

[7] Il tema è trattato in un precedente articolo: S. Di Nuovo, A. Garofalo, *Il bambino sa quello che fa? Coscienza e responsabilità nell'infanzia: tra diritto e neuroscienze*, in *Giustizia Insieme*, 2021, n. 5, pp. 1-19.

[8] B.L. Garret, *Convicting the innocent: Where criminal prosecutions go wrong*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2011.

[9] G. Shteynberg, *A silent emergence of culture: the social tuning effect,* in *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 99, 2010, n. 4, pp. 683-699; D.C. Richardson, C.N. Street, J.Y. Tan, N.Z. Kirkham, M.A. Hoover, A. Ghane Cavanaugh, *Joint perception: gaze and social context,* in *Frontiers in Human Neuroscience*, 2012, n. 6, 2012, n. 6, art. 194, pp. 1-8.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

so di selezione spontanea dell'attenzione condivisa[10]. Questi elementi sono particolarmente importanti quando i testimoni oculari sono molteplici e l'effetto dell'attenzione condivisa può essere quindi moltiplicativo ai fini della memorizzazione dell'evento: la valorizzazione o la trascuratezza di alcuni elementi possono derivare proprio da questi inadeguati processi di codifica, seppur in assenza di interazioni dirette e volontarie tra gli osservatori, ma per il fatto che l'evento è vissuto e "condiviso" con altri osservatori con caratteristiche sociali più o meno simili.

È importante però sottolineare che gli studi condotti prevalentemente in laboratorio sono ben diversi dagli scenari reali di situazioni osservate e memorizzate da testimoni oculari; gli esperimenti dovrebbero avvicinarsi quanto più possibile a queste situazioni reali, e questo è consentito in modo molto accurato dai recenti sviluppi delle tecniche di simulazione artificiale.

4. Un ulteriore elemento esterno che può alterare, in modo non volontario da parte del testimone, il ricordo dell'evento interessante per la procedura giudiziarie, è il tipo di domande che vengono rivolte per sollecitare il ricordo. I metodi individuati dalla ricerca psicologica sperimentale tendono a minimizzare l'influenza del modo di porre le domande al testimone. Tra questi metodi, la "intervista cognitiva" mira ad agevolare un corretto recupero delle memorie evitando influenze esterne e l'integrazione di informazioni fuorvianti[11]. Al testimone si chiede di ricostruire mentalmente il contesto dell'evento, includendo luogo, sensazioni, suoni, odori ed emozioni provate. Ricostruito il contesto dell'evento, si sollecita una narrazione libera senza interruzioni, riferendo ogni dettaglio ricordato. Le successive domande vengono formulate a partire dagli elementi emersi dal racconto spontaneo. La coerenza delle risposte viene valutata facendo invertire l'ordine temporale degli eventi ricordati, e chiedendo di cambiare prospettiva descrivendoli dal punto di vista dell'attore del reato o di altri presenti. Si sollecitano così modalità di rievocazione alternative che possono favorire l'emergere di nuovi dettagli non emersi inizialmente. Tutto in un clima di accettazione e di fiducia, che smorza l'emotività negativa in genere attivata dalla testimonianza.

L'intervista cognitiva contrasta con le tradizionali tecniche di interrogatorio, che includono domande suggestive, rischiando di alterare così i

[10] U. Wagner, A. Giesen, J. Knausenberger, G. Echterhoff, *The joint action effect on memory as a social phenomenon: The role of cued attention and psychological distance*, in *Frontiers in Psychology*, 2017, n. 8, pp. 1-10.

[11] R.P. Fisher, R.E. Geiselman, *Memory-enhancing techniques for investigative interviewing*, Thomas, Springfield, 1992; S. Mastroberardino, *L'intervista cognitive*, Carocci, Roma, 2011: A. D'Ambrosio, *La memoria del testimone. La tecnica dell'intervista cognitiva con l'adulto e il minore. Aspetti giuridici, teorici e pratici*, FrancoAngeli, Milano, 2020.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

ricordi dei testimoni. Queste tecniche seguono una logica non di rievocazione spontanea degli elementi memorizzati, ma piuttosto "confermativa" delle ipotesi di chi pone le domande, spesso "chiuse" o a scelta multipla. Ad esempio, si chiede di riconoscere dettagli anziché verificarne la presenza, e questo aumenta il rischio di errori e falsi riconoscimenti.

È stato verificato sperimentalmente che la memoria di "riconoscimento" (per esempio, di parole o di volti) consente di ricordare più elementi rispetto alla memoria basata sulla libera rievocazione, ma rischia di dare anche più "falsi positivi", cioè ricordi erronei di elementi non presenti tra gli stimoli iniziali. La tentazione di usare questo metodo è tanto più forte negli inquirenti quanto più essi possiedono altri elementi di testimonianza (di cui si è detto all'inizio) e quindi mirano a confermare questi elementi nelle ulteriori testimonianze. Fornire elementi che il testimone può incorporare nel ricordo anche senza che ne abbia avuta esperienza percettiva reale, favorisce il "*Misinformation Effect*" che si rafforza e consolida col tempo, sicché lo stesso testimone considererà gli errori come reali in successivi interrogatori, ad esempio al momento dell'udienza processuale.

Questo effetto sarà tanto più ampio quanto la persona è suggestionabile, dipendentemente dalle sue condizioni cognitive ed emotive, ma soprattutto dall'età: si pensi ad un minorenne testimone o vittima di abuso, interrogato su eventi (e loro dettagli) che vengono dati per scontati.

5. Di recente abbiamo compiuto una ulteriore verifica sperimentale di quanto il modo di porre le domande (suggestivo o no) determini l'accuratezza delle informazioni rievocate nella testimonianza oculare, evitando falsi ricordi o errori; aggiungendo a questo antico quesito di ricerca un altro: se le differenze riscontrate immediatamente dopo la visione dell'evento si mantengano anche a distanza di tempo. Lo studio è stato compiuto mediante presentazione di un video che simulava realisticamente una rapina, e successivamente chiedeva di rievocare alcuni elementi della scena visualizzata, ripetendo poi questa inchiesta a distanza di una settimana. Per escludere possibili effetti di condivisione dell'attenzione in fase di codifica dell'evento, i partecipanti visionavano il video in tempi e luoghi distinti, senza possibilità di interferenza reciproca, neppure visiva. L'inattendibilità del testimone verificata non è spontanea né volontaria, ma è indotta esclusivamente dal modo di porre le domande: ad un sottogruppo l'intervista "cognitiva" sopra descritta, mentre agli altri partecipanti veniva proposta una intervista suggestiva, prevalentemente a risposte 'chiuse'.

I risultati dello studio, descritto più ampiamente in altra sede[12], eviden-

[12] S. Di Nuovo, C. Cannizzo, I. Messina, E. Raspaolo, R. Smeriglio, *La psicologia della testimonianza: porre domande adeguate per ottenere risposte attendibili*, in *Giustizia Insieme*, 2026, n. 4.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ziano differenze significative tra le due condizioni sperimentali già nell'immediato; e queste differenze si mantengono a distanza di tempo. Dopo una settimana infatti si osserva un generale decadimento della prestazione mnestica in entrambe le condizioni sperimentali, ma il confronto longitudinale evidenzia differenze nel *Misinformation Effect*, che porta a integrare informazioni mancanti con elementi plausibili ma non realmente presenti. Nella risposta a domande suggestive le percentuali di risposte corrette restano sostanzialmente invariate, aumentano i "non ricordo", mentre i ricordi incoerenti si riducono lievemente, pur restando comunque più elevati rispetto all'intervista non suggestiva. Il fatto che le risposte, seppure non corrette, risultano più coerenti se la testimonianza viene ripetuta, contribuisce a spiegare perché l'intervista suggestiva resta diffusa nelle procedure inquirenti, specie se le ipotesi su cui si basano le domande sono già abbastanza forti. I risultati confermano inoltre che, pur usando l'intervista cognitiva – certamente più attendibile – è essenziale raccogliere le testimonianze quanto prima possibile, per far sì che i vantaggi di questo strumento nell'attendibilità investigativa diminuiscano progressivamente col passare del tempo.

6. In conclusione, va ribadita l'importanza della testimonianza nelle procedure giudiziarie, non solo come controprova di quanto ipotizzato con altri mezzi, ma, al contrario, come mezzo per formulare ipotesi da verificare mediante le tecnologie, se disponibili.

Essenziale resta il contributo alla testimonianza, in ambito sia penale che civile, da parte della psicologia, nelle dimensioni cognitive (riguardo gli aspetti del consolidamento della memoria e del suo richiamo) e in quelle emotive e sociali, riguardo le motivazioni dei falsi ricordi, attivati spontaneamente o a seguito di interferenze esterne.

Un'utile indicazione della psicologia cognitiva riguarda le modalità di attivazione del ricordo: la rievocazione è preferibile al riconoscimento, nonostante questo sembri stimolare maggiori capacità di richiamo se gli stimoli da riconoscere sono corretti (ma non sempre lo sono). Come il nostro studio ha ulteriormente confermato, la modalità di 'intervista cognitiva' è quindi più utile rispetto a quella suggestiva, e va preferita nei contesti giudiziari anche se in essi è forte la tentazione di chiedere conferme su eventi e dettagli ipotizzati mediante altri mezzi.

Dalla psicologia proviene anche l'indicazione che nella rievocazione libera vanno attentamente controllate le possibili interferenze (esterne e interne), usando le tecniche più appropriate per la specifica situazione e il relativo contesto.

Anche se molto è stato scritto sulla psicologia della testimonianza, studi ulteriori possono chiarire aspetti ancora problematici e servire da spunto per la formazione degli operatori giudiziari.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Giuseppe Sartori

La testimonianza e gli errori nel ricordo

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il modello del testimone-notaio. – 3. L'attendibilità estrinseca e intrinseca. – 4. La soglia del ragionevole dubbio in termini probabilistici. – 5. I fatti confondibili e l'effetto von Restorff. – 6. La legge dell'oblio e la distanza temporale. – 7. Dissonanza cognitiva e distorsione mnemonica. – 8. L'effetto del pentimento. – 9. Il contributo delle scienze cognitive alla valutazione della prova dichiarativa.

1. Nel processo penale la testimonianza ha un ruolo centrale, soprattutto quando non sono disponibili riscontri oggettivi esterni (attendibilità intrinseca). In questi casi, il giudice deve valutare l'accuratezza del racconto sulla base di criteri qualitativi, come la coerenza interna, i dettagli specifici e la plausibilità del ricordo. Il testimone, secondo la Giurisprudenza penale, è considerato credibile fino a prova contraria, come possono essere gli errori di percezione, di ricordo o falsità intenzionale. La presunzione di veridicità delle dichiarazioni testimoniali è alla base del processo penale, ma il giudice è chiamato a valutare attentamente ogni aspetto che possa mettere in discussione la validità delle dichiarazioni.

2. Per modello cognitivo implicito si intende la "teoria cognitiva" non scritta esplicitamente ma deducibile dall'impianto normativo. Il modello cognitivo implicito nella giurisprudenza è quello del cosiddetto "testimone-notaio" ovvero il soggetto che registra fedelmente gli eventi e li riferisce al giudice. Le sue dichiarazioni sono assunte come veritiere fino a prova contraria la cui valutazione è interamente riservata al Giudice. Questa impostazione favorisce strutturalmente l'accusa: è sufficiente che il testimone formuli anche una sola dichiarazione utile ai fini del processo perché questa divenga elemento a sostegno dell'ipotesi accusatoria, indipendentemente dalla accuratezza della dichiarazione stessa. Il meccanismo è ben evidenziato in casi in cui un soggetto, dopo molte ore di esame nel corso delle quali ha costantemente sostenuto di aver agito da solo, finisce per accogliere un suggerimento relativo ad un presunto complice. Tale modifica della narrazione – avvenuta al termine di un lungo interrogatorio e in contrasto con tutto quanto dichiarato in precedenza – viene assunta come vera e posta a fondamento dell'ipotesi d'accusa. La difesa si trova pertanto a dover introdurre la prova contraria avvalendosi degli strumenti a disposizione, fra cui

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

quelli offerti dalle scienze cognitive, dimostrando che la struttura narrativa della deposizione vada a violare principi scientifici consolidati.

3. La valutazione della testimonianza si fonda su due criteri distinti: quello dell'attendibilità estrinseca e quello dell'attendibilità intrinseca. L'attendibilità estrinseca consiste nell'utilizzare dati oggettivi a conforto delle dichiarazioni del testimone. Se il testimone afferma di essersi recato a Londra in una certa data, un biglietto aereo può confermare tale circostanza. Questo approccio è del tutto analogo alla logica adottata nella ricerca scientifica sulla memoria, dove i ricercatori conoscono il dato oggettivo presentato al soggetto e sono in grado di valutare l'accuratezza del ricordo.

L'attendibilità intrinseca, invece, si fonda sulla valutazione della struttura della narrazione in assenza di riscontri oggettivi. La qualità del racconto viene desunta attraverso parametri strutturali quali la quantità di dettagli, la sequenzialità temporale, la spontaneità delle dichiarazioni, la completezza e la coerenza. Dal punto di vista scientifico, tuttavia, l'attendibilità intrinseca rappresenta una forma debole di attendibilità. Un esempio intuitivamente chiaro è quello dei soggetti che riferiscono di essere stati rapiti da extraterrestri[1]: i loro racconti soddisfano spesso tutti i criteri strutturali dell'attendibilità intrinseca, eppure questo non consente di inferire la realtà degli eventi narrati. Nonostante tale limite, sul piano giuridico le due forme di attendibilità sono sostanzialmente equivalenti e interscambiabili, entrambe idonee a fondare un giudizio di colpevolezza.

4. Perché un giudice possa convincersi della responsabilità di un imputato "al di là di ogni ragionevole dubbio", è necessario che il testimone su cui si fonda l'accusa e valutato con i criteri dell'attendibilità intrinseca presenti un'accuratezza del ricordo elevata al punto tale da integrare il criterio precedentemente esposto. Una ricerca condotta su circa 360 partecipanti ha indagato la traduzione numerica di tale concetto in termini di probabilità soggettiva. I risultati mostrano che il concetto di "al di là di ogni ragionevole dubbio" viene valutato intorno al 90% tanto dai giudici quanto dagli avvocati e dai cittadini comuni. Per confronto, il criterio decisionale del processo civile – il "più probabile che non" – corrisponde a un livello di convincimento del 60%. Pur nella sua apparente solidità, una soglia del 90% implica che in un campione di dieci condanne un Giudice che tenga il criterio costante andrà a condannare un innocente su 10 condannati. La ricerca internazionale ha inoltre dimostrato che, contrariamente a quanto prevede la teoria giuridica, tale criterio non viene applicato in modo uniforme: i giudici tendono ad alzare la soglia al 90-95% nei casi di omicidio e ad abbassarla al 70% circa nei casi di

[1] S.J. Lynn, I.I. Kirsch, *Alleged alien abductions: False memories, hypnosis, and fantasy proneness*, in *Psychological Inquiry*, 1996, n. 2, vol. 7, pp. 151-155.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

violenza privata, in contrasto con i principi fondamentali del diritto processuale penale[2] che vede la regola decisionale indipendente dal reato valutato.

5. Gli errori nel ricordo del testimone si concentrano nel richiamo di fatti confondibili, ovvero eventi che presentano numerosi aspetti in sovrapposizione con situazioni simili. I "fatti non confondibili" – come assistere a un accoltellamento – sono caratterizzati da elementi unici e difficilmente equivocabili, e vengono ricordati con maggiore precisione anche a distanza di anni. I fatti confondibili, al contrario, condividono molti elementi con eventi analoghi: il caso paradigmatico è il contatto fisico su un mezzo di trasporto pubblico, che può essere frutto di una spinta accidentale o di un palpeggiamento intenzionale, producendo descrizioni largamente sovrapponibili. Analogamente, maltrattamenti psicologici all'interno di una coppia e normali conflitti relazionali particolarmente accesi presentano un grado di sovrapposizione descrittiva molto elevato.

Questa tematica è nota in psicologia cognitiva fin dagli anni Trenta, come effetto von Restorff. Von Restorff dimostrò che gli eventi con caratteristiche uniche vengono ricordati significativamente meglio di quelli ripetitivi o simili ad altri. Gli eventi ripetuti producono risposte di tipo "non ricordo" oppure errori sistematici di ricostruzione. Un esempio concreto è il tentativo di ricordare cosa si faceva in un giorno specifico durante il lockdown del 2020: poiché i giorni, in quel periodo, erano strutturalmente identici, il ricordo specifico risulta quasi impossibile o comunque soggetto a molti errori.

6. L'effetto confondibilità viene ulteriormente amplificato dalla distanza temporale: più lungo è l'intervallo tra l'evento e il momento della rievocazione, maggiore è la distorsione del ricordo. Questo principio – noto come legge dell'oblio – stabilisce che la capacità di ricordare decade progressivamente nel tempo. Ne consegue che la testimonianza raccolta tempestivamente costituisce un indicatore di maggiore qualità del ricordo, mentre la testimonianza raccolta a distanza di mesi o anni è potenzialmente soggetta a distorsioni significative. Sul piano processuale, questo principio è rilevante nei casi in cui un dettaglio critico non viene riferito nell'immediatezza dell'evento ma emerge soltanto dopo anni: tale pattern è in contrasto con le leggi scientifiche della memoria e ad esso non può essere attribuita la medesima accuratezza potenziale di un ricordo effettuato nell'immediatezza.

7. Un altro meccanismo che agisce sulla distorsione dei fatti confondibili è la dissonanza cognitiva, ovvero un fattore motivazionale che spinge il testimone a rielaborare i propri ricordi allo scopo di ridurre l'incoerenza tra la memoria degli eventi e l'immagine che il soggetto ha di sé. Un sog-

[2] A.M. Magnussen, *The Norwegian Supreme Court and Equitable Considerations: Problematic Aspects of Legal Reasoning*, in *Scandinavian Political Studies*, 2005, n. 1, vol. 28, pp. 69-89.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

getto con una forte identità religiosa, ad esempio, tenderà inconsciamente a omettere o rielaborare il ricordo di propri comportamenti incompatibili con tale identità: non per volontà di ingannare, ma per effetto di un meccanismo cognitivo automatico. Ad esempio, una suora che ha bestemmiato tenderà ad omettere questo dettaglio nella narrazione degli eventi.

La dissonanza cognitiva agisce efficacemente sui fatti confondibili, mentre ha scarso effetto sui fatti non confondibili: non è possibile, ad esempio, trasformare il ricordo di una vanza alle Maldive in un ricordo di una vacanza a New York. Nei processi per abuso sessuale questo meccanismo assume particolare rilevanza, poiché la narrazione degli eventi può confliggere con l'immagine che la persona offesa ha di sé in quanto vittima, producendo rielaborazioni dei ricordi fuorvianti che non corrispondono, però, necessariamente a un'alterazione consapevole della verità.

8. Un altro fattore di distorsione mnemonica è il cosiddetto effetto del pentimento (*regret*). Questo meccanismo agisce in modo particolarmente efficace sui ricordi di eventi confondibili ed è coinvolto nella reinterpretazione retrospettiva dei fatti: il soggetto tende a rileggere eventi dei quali si pente minimizzando la propria quota di responsabilità nella loro realizzazione.

Nei processi per abuso sessuale, l'effetto di pentimento è di particolare rilevanza nei casi in cui il contatto sessuale è stato consensuale ma non desiderato. Studi condotti a livello internazionale documentano che una percentuale significativa di donne – circa il 20% – riferisce di aver vissuto nell'ultimo anno almeno un'esperienza di questo tipo, prevalentemente nell'ambito di una relazione stabile. In alcune circostanze, la rielaborazione retrospettiva dell'evento può portare alla sua reinterpretazione come abuso sessuale, con conseguenti implicazioni sul piano testimoniale e processuale di difficile enucleazione.

9. L'analisi fin qui condotta mette in luce come le scienze cognitive possano contribuire in modo rilevante a rendere operativo il criterio di attendibilità intrinseca. Il principale apporto consiste nel dimostrare che l'assunzione giuridica di veridicità – sulla quale si fonda il modello del testimone-notaio – non può essere applicata in modo acritico e universale, poiché numerosi parametri scientificamente fondati modulano la qualità del ricordo tanto in senso positivo quanto in senso negativo.

I fattori esaminati – confondibilità degli eventi, distanza temporale, legge dell'oblio, dissonanza cognitiva ed effetto del pentimento – non costituiscono argomenti a favore di una sola delle parti processuali: possono essere invocati sia dalla difesa che dall'accusa a seconda delle circostanze del caso concreto. L'integrazione tra la scienza cognitiva della memoria e il diritto penale non mira a indebolire la prova testimoniale, ma a renderla più rigorosa, consentendo una valutazione della testimonianza che sia scientificamente fondata e ancorata principio dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio".

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Vania Patanè

Dichiarazioni eteroincriminanti e metamorfosi dell'imputato in testimone assistito

Sommario: 1. Fondamento garantistico e contenuti del diritto al silenzio. – 2. *Ius tacendi,* contraddittorio e funzione cognitiva del processo. – 3. Dichiarazioni sul fatto altrui e metamorfosi dell'imputato in testimone assistito. – 4. Le garanzie del testimone assistito e i limiti all'obbligo di verità. – 5. Le aporie applicative del silenzio sulle dichiarazioni eteroincriminanti.

1. Il contributo dell'imputato alla verifica dei fatti oggetto dell'imputazione incide inevitabilmente sul corretto esercizio della funzione cognitiva del processo e, proprio in tale prospettiva, impone una delimitazione del diritto di tacere in senso strettamente funzionale all'esigenza di tutela dal rischio di autoincriminazione: svincolata dalla suddetta esigenza, la scelta dell'imputato di sottrarsi al confronto dialettico attraverso l'esercizio dello *ius tacendi* comporterebbe solo un ingiustificato pregiudizio al procedimento dialogico attraverso il quale si misura la corretta ricostruzione dei fatti, in questo itinerario cognitivo, legalmente tracciato, denominato processo.

È la stessa retorica giustificativa del diritto di tacere a tararne il *modus operandi* in relazione alle logiche del sistema: la collaborazione dell'imputato all'accertamento penale è una questione strettamente legata alle scelte di fondo dell'ordinamento processuale; tant'è che i profili "tecnici" della relativa disciplina normativa risultano direttamente e inequivocabilmente rapportabili alle istanze politiche e ideologiche che connotano il sistema in un determinato momento storico; istanze a loro volta riconducibili all'interno delle coordinate segnate dai principi accolti dalle fonti sovraordinate.

Tale rilievo risulta, a maggior ragione, avvalorato dalla scelta del legislatore delegante di non fornire direttive esplicite in merito alla disciplina dello *ius tacendi*, a fronte di una traduzione, per contro, spesso assai minuziosa, all'interno della l. del 16 febbraio 1987, n. 81, di altri principi fondamentali del vigente codice di rito.

Probabilmente, ribadire a chiare lettere le coordinate del diritto al silenzio è stato ritenuto superfluo, tenuto conto del fatto che l'art. 2 della l. del. n. 81 del 1987, esordisce fissando l'obbligo della normativa delegata «di attuare i principi della Costituzione e di adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale».

Ricordiamo che già a partire dal XVII secolo, seppure ancora solo a

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

livello di teorizzazione filosofica, si riconosce che «un uomo interrogato […] intorno a un delitto che ha commesso non è tenuto a confessare, senza garanzia di perdono, perché nessuno […] può essere per patto obbligato ad accusare sé stesso»[1]. Si tratta dell'enunciazione, per quanto ancora approssimativa, del principio "*nemo tenetur se detegere*", definito, a ragione, «la prima massima del garantismo processuale accusatorio»[2].

La polivalenza, sul piano semantico, del diritto al silenzio dell'imputato ne consente l'operatività in rapporto ad una gamma estremamente diversificata di situazioni[3]: dal diritto a essere avvisato della facoltà di non rispondere, a quello di non essere obbligato a rendere dichiarazioni autoincriminanti, con possibilità di tacere *in toto*, di non rispondere a singole domande, o, addirittura, di fornire risposte mendaci. Diritti, questi, cui è sempre e comunque correlata la pretesa a non dover subire conseguenze sfavorevoli sul piano processuale, probatorio e sostanziale in ragione dell'opzione in favore del silenzio.

Mentre attraverso il diritto a non essere interrogato si nega all'autorità procedente il potere di sottoporre coattivamente l'imputato all'interrogatorio, così preservando quest'ultimo da qualunque suggestione derivante dalla creazione di un rapporto dialogico intrinsecamente viziato dalla differente posizione degli interlocutori, il diritto a non autoincriminarsi si traduce in un'eccezione al dovere di verità, legittimando il rifiuto, da parte di qualsiasi soggetto sottoposto a un procedimento penale, di rilasciare dichiarazioni che potrebbero comportare la propria incriminazione. Infine, il diritto al silenzio, che rappresenta, probabilmente, la più lucida espressione del brocardo *nemo tenetur se detegere:* diritto al silenzio inteso non solo quale estrinsecazione dell'assioma della inviolabilità del segreto della coscienza, ma, soprattutto, nella prospettiva del riconoscimento di una prevalenza del diritto di difesa sulle stesse esigenze dell'accertamento penale, le quali non possono, sempre e comunque, essere ritenute preponderanti al punto da pretendere apporti informativi *contra se* da parte del soggetto interrogato.

2. Ipotizzando un sistema processuale in grado di accertare gli illeciti e le relative responsabilità anche in assenza di contributi informativi da

[1] T. Hobbes, *Leviatano*, (1651), trad. it., Roma, 2002, pp. 151-152

[2] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 7ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 623.

[3] E. Amodio, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione*?, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 412. Si ritiene opportuno precisare che la tripartizione proposta risulta quella che meglio permette di definire, in senso strettamente funzionale allo scopo della presente indagine, i diritti (e le correlative facoltà) spettanti al soggetto sottoposto ad un procedimento penale relativamente alla scelta se interloquire o meno in ordine all'accertamento fattuale, anche nell'eventualità di un'assunzione di obblighi testimoniali riconnessa al perfezionarsi di una vicenda estintiva del diritto di tacere.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

parte dell'accusato, il legislatore ha operato una scelta di campo univoca e precisa, nel senso di riconoscere all'imputato, oltreché alla persona sottoposta alle indagini preliminari (stante il disposto dell'art. 61 c.p.p), un diritto al silenzio nei rapporti con l'autorità procedente che trova esplicazione nell'attribuzione al soggetto interrogato della facoltà di non rispondere, della cui sussistenza deve essere informato, salva l'ulteriore precisazione che, in ogni caso, il procedimento seguirà il suo corso.

È la stessa retorica giustificativa dello *ius tacendi* a tararne le modalità operative in relazione alle logiche del sistema, nel senso che la disciplina dell'apporto informativo dell'imputato alla ricostruzione fatti risulta inevitabilmente condizionata da una serie di fattori riconducibili non solo alle scelte operate, sul piano normativo, in ordine alle garanzie riconosciute al soggetto sottoposto a procedimento penale, ma, altresì, al fine ontologico del processo. Se, sotto il primo profilo, è evidente che ogni garanzia è un limite, da modulare in funzione del valore che si intende tutelare, per quanto attiene al secondo, credo sia importante sottolineare come il modello di processo penale delineato dalla nostra Costituzione sia quello di un processo cognitivo, la cui funzione è di pervenire, pur nei limiti della fallibilità di ogni metodo, ad una decisione 'giusta'; la quale, a sua volta, dipende dai dati offerti all'esperienza conoscitiva del giudice, attraverso strumenti idonei alla verifica dell'imputazione.

È ovvio che l'osservanza delle norme di garanzia fondamentali stabilite in sede costituzionale e a livello di normativa sovranazionale[4] comporta determinate limitazioni nella sfera dell'attività di acquisizione probatoria, con possibili (spesso inevitabili) ricadute sul terreno dell'accertamento processuale. Si tratta di un prezzo che occorre pagare, in nome di irrinunciabili princìpi di civiltà giuridica; anche se è altrettanto ovvio che, ferma restando l'intangibilità di questa cornice di garanzie, la loro espansione deve trovare un limite, rappresentato da un doveroso rapporto di bilanciamento con le esigenze di funzionalità del processo penale rispetto al suo fine. In tale ottica è necessario, quindi, che il processo sia strutturato attraverso cadenze e forme idonee a propiziare un epilogo decisorio che consenta la condanna del colpevole e il proscioglimento dell'innocente, sulla base di elementi di conoscenza acquisiti nel rispetto di quei canoni metodologici imposti dall'idea che il fine di un processo che aspiri a definirsi 'giusto', secondo il modello delineato dall'art. 111 Cost., non possa essere soltanto la verità, ma la verità conseguita coerentemente all'opzione epistemologica effettuata dal legislatore costituzionale.

Tale considerazione induce a ritenere che il contraddittorio, nella dimensione consacrata dall'art. 111 Cost., abbia superato la valenza di garan-

[4] Sul punto si consenta il rinvio a V. Patanè, *Nemo tenetur se detegere: coordinate europee e parametri costituzionali del diritto a non collaborare dell'imputato,* in *Cass. pen*., 2024, n. 6, p. 1999 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

zia prettamente individuale, per essere elevato a canone di esercizio della funzione cognitiva, metodo privilegiato di verifica degli enunciati fattuali ai fini dell'accertamento della verità: accertamento che non può (e non deve) prescindere dall'apporto dialettico delle parti nella vicenda giudiziaria, perché ciò significherebbe rinunziare all'instaurazione di un contesto in cui agli attori processuali sia fornita la possibilità di produrre, confrontare ed elaborare, in chiave valutativa, argomenti che possano servire al giudice per fissare i risultati probatori da porre alla base della decisione attingendo al più alto livello qualitativo dell'informazione[5].

In un sistema che assume il contraddittorio a metodo di elaborazione probatoria in grado di propiziare le più ampie conoscenze possibili per pervenire a risultati adeguati a verificare l'ipotesi accusatoria e a fondare la decisione, è chiaro come una tutela 'ipertrofica' del diritto al silenzio agisca come fattore di crisi rispetto all'esigenza di garantire la completezza dell'accertamento. Il contributo dell'imputato alla verifica dei fatti oggetto dell'imputazione incide inevitabilmente sul corretto esercizio della funzione cognitiva del processo e, proprio in tale prospettiva, impone una delimitazione dell'ambito di operatività del diritto di tacere in senso strettamente funzionale alla tutela dal rischio di autoincriminazione: svincolata da questa esigenza la scelta di sottrarsi al confronto dialettico attraverso l'esercizio del silenzio comporterebbe solo un ingiustificato pregiudizio del procedimento dialogico impiegato per la corretta ricostruzione dei fatti. Se il contraddittorio è la regola epistemica che connota l'essenza della giurisdizione, quando se ne vanifica l'attuazione si svilisce la funzione del processo[6]. Non dimentichiamo che quanto più numerose sono le ipotesi ricostruttive plausibilmente prospettate e poi sottoposte al vaglio critico dell'organo giudicante, tanto maggiori sono le probabilità che il processo riesca a conseguire il fine di accertamento della verità. La completezza dell'accertamento è il presupposto necessario per l'affermazione di responsabilità.

Bisogna, quindi, contrastare qualsiasi tentativo di traslazione teleologica di una garanzia, quale il diritto al silenzio – indiscutibilmente fondamentale nella misura in cui è espressione della tutela costituzionalmente accordata all'imputato nel processo – in un ostacolo al corretto accertamento dei fatti

[5] Anche giurisprudenza della Corte europea ha enfatizzato la valenza conoscitiva del contraddittorio: non solo diritto al confronto, ma metodo per una ricostruzione per quanto possibile completa dei fatti, garantendo, attraverso un attento bilanciamento degli interessi di volta in volta in gioco, il maggior grado di effettività possibile, nel caso concreto, ai diritti riconosciuti nella Convenzione, posti in combinazione tra loro (cfr. Corte eur. dir. uomo, 20 aprile 2006, *Carta c. Italia* (*www.echr.coe.int*).

[6] In questi termini P. Ferrua, *Il 'giusto' processo tra modelli, regole e princìpi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 403; G. Giostra, *Prova e contraddittorio. Note a margine di una garbata polemica*, in Aa.Vv., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 205.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

e delle relative responsabilità Per tale ragione, vanno predisposti meccanismi normativi che circoscrivano al massimo le ipotesi in cui soggetti fonti di sapere probatorio possano sottrarsi al confronto con le parti interessate: il valore del contraddittorio non può ritenersi adeguatamente tutelato a fronte della perdita di apporti cognitivi utili alla ricostruzione fattuale, soprattutto ove tale costo non risulti imputabile ad esigenze di protezione del dichiarante dal rischio di forzate autoincriminazioni. La tutela apprestata dal diritto al silenzio va dunque calibrata in senso strettamente funzionale a quello che risulta essere il suo paradigma giustificativo; diversamente, si finirebbe per pagare un inutile prezzo sul piano degli apporti conoscitivi utili all'accertamento fattuale, compromettendone la completezza e, quindi, mettendo a rischio la possibilità di pervenire ad una decisione 'giusta'.

3. Se la *ratio* dell'attribuzione del diritto al silenzio risulta essenzialmente, seppure non esclusivamente, riconducibile all'esigenza di garantire l'imputato contro il rischio di *self-incrimination*, appare allora chiaro come, sul piano delle scelte normative, la valutazione di priorità vada operata tenendo presente quest' istanza di tutela, a fronte della quale può farsi legittimamente retrocedere l'esigenza di rimuovere ogni ostacolo alla ricerca della verità. Tuttavia, proprio per tale ragione, sarebbero censurabili, sotto il profilo della ragionevolezza, quelle soluzioni normative che, pur non necessarie per realizzare le garanzie della difesa, pregiudichino la funzione del processo[7].

Di fronte alla constatazione che il diritto al silenzio si configura come un limite oggettivo alla formazione della prova ad opera della fonte legittimata ad avvalersene, occorre evitare che l'esercizio di tale diritto, garanzia primaria e intangibile nell'esplicazione dell'autodifesa da parte dell'imputato, o dei soggetti ad esso equiparati *ex* art. 210 c.p.p., possa travalicare i confini che gli sono propri, dilatando irragionevolmente l'ambito di copertura offerto ben oltre i presupposti logici del suo riconoscimento, con il risultato di precludere informazioni probatorie anche in assenza di un'effettiva esigenza di tutela del dichiarante. Ecco perché, mentre nell'ipotesi in cui il diritto al silenzio venga esercitato sul fatto proprio non c'è dubbio circa la priorità dell'interesse correlato al principio *nemo tenetur se detegere,* per contro, ove venga esercitato sul fatto altrui, appare opportuno distinguere a seconda delle situazioni, bilanciando l'esigenza di garantire l'esplicazione dell'autodifesa dell'imputato, necessaria essenzialmente in rapporto al fatto proprio, con l'esigenza di non impedire l'accertamento probatorio rispetto al fatto altrui, sempreché, ovviamente, possa escludersi qualsiasi pregiudizio per il dichiarante.

[7] Corte cost., 2 novembre 1998, n. 361, in *Giur. cost*. 1998, 3083.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

La scelta di fondo operata nel nostro sistema è stata quella di un regime normativo estremamente complesso, articolato su più livelli, strutturati in relazione alla posizione soggettiva dell'interrogato, al contegno da questo adottato nei confronti dell'autorità interrogante, ai fatti cui si riferiscono le dichiarazioni rese e alla persistenza o meno di un interesse difensivo *post iudicatum*.

Le restrizioni dell'ambito operativo dello *ius tacendi* ruotano tutte, essenzialmente, attorno alla figura dell'imputato dichiarante *erga alios* – essendosi mantenuto – almeno apparentemente – inalterato l'ambito operativo del diritto di tacere sul fatto proprio. Poiché, peraltro, nessun articolo del codice contiene una positiva enunciazione del diritto al silenzio e atteso che il trattamento da riservare al dichiarante non è modulato solo sul contenuto auto o eteroaccusatorio delle sue dichiarazioni, per comprendere rispetto a quali parametri sia stata calibrata la latitudine operativa di questo diritto occorre, innanzitutto, guardare al regime dell'incompatibilità a testimoniare (di cui all'art. 197 c.p.p.), nonché alle previsioni contenute nell'art. 197 *bis* c.p.p.

Attraverso una riduzione dei nessi tra regiudicande destinati a rifluire nell'area dell'incompatibilità a testimoniare e una conseguente estensione dell'obbligo di rispondere secondo verità gravante sull'imputato dichiarante *erga alios, s*i è ristretto il novero dei soggetti fonte di prova che hanno diritto a sottrarsi al contraddittorio con l'accusato, pur avendo reso, in fasi anteriori del procedimento, dichiarazioni a carico dello stesso. L'esonero dal dovere di verità è stato, però, ricollegato non solo al tipo di legame fra le condotte riconducibili al dichiarante e all'imputato, ma anche al fatto che il procedimento di chi è chiamato a deporre abbia raggiunto o meno il traguardo della sentenza definitiva. Vengono, così, enucleate varie figure di dichiaranti in base ai diversi stati di relazione rispetto ai fatti oggetto del procedimento, secondo una graduazione che, partendo da una situazione di assoluta indifferenza propria del teste ordinario[8], giunge fino alla forma estrema di coinvolgimento, rappresentata dal concorso del dichiarante nel medesimo reato; differenze che si riverberano su differenti modalità di assunzione della dichiarazione e su diversi effetti dell'apporto dichiarativo.

Ridimensionando la latitudine operativa del diritto al silenzio sul fatto altrui, si prevede, sulla scorta del principio *semel loquens, semper loquens*, un impegno alla coerenza a fronte di un iniziale contegno collaborativo; re-

[8] A seguito della sentenza della Corte cost., 21 novembre 2006, n. 381, in *Cass. pen*., 2007, n. 2, 486, anche il coimputato o l'imputato in reato connesso o collegato, assolto con sentenza irrevocabile per non aver commesso il fatto, risulta assimilato *in toto* alla figura del testimone ordinario; ad avviso della Consulta, tale epilogo processuale è idoneo a dissolvere qualsiasi stato di relazione (forte o debole) tra il dichiarante e il processo nel quale egli è chiamato a deporre e, stante anche la garanzia del *ne bis in idem*, ripristina la terzietà dell'assolto rispetto al fatto oggetto dell'addebito.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

sta ferma l'inutilizzabilità probatoria delle dichiarazioni etero-accusatorie precedentemente rese, ove l'autore rifiuti l'esame in dibattimento da parte del difensore dell'imputato a cui esse si riferiscono.

Il regime delle garanzie di riferimento muta proprio in ragione del grado di coinvolgimento del dichiarante nella vicenda in corso, atteso che il suo trattamento è costituito da una sommatoria di diritti ed obblighi combinati secondo proporzioni variabili in ragione del tasso di prossimità del fatto addebitato al *loquens* rispetto a quello oggetto del procedimento: maggiore è questo tasso di prossimità, più le garanzie del dichiarante tendono ad coincidere con quelle dell'imputato, con una consentanea riduzione degli obblighi; più tende ad attenuarsi, più gli obblighi acquistano preponderanza a scapito dei diritti.

L'imputato sceglie, quindi, i tempi e i modi di somministrazione del suo contributo narrativo in ordine al fatto altrui: ma, venuta meno la possibilità di adattare le proprie strategie comportamentali al mutare degli eventi processuali, non gli è più consentito (*rectius*, non dovrebbe essergli consentito) avvalersi della facoltà di non rispondere a fronte di un iniziale contegno 'collaborativo' con l'autorità giudiziaria.

Snodo cruciale di questo complesso meccanismo normativo, che regola la trasformazione dell'imputato in testimone sul fatto altrui, è, in particolare, la disposizione, prima richiamata, contenuta nell'art. 64 comma 3° lett. *c* c.p.p., ai sensi della quale l'interrogato è informato che «se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'art. 197 e le garanzie di cui all'art. 197 *bis*». Tali dichiarazioni vengono, quindi, in considerazione quali atti idonei a comprimere un diritto individuale (il diritto al silenzio dell'imputato) e a predeterminare un mutamento di *status.* Informando il dichiarante circa gli effetti di una sua rinuncia alla facoltà di tacere, si tutela la libertà di autodeterminazione dell'individuo, che deve poter scegliere consapevolmente la condotta processuale da tenere. Tant'è che la sanzione di inutilizzabilità *ex* art. 64 comma 3° *bis* c.p.p. risulta espressione della volontà normativa di neutralizzare dichiarazioni dalle quali possano derivare obblighi e responsabilità, ogniqualvolta siano frutto di una scelta disinformata e quindi inconsapevole.

4. Qualsiasi tentativo volto a ridurre l'area del diritto al silenzio di chi rende dichiarazioni eteroincriminanti deve prendere atto di un dato incontestabile: non esistono congegni processuali o sostanziali in grado di impedire al dichiarante *erga alios* di sottrarsi al controesame da parte del soggetto chiamato in causa dalle sue dichiarazioni, a meno di introdurre obblighi penalmente sanzionati al fine di prevenirne o reprimerne l'inadempimento, oppure ricorrere a meccanismi in grado di neutralizzare qualsiasi pregiudizio per la posizione dell'accusatore.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Una volta ridotta la sfera di incidenza che i nessi fra le regiudicande sono destinati a esercitare sull'incompatibilità a testimoniare, e conseguenzialmente ridefinito il perimetro operativo del diritto di tacere in senso strettamente funzionale alla protezione dal rischio di autoincriminazione, la legge si è, quindi, preoccupata di predisporre un congegno di tutela in favore del dichiarante sul fatto altrui che, obbligato a rispondere secondo verità, a seguito dell'assunzione della qualifica di testimone, proprio dalla verità potrebbe subire pregiudizio.

La protezione dell'interesse autodifensivo dell'imputato accusatore gravato di un obbligo di verità è stata sostanzialmente modulata su tre opzioni di fondo: il riconoscimento del diritto all'assistenza del difensore, della facoltà di non rispondere a domande suscettibili di coinvolgere proprie responsabilità e, infine, la previsione di inutilizzabilità *contra se* delle dichiarazioni rese. Si tratta, evidentemente, di una scelta che mira a tutelare questa figura ibrida di dichiarante dal rischio di rendere risposte autoincriminanti e compromettere, così, la propria posizione: appunto nella prospettiva di salvaguardarlo da tale rischio e, contemporaneamente, ridurre i pregiudizi che l'esercizio dello *ius tacendi* potrebbe comportare sul piano del diritto alla prova, l'art. 197 *bis* c.p.p. enuncia un duplice ordine di divieti, volti a compensare la perduta incompatibilità a testimoniare dell'imputato che renda dichiarazioni *erga alios*, limitatamente alla circostanza che ha determinato il venir meno dell'incompatibilità. Pertanto, se il coimputato è assunto come teste dopo la pronuncia di una sentenza irrevocabile, «non può essere obbligato a deporre sui fatti per i quali è stata pronunciata in giudizio sentenza di condanna nei suoi confronti, se nel procedimento egli aveva negato la propria responsabilità ovvero non aveva reso alcuna dichiarazione» (art. 197 *bis,* comma 4°, parte prima, c.p.p.). Nell'ipotesi, invece, in cui l'imputato venga assunto come testimone ai sensi dell'art. 64 c.p.p., anteriormente, quindi, alla definitività dell'accertamento sul fatto proprio, «non può essere obbligato a deporre su fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui si procede o si è proceduto nei suoi confronti» (art. 197 *bis,* comma 4°, parte seconda, c.p.p.).

Risulta evidente come l'ambito operativo di questo meccanismo di protezione debba essere individuato anche in rapporto all'art. 198 comma 2° c.p.p., atteso che le modalità di assunzione *ex* art. 197 *bis* c.p.p. vanno considerate come integrative, e non già sostitutive, di quelle dettate per l'ordinaria testimonianza, rispetto alla quale prescriverebbe delle garanzie aggiuntive. Mentre la garanzia di cui all'art. 197 *bis* comma 4° c.p.p. copre dichiarazioni riguardanti fatti già attribuiti alla responsabilità del dichiarante – almeno in via ipotetica, se il relativo processo fosse ancora pendente, o, in via definitiva, nel caso di decisione già passata in giudicato (risultando, quindi, circoscritta alle regiudicande passate e presenti) – il campo di applicazione dell'art. 198 comma 2° c.p.p. afferisce all'ipotesi in cui le

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dichiarazioni finiscano con il rivelare responsabilità nuove rispetto a quelle coperte dal giudicato o a quelle per cui si procede: in altri termini, addebiti ulteriori rispetto a quelli già contestati. I due divieti, l'uno di portata generale (art. 198 comma 2° c.p.p.), l'altro connotato da elementi di specialità (art. 197 *bis* comma 4° c.p.p.), integrandosi reciprocamente (e operando sinergicamente) impediscono all'autorità procedente di sollecitare dichiarazioni autoincriminanti: anche ove ciò si verificasse, riconoscono implicitamente all'imputato un diritto a rifiutarsi di deporre. In ogni caso, le dichiarazioni eventualmente rilasciate non possono essere utilizzate contro chi le ha rese nel procedimento a suo carico, nel procedimento di revisione della sentenza di condanna ed in qualsiasi giudizio civile o amministrativo relativo al fatto oggetto dei procedimenti e delle sentenze suddette (art. 197 *bis* comma 5° c.p.p.).

Infine, quest'ibrida configurazione del dichiarante, in ragione della sua posizione e degli interessi di cui è portatore, impone una particolare cautela valutativa del contributo dichiarativo così fornito, nella misura in cui l'attendibilità del contenuto è riposta nella sussistenza di elementi esterni volti a corroborarlo (come impone il richiamo all'art. 192 comma 3° operato dall'art. 197 *bis* comma 6° c.p.p.): evidentemente, consentire che un soggetto sia al tempo stesso accusatore e accusato non può risultare dato assolutamente neutro sul piano della valutazione del peso delle dichiarazioni assunte attraverso questo canale. Del resto, come rileva Damaška (seppure con riferimento ad una più ampia prospettiva) «una parte che sceglie liberamente di diventare una fonte di informazioni dovrebbe essere assimilata allo *status* di un normale testimone. Ad un esame più approfondito, tuttavia, compaiono differenze significative tra le parti e i testimoni ordinari, che suggeriscono la necessità di una disciplina differenziata. Nella sua veste di testimone, la parte continua a tenere d'occhio i suoi interessi tattici nella lite, valutando l'informazione che dovrebbe dare, alla luce di come inciderà sulle sue possibilità di vittoria»[9]. Tale ragione probabilmente giustifica la sostanziale svalutazione – sul piano dell'attendibilità – degli apporti forniti da chi, seppure formalmente gravato di un obbligo di verità, potrebbe (ancora) avere un interesse *pro se* a fornire una certa versione dei fatti; anche se a mettere in discussione la plausibilità di una simile opzione legislativa basterebbe ricordare che il valore epistemico della testimonianza *ex* art. 197 *bis* c.p.p. è strettamente correlato al fatto di essere resa in contraddittorio, attraverso il metodo della *cross examination*: è in quella sede che va testata la resistenza della deposizione ad ogni tentativo di falsificazione, perché è proprio il contraddittorio a consentire e garantire il vaglio di attendibilità di dichiarazioni rese da un narrante 'interessato' e, pertanto, destinato a

[9] M. Damaška, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo* (1986), trad. it., Zanichelli, Bologna, 1991, p. 220.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

essere stimato come fonte 'impura' o, comunque, 'sospetta' in virtù della sua posizione processuale.

5. La scelta normativa di agevolare la controesaminabilità di chi rende dichiarazioni a carico, pur sempre attraverso la predisposizione di meccanismi mirati ad evitare ripercussioni pregiudizievoli sull'effettività della garanzia del diritto al silenzio sul fatto proprio, non garantisce implicitamente la possibilità di ottenere risposte alle domande rivolte. In altri termini, la garanzia del contraddittorio nel suo profilo positivo finisce solo con l'assicurare la possibilità di convocare il dichiarante nella prospettiva di un suo contegno collaborativo. Di fatto, questo articolato quadro normativo prefigura un congegno in grado di neutralizzare eventuali effetti pregiudizievoli a carico del narrante, ma non altrettanto idoneo a garantire un reale sviluppo del contraddittorio qualora si fossero già rese dichiarazioni sulla responsabilità altrui.

Di fronte alla potenziale compromissione di ulteriori garanzie fondamentali – nel momento in cui la condotta loquente del dichiarante si traduce in elemento di pregiudizio nei confronti di altri soggetti, accusati dalle dichiarazioni rese – il problema cruciale diventa quello dei limiti entro cui confinare il diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere. Ciò, soprattutto, per le obiettive difficoltà di distinguere, sul piano pratico, tra dichiarazione sul fatto proprio e dichiarazione sul fatto altrui, distinzione necessaria per la verifica dell'eventuale permanenza di un interesse del dichiarante che abbia in precedenza fornito apporti informativi *contra alios*, a mantenere successivamente il silenzio per evitare l'autoincriminazione; sul piano dell'accertamento storico, tra l'area del fatto proprio e l'area del fatto altrui, soprattutto in caso di concorso di persone nel reato o in altre ipotesi di connessione di procedimenti, in cui, proprio in ragione di un collegamento del fatto proprio rispetto alla vicenda da accertare, si presume la sussistenza di un interesse in capo all'imputato a non rendere dichiarazioni sul fatto altrui per evitare che tali dichiarazioni possano, in qualche misura, riverberare i loro effetti anche sul fatto proprio.

L'imputato potrebbe avere, peraltro, difficoltà a calibrare le proprie dichiarazioni, non essendo l'altruità del fatto un dato sempre prevedibile *ex ante* e oggettivamente parametrabile. Non solo l'idoneità di determinate risposte fornite a coinvolgere terze persone potrebbe risultare non immediatamente percepibile, ma la stessa rilevanza *erga alios* di queste affermazioni potrebbe manifestarsi anche in un momento successivo, attesa la fisiologica fluidità del quadro probatorio. Anche la narrazione di circostanze del tutto estrinseche e apparentemente 'neutre' può assumere rilevanza come fatto concernente l'altrui responsabilità, laddove l'autorità procedente giunga a ravvisare un legame con l'oggetto del procedimento.

Si è già rilevato come, a fronte di un generale dovere testimoniale gra-

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

vante, in linea di principio, su ogni soggetto relativamente a circostanze concernenti la responsabilità di terze persone (fatte salve, ovviamente, le ipotesi di incompatibilità), l'opposizione del silenzio mantenga una logica giustificativa con esclusivo riferimento al fatto proprio, perché solo in ordine a circostanze concernenti propria (e non l'altrui) responsabilità non risulta inutilmente vessatoria di altre garanzie fondamentali. Bisogna allora evitare che l'esercizio del diritto al silenzio, intangibile nella misura in cui sia coordinato all'esplicazione della garanzia autodifensiva, travalichi i confini razionalmente tracciati dal rispetto di questa esigenza, precludendo l'acquisizione di informazioni probatorie anche in assenza di una effettiva istanza di protezione del dichiarante dal rischio di autoincriminazione

Occorre, pertanto, verificare se l'attuale restrizione dello *ius tacendi* sia effettivamente quella massima consentita dai suoi presupposti di legittimazione e, soprattutto, capire se, attraverso l'attuale disciplina normativa, si sia realmente mirato ad assicurare la controesaminabilità di chi rende dichiarazioni a carico o si sia, piuttosto, perseguito l'obiettivo di evitare la perdita del patrimonio investigativo attraverso un meccanismo destinato a veicolare alla cognizione del giudice dibattimentale i contributi informativi *erga alios* resi dall'imputato nelle fasi preliminari.

Personalmente ritengo che l'obbligo di deporre imposto all'imputato già autore di dichiarazioni sul fatto altrui si inserisca correttamente in un disegno volto a porre le premesse positive per assicurare l'effettivo svolgimento di un confronto dialettico tra accusato e accusatore, dove non sembra potersi legittimare un silenzio di quest'ultimo in assenza di ragioni riconducibili alla garanzia del suo diritto di difesa. Non dimentichiamo che a identificare il principio del contraddittorio quale metodo di ricostruzione della verità concorrono due distinti profili caratterizzanti. l'uno, negativo, dato dall'irrilevanza probatoria degli elementi unilateralmente raccolti nel corso delle indagini; l'altro, positivo, costituito dall'obbligo di rispondere in dibattimento per chiunque renda dichiarazioni sulla responsabilità altrui, indipendentemente dal suo coinvolgimento nella commissione del fatto criminoso[10]. La stretta correlazione tra i due profili non determina una identità di conseguenze nell'ipotesi di una loro carenza: se in assenza del connotato negativo il processo rischia di caratterizzarsi in senso marcatamente inquisitorio, con un arretramento del momento genetico della prova alla fase delle indagini, la mancanza del connotato positivo, incidendo sul flusso delle informazioni dibattimentali, può comportare il depauperamento del patrimonio cognitivo utilizzabile ai fini decisori dall'organo giudicante e svilire, comunque, la garanzia del contraddittorio; garanzia

[10] In ordine alla distinzione tra questi due aspetti del contraddittorio, v. P. Ferrua, *L'attuazione del giusto processo con la legge sulla formazione e valutazione della prova. I. Introduzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 585.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

che, intesa come caratteristica strutturale del processo, reclama soggetti loquenti, non potendo accontentarsi della mera inutilizzabilità di atti formati al di fuori della dialettica dibattimentale. Non può esaurire la nozione di contraddittorio ciò che, compromettendo le esigenze dell'accertamento, mortifica la giurisdizione.

L'anello debole di questo meccanismo è, chiaramente, rappresentato dalle ipotesi in cui le dichiarazioni sul fatto altrui siano inscindibilmente connesse con i profili di responsabilità sul fatto proprio: non essendo il discrimine fra fatto proprio e fatto altrui sempre tracciabile in maniera netta, l'opera di selezione dei dati conoscitivi provenienti da un unico contesto narrativo, tesa a circoscrivere con precisione le dichiarazioni rese dall'imputato accusatore insuscettibili di produrre effetti pregiudizievoli nei suoi confronti, può spesso risultare estremamente complessa. Garantendo, in simili eventualità, la copertura dello *ius tacendi* per tutelare il dichiarante dal rischio di autoincriminarsi, si arriva a dilatare oltre misura il novero degli accadimenti storici in ordine ai quali costui può avvalersi della facoltà di non rispondere, con intuibili effetti paralizzanti sulle dinamiche dell'accertamento.

L'intersecarsi delle singole posizioni processuali nel groviglio di situazioni sostanziali sulle quali si radica il nesso fra le regiudicande 'connesse' o 'collegate' finisce, infatti, con l'incentivare l'elusione di qualsiasi domanda da parte dell'imputato chiamato a deporre *erga alios*; sicché la scelta di ridimensionare il diritto al silenzio sul fatto altrui – o, in una prospettiva specularmente simmetrica, di circoscriverne l'operatività unicamente in relazione alle dichiarazioni sul fatto proprio (entro limiti, quindi, strettamente funzionali alla tutela dal rischio di autoincriminazione) – per quanto lineare sul piano del retroterra giustificativo, può rivelarsi spesso di ardua applicazione nel caso concreto: in certe situazioni diventa estremamente complesso – talora, addirittura impossibile – scindere il contenuto di una dichiarazione, risultando le responsabilità proprie e altrui non separabili in modo netto.

La dichiarazione *erga alios* produce un obbligo di deporre in capo all'imputato regolarmente avvertito *ex* art. 64 comma 3° lett. *c* c.p.p., ma tale obbligo rischia, appunto, di essere 'neutralizzato' nelle ipotesi di prova a tema multiplo, comprensiva, cioè, pure del fatto proprio: in simili circostanze è lecito immaginare che la garanzia contro l'autoincriminazione consenta il rifiuto di rispondere a domande tese a sollecitare contributi informativi su fatti inscindibili? In effetti, la legittimità del silenzio opposto dall'esaminato non risulta, in tale ipotesi, per nulla pacifica, vertendosi su fatti che concernono 'anche' la responsabilità di altri, rispetto ai quali vige l'obbligo di testimoniare assunto *illo tempore* dall'imputato regolarmente avvertito.

Ove si intenda realmente promuovere l'attuazione del contraddittorio come perno del modello accusatorio e non rinunciare ad apporti informativi utili alla ricostruzione fattuale, ma estromessi dalla piattaforma decisoria

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

del giudice per la scelta del dichiarante di sottrarsi al confronto dibattimentale sulle dichiarazioni *erga alios* ben oltre i limiti segnati dall'esigenza di tutela del *nemo tenetur se detegere*, l'unica soluzione coerentemente praticabile non può che essere quella fondata sull'esclusione della facoltà di non rispondere e sulla conseguente imposizione dell'obbligo di deporre in capo all'imputato già autore di dichiarazioni sul fatto altrui, allorché venga sottoposto ad esame da parte dell'imputato destinatario delle sue accuse, quanto meno in ordine allo stretto contenuto delle precedenti dichiarazioni. In questi casi l'imputato dovrebbe essere obbligato a rispondere, proprio in forza dell'assunzione degli obblighi testimoniali venutasi a determinare a seguito della vicenda estintiva dello *ius tacendi* prefigurata dall'art. 64 comma 3° lett. *c* c.p.p.

Pertanto, ferma restando l'incoercibilità dell'obbligo di deporre su fatti che concernono la propria responsabilità, non potendo l'imputato essere costretto a fornire elementi di prova *contra se*, nelle ipotesi di problematica scissione, all'interno della sequenza narrativa, tra fatto proprio e fatto altrui, occorre prevedere garanzie alternative adeguate a tutelare il dichiarante *erga alios* dal rischio di *self incrimination*, senza, tuttavia, ricorrere ad una eccessiva e poco funzionale estensione della 'copertura' offerta dal silenzio; a meno di avallare, nel rispetto della garanzia *ex* art. 197 *bis* comma 4° c.p.p. (per cui «il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui si procede o si è proceduto nei suoi confronti») l'elusione pressoché sistematica dell'obbligo testimoniale, posto che un collegamento con il fatto proprio può essere sempre ravvisabile per il testimone assistito, che proprio adducendo l'inscindibilità dei fatti potrebbe pretendere di riappropriarsi della prerogativa del diritto al silenzio posta a presidio del principio *nemo tenetur se detegere.* Principio che risulta essere un corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, «destinato a prevalere anche ove dovesse in concreto comportare l'impossibilità di acquisire una prova»[11]; sicché il rispetto delle garanzie difensive dell'imputato rappresenta un limite invalicabile per la funzione accertativa del processo. Ove, però, il rischio di autoincriminazione non dovesse sussistere – per la netta scindibilità del contributo dichiarativo da erogare in ordine al fatto proprio da quello relativo al fatto altrui o perché, nell'ipotesi di dichiarazioni vertenti su fatti inscindibili, può essere adeguatamente neutralizzato da una clausola di inutilizzabilità *contra se* delle dichiarazioni rese – ecco allora che l'antitesi tra istanze proprie dell'accertamento e tutela del diritto di difesa del dichiarante viene risolta senza imporre la perdita ingiustificata di apporti informativi *erga alios*.

[11] Corte cost., 26 giugno 2002, n. 291, in *Giur cost*. 2002, p. 2106.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Angelo Zappulla

La paura del testimone

Sommario: 1. Lo scomodo ruolo di testimone. – 2. La tutela extra processuale del testimone in grave pericolo. – 3. Un anonimato dichiarativo per una vita meno anonima. - 3.1. Il versante sovranazionale. - 3.2. Il versante domestico e prospettive *de iure condendo*.

1. Il titolo del presente contributo si presenta volutamente ambiguo, giacché la paura del testimone si caratterizza come una proteiforme erma bifronte. Bifronte perché i testimoni, o almeno quelli indicati dalle controparti, fanno paura all'accusato, che vi può rinvenire una delle principali fonti di accusa, ma nel processo penale è, in primo luogo, il testimone medesimo ad avere paura.

Il testimone ha paura, o prova almeno fastidio e imbarazzo, innanzitutto, rispetto alla propria partecipazione al dibattimento, sentendosi ospite invitato, ma non ben accetto. La paura, presente già quando, testimoni citati dall'accusa, si sia chiamati a dichiarazioni *contra reum*, con conseguenti possibili gravi pericoli per l'incolumità propria o dei propri cari, si accentua, inevitabilmente, nel corso della *cross-examination*, intesa nell'accezione propria dei sistemi di *common law*, nei quali indica, non il complessivo esame incrociato a più voci (art. 498, commi 1-3, c.p.p.), secondo una diffusa sineddoche[1], bensì, in maniera maggiormente puntuale, la fase del controesame (comma 2)[2], momento che può essere finalizzato proprio al tentativo di screditare la deposizione del testimone, mettendone in crisi l'attendibilità, la credibilità[3], con il rischio di un'«eventuale *impeachment*

[1] Cfr. già *Rel. prog. 1978*, p. 410 s.

[2] Cfr. G. Frigo, *Commento all'art. 498*, in Aa.Vv., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. V, UTET, Torino, 1991, pp. 221 e 226 s., anche per i richiami al ricorso, nella dottrina italiana fra '800 e '900, all'«uso della espressione inglese *cross examination* per indicare non già il controesame, ma il metodo complessivo dell'escussione testimoniale nei sistemi di *common law* (con particolare riguardo al suo svolgimento attraverso le domande rivolte direttamente dalle parti)» (p. 221, nt. 3); D. Negri, *Il dibattimento*, in Aa.Vv., *Fondamenti di procedura penale*, IV ed., Wolters Kluwer CEDAM, Milano, 2023, p. 630.

[3] *Ex multis*, v. C. Cesari, *Esame incrociato, proc. pen.*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. III, 2006, Lefebvre Giuffrè, Milano, p. 2259; G. Garuti, *Il giudizio ordinario*, in O. Dominioni e altri, *Procedura penale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2024, p. 614; F. Siracusano, *Il giudizio*, in D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina, ed E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, Lefebvre Giuffrè, Milano, 2025, p. 713.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

(*cross examination* "distruttiva")»[4] per mendacio o reticenza[5]. E se anche, ai sensi dell'art. 476, comma 2, c.p.p., «non è consentito l'arresto del testimone in udienza per reati concernenti il contenuto della deposizione», il testimone, in realtà, in aula, l'antico «macabro tintinnio di manette»[6] della prima metà del secolo scorso continua a udirlo.

Tuttavia, il testimone patisce maggior timore quando a far paura sia la stessa figura dell'imputato *contra* il quale sia chiamato a deporre o, comunque, la consorteria o il contesto criminale che a quell'imputato siano riconducibili. E un testimone che ha paura diviene fonte non più attendibile e inquinante, in grado di ostacolare il già complesso itinerario di riduzione dell'inevitabile iato fra verità storica e verità giudiziale, «sia perché conseguita nel giudizio, inteso come fase processuale o 'luogo' in cui dialetticamente si realizza, sia perché derivante dal giudizio, inteso tanto come attività di ricerca degli elementi su cui si fonda una deliberazione quanto come formazione di quest'ultima, sia perché manifestata tramite il giudizio, inteso come decisione e sua definitiva pronuncia giurisdizionale»[7].

La testimonianza si qualifica, pertanto, nell'ampio catalogo dei mezzi di prova, non solo quale prova complessa, ma anche quale prova difficile e insidiosa, se non infida[8]. Nonostante ciò e nonostante anche l'invasione e

[4] G. Frigo, *op. cit.*, p. 228, anche per la distinzione fra: *cross examination* «*as fact* (cioè, sui fatti) [… e] *as credit* (cioè, sulla attendibilità del teste)»; cui corrisponderebbe l'ulteriore tassonomia rispettivamente fra: «*cross examination* "costruttiva" [… e] *cross examination* "distruttiva"» (p. 221, nt. 3). Cfr. M. Stone, *The cross-examination in criminal trials*, Butterworths, London, 1988, pp. 117 s. e 127 s.

[5] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 8 maggio 2013, n. 41572, in *C.e.d.*, n. 256862, che ritiene integrata fattispecie di cui all'art. 372 c.p. in caso di falsità «rese in risposta a domande dirette a sondare l'attendibilità del teste, poiché le stesse sono dotate dei caratteri della pertinenzialità, sia pur mediata, rispetto ai temi del processo e della rilevanza ai fini del giudizio».

[6] E. Randazzo, *Strategie, tattiche, comportamenti, attività delle parti e problemi di deontologia*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1319, pur se in tema di sommarie informazioni.

[7] G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 129. Sulla nozione di verità giudiziale, v. anche L.P. Comoglio, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 131; G. Illuminati, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 366; P. Rivello, *"Verità" e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1246. Per una distinzione tra verità storica, convenzionale e processuale, v. anche C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 2. Sulla scarsa utilità della contrapposizione verità processuale/verità reale, v., comunque, M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari-Roma, 2009, p. 84.

[8] In questi termini si esprime F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 667, evidenziando come «nessun testimone è veridico a priori» (p. 670); e ciò nonostante l'obbligo giuridico «di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte» (art. 198, comma 1, c.p.p.) dovrebbe far «presumere che il dichiarante, fino a prova contraria, riferisca correttamente quanto a sua effettiva conoscenza», così Corte d'appello Roma, sez. IV, 3 maggio 2024, n. 4328, in *DeJure*.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

l'invadenza della prova tecnico-scientifica[9], la testimonianza rimane, tuttavia, ancora *regina probationum*[10] nel processo[11], sistematicamente collocata *in apicibus* del variegato catalogo dei mezzi di prova tipici di cui al titolo II, «*Mezzi di prova*», del libro terzo, «*Prove*», del codice di procedura penale e della disciplina dedicata all'esame, in apertura del capo III, riservato all'«*Istruzione dibattimentale*», del titolo II del libro VII sul «*Giudizio*»[12], quale «strumento privilegiato dell'accertamento penale»[13], una sorta di pilastro probatorio sul quale fondare la ricostruzione del fatto[14]. Un tale tradizionale ruolo di primo piano è stato accentuato anzi nell'attuale modello di rito criminale di tipo tendenzialmente accusatorio[15], nel quale la formazione

[9] Un diffondersi della prova scientifica che rischia di far «considerare la testimonianza più che una prova, come un mezzo che *sta in luogo* della prova che, *faute de mieux*, vi supplisce, quando non sono disponibili più solide evidenze scientifiche», così P. Ferrua, *Presentazione*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di G. Carlizzi, G. Tuzet, Giappichelli, Torino, 2018, p. 5. Sui nuovi equilibri fra testimonianza e prove tecnico-scientifiche, cfr. anche C. Carini, *La testimonianza*, in A. Gaito (Trattato dir. da), *La prova penale*, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Utet, Torino, 2008, p. 423. Sull'incalzare costante e «senza tregua nella nostra epoca» dei mezzi tecnici di accertamento, cfr. O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 11.

[10] A poter essere parafrasato è, in proposito, il brocardo comunemente utilizzato per la confessione: *optima regina probationum*, cfr. G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, dir. di P. Del Giudice, vol. III, pt. seconda, Hoepli, Milano, 1927, p. 443; v. anche M.R. Damaška, *La ricerca del giusto processo nell'età dell'inquisizione*, in *Criminalia*, 2002, p. 59. Significativo, inoltre, come i dottori medievali declinassero i protagonisti processuali nell'ordine di *iudex, testis, accusator, defensor*, cfr. A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 129 e 168.

[11] Cfr. Corte E.D.U., 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*. Sulla centralità della testimonianza nel giudizio, cfr. C. Carini, *op. cit.*, p. 419; G. Di Paolo, *La testimonianza* de relato *nel processo penale. Un'indagine comparata*, Quad. Dip. Scienze giuridiche, Trento, 2002, p. 14, nt. 3; L. Faldati, *La testimonianza nel giudizio penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 2; A. Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 115; A. Miconi, *La testimonianza nel procedimento penale. Profili giuridici, psicologici e operativi*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 32 s.; T. Procaccianti, voce *Testimonianza*, in *Dig. disc. pen.*, III Agg., tomo II, Utet, Torino, 2005, p. 1652.

[12] Cfr. L. Scomparin, *Testimonianza*, in M. Chiavario e E. Marzaduri (dir. da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, vol. III, *Le prove*, tomo II, E. Marzaduri (coord. da), *I singoli mezzi di prova e di ricerca della prova*, Utet, Torino, 1999, p. 5; N. Triggiani, *Testimonianza*, in *La prova penale*, a cura di P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher, Giappichelli, Torino, 2013, p. 149.

[13] A. Scalfati, *Interessi in conflitto: testimonianza e segreti*, in Aa.Vv., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 149.

[14] Cfr. M. Bargis, voce *Testimonianza (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 1097.

[15] Cfr. Corte cost., sent. 8 (12) febbraio 2010, n. 47, *Considerato in diritto*, § 2.1; nonché V. Fanchiotti, *La testimonianza nel processo "adversary"*, ECIG, Genova, 1988, p. 253; M.T. Sturla, voce *Prova testimoniale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, p. 406. Analogamente, nell'immediatezza rispetto all'entrata in vigore del codice vigente, cfr. C. Di

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

della prova si colloca in via privilegiata in fase dibattimentale, nel contraddittorio fra le parti, mantenendo ancora piena attualità parole con oltre un secolo di storia secondo le quali «è dalla prova testimoniale che vengono attinti principalmente, talora quasi esclusivamente, gli elementi, i coefficienti del giudizio, *testimoniorum usus frequens atque necessarius est*»[16].

A far da contraltare rispetto a un siffatto rilievo della testimonianza è, tuttavia, il rivestire il singolo testimone uno scomodo ruolo di comprimario antagonista sulla scena del processo. La sua figura e la sua parola nell'inviolabile *τέμενος* dell'aula processuale evocano «sempre qualcosa di sacro. È la testimonianza, non il potere che consegna il fatto e forma la decisione. Testimone è anche parola pericolosa, il testimone non esce mai intatto ciò che ha detto ciò che ha da dire è una voce che dovrebbe non esserci. Il testimone è un intruso e per questo corre un rischio e paga un pegno. Può essere la reputazione, la sicurezza, la vita»[17].

In tale scenario, il testimone ha spesso timore di cambiar panni e divenire vittima di conseguenze processuali, di danni da processo, dipendenti da quella strutturale contrapposizione processuale che vede «da una parte il soggetto nei cui confronti l'attività accertativa si svolge, dall'altra altri soggetti – i testimoni, anzitutto – su cu incombe una *servitus iustitiae*, [e che] sono esposti a sacrifici e sopportano costi molteplici quali effetti diretti dell'accertamento medesimo»[18], che per nessuno potranno mai dirsi indifferenti. Fra le vittime del reato, vanno annoverati, infatti, anche coloro i quali possono divenire tali per l'onda lunga dell'azione delittuosa, vittime indirette, tali «*a causa del processo*»[19].

Quando l'ipotesi di reato sia integrata, però, da gravi fatti di criminalità organizzata, il baricentro si sposta e ai generici 'danni da processo', ogget-

Martino, voce *Prova testimoniale. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Istituto enciclopedico Treccani, Roma, 1991, p. 1; L. Scomparin, *op. cit.*, p. 7. Nella vigenza del codice del 1930, cfr. E. Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 326; V. Garofoli, voce *Prova testimoniale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 759; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 300; D. Siracusano, *La testimonianza dall'istruzione al giudizio: scrittura, oralità, letture*, in Aa.Vv., *La testimonianza nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 31.

[16] E. Florian, *Delle prove penali*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1924, p. 67.

[17] F. Colombo, *Prefazione*, in M. Almerighi, *Il testimone. Memorie di un magistrato in prima linea*, La nave di Teseo, Milano, 2017, p. 9.

[18] G. Di Chiara, *L'offeso. Tutela del dichiarante vulnerabile, sequenze dibattimentali, vittimizzazione secondaria, stress da processo: l'orizzonte-parametro del danno da attività giudiziaria penale tra oneri organizzativi e prevenzione dell'incommensurabile*, in *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di G. Spangher, Giappichelli, Torino, 2017, p. 453.

[19] V. Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 39. Circa i danni da audizione, v. F. Delvecchio, *Le possibili forme di indennizzo del danno subito dalla vittima nel corso delle indagini preliminari*, in*La vittima del processo*, cit., p. 147 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

tivamente inteso, si aggiungono i 'danni da imputato' in grado di intimorire il dichiarante. Possono venire in considerazione, così, i danni addebitabili in via immediata alla sfera soggettiva di imputati, che si rivelano la fonte diretta dei pericoli per l'incolumità dei testimoni. Fonte diretta o eventualmente indiretta, potendo la minaccia derivare anche da un contesto di riferimento più ampio, allargato alla consorteria criminale di appartenenza dell'imputato, quel gruppo di sodali della cui «forza di intimidazione del vincolo associativo e […] condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva» (art. 416-*bis*, comma 3, c.p.) l'imputato si avvale nella sua attività criminosa, con una «capacità di intimidazione non soltanto potenziale, ma attuale, effettiva ed obiettivamente riscontrabile, capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con i suoi componenti»[20].

2. Il testimone ha paura, in particolare, di ritorsioni, teme per l'incolumità propria e dei propri congiunti, teme di perdere la vita o comunque teme di perdere quella vita che conduceva prima di deporre. «Io ho perso le piccole cose, gli affetti, le consuetudini, i luoghi cari che fanno di un uomo un uomo. Ora voglio essere soltanto dimenticato, chiedo di poter ricostruire la mia normalità, la mia anonima vita normale, lontano da scorte e bunker», sono queste le parole di Pietro Nava[21], che suo malgrado si

[20] Cass. pen., sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, in *C.e.d.*, n. 264623.

[21] Così l'intervista di G. D'Avanzo, *Così paga chi aiuta lo Stato*, in *la Repubblica*, 8 aprile 1992, che aggiunge «Pietro Ivano Nava è oggi un fantasma. […] È stato cancellato dai registri dell'anagrafe, dall'elenco telefonico, dal ricordo dei suoi familiari». Dello stesso tenore le parole di A. Purgatori, in *Corriere della sera*, 4 febbraio 1997, «Rosario Angelo Livatino non fu l'unico a "perdere" la vita nell'agguato a lui teso quel 21 settembre 1990. Pur senza essere raggiunto da una scarica di piombo e senza morire, anche la vita di Pietro Ivano Nava, un uomo del Nord, si fermò quel giorno sulla statale 640»; o ancora quelle di M. Imarisio, *Livatino, parla il testimone*, "*Lo Stato per difendermi mi ha dato soldi e pistole*", in *la Repubblica*, 12 ottobre 1998, «Pietro Nava […] ha accetta di "morire" quella mattina […] e in cambio ha avuto solo una vita fatta di addii». Di «un martirio bianco, un martirio civile», ha parlato R. Bindi, *Prefazione*, in P. Nava, *Io sono nessuno. Da quando sono diventato il testimone di giustizia del caso Livatino*, Rizzoli, Milano, 2020, p. 9. Significativo, inoltre, come alcuni anni dopo il tragico omicidio Livatino, la determinante fonte d'accusa venga ancora definita come «il primo testimone oculare, e anche l'unico fino ad oggi (escludendo i pentiti), di un omicidio mafioso», così D. Pasti, *Confessioni d'un testimone di mafia*, in *la Repubblica*, 7 maggio 1995. Sull'esperienza di Pietro Nava, v. anche P. Calderoni, *L'avventura di un uomo tranquillo. Storia vera di Piero Nava, supertestimone di un delitto di mafia*, Rizzoli, Milano, 1995, *passim*. Cfr. anche G. Pecoraro, "*Usati e abbandonati*". *Due testimoni di giustizia si incatenano davanti al Viminale*, in *il Fatto Quotidiano*, 2 dicembre 2010. Di estremo rilievo, in proposito, la *Relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, Per la memoria di Rosario Livatino. Pubblicazione di atti e documenti*, rel. R. Bindi, 21 settembre 2016, XVII legislatura, doc. XXIII, n. 21, contenente la prima audizione parlamentare di Pietro Nava (p. 1 ss.) e le sentenze relative ai tre gradi di giudizio dei tre processi per l'assassinio del giudice Livatino, riguardanti gli esecutori materiali – Livatino I (p. 17 ss.) e Livatino *bis* (p. 607 ss.) – e i concorrenti morali e i mandanti – Livatino *ter* (p. 1063 ss.) –.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

trovò ad assistere alla tragica esecuzione del giudice Rosario Livatino, il 21 settembre 1990, in un momento storico in cui era assente ogni significativa forma di tutela della figura del testimone. Dovranno passare ancora alcuni mesi per aversi il d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, dedicato proprio alla protezione dei testimoni di giustizia e di coloro che collaborano con la giustizia[22], mentre sarà di un decennio successiva la l. n. 45 del 2001 di modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia, nonché di previsione di disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza[23], che dedica, tuttavia, esclusivamente l'art. 12 a queste ultime, evidenziando la posizione di retroguardia dell'interesse legislativo verso la tutela dei testimoni in grave pericolo, rispetto alla soverchiante figura del collaboratore di giustizia, tanto che pochi anni dopo poteva ancora stigmatizzarsi come andasse riconosciuto che quello della tutela del testimone «è un tema che non sempre ha avuto, proprio da parte dei processualisti, l'attenzione che merita e che ci dovrebbe essere sollecitata dai problemi che incontrano i cittadini comuni, chiamati a svolgere questo essenziale servizio di giustizia»[24].

Sarà solo con la l. 11 gennaio 2018, n. 6, intitolata proprio *Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia*[25], che si addiverrà a una prima disci-

[22] D.l. 15 gennaio 1991, n. 8, *Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia*, conv., con modif., con la l. 15 marzo 1991, n. 82. L'art. 13 del decreto è stato modificato, in materia di documenti e identità fiscali di copertura, anche di tipo societario, per i collaboratori di giustizia, con l'art. 6, comma 1, d.l. 11 aprile 2025, n. 48, *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*, conv. con la l. 9 giugno 2025, n. 80.

[23] L. 13 febbraio 2001, n. 45, *Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza*. Cfr. S. Ardita, *La nuova legge sui collaboratori e sui testimoni di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1698; A. Bernasconi, *La riforma della legge sui collaboratori di giustizia: profili generali e intersezioni con le tematiche del "giusto processo"*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 75; L. D'Ambrosio, *Testimoni e collaboratori di giustizia*, Cedam, Padova, 2002, *passim*; M. Fumu, Jus et furi dicitur, *La tutela e l'assistenza dei collaboratori di giustizia: segreti, reticenze e furbizie di un legislatore disaccorto (ma non troppo)*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 697; F.P. Giordano e G. Tinebra, *Il regime di protezione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 560; F. Sassano, *La nuova disciplina sulla collaborazione di giustizia alla luce della legge 13 febbraio 2002 n. 45*, Giappichelli, Torino, 2002, *passim*. Sul versante sostanziale, v. C. Ruga Riva, *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002, *passim*.

[24] M. Chiavario, *Un appuntamento che ci richiama in vario modo alle nostre responsabilità*, in Aa.Vv., *Verso uno statuto*, cit., p. 6.

[25] L. 11 gennaio 2018, n. 6, *Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia*. Cfr. N. Russo, *La legge sui testimoni di giustizia: non più figli di un Dio minore*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 189 ss., che valuta «in termini sostanzialmente positivi il testo della legge n. 6 del 2018», per aver raccolto «il grido di allarme lanciato [da] numerosi testimoni di giustizia», finalmente restituendo «dignità e sostegno a scelte di estremo coraggio compiute senza

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

plina esclusivamente dedicata alla protezione di tali soggetti, attribuendosi loro un ruolo da protagonisti normativi e fornendosi, innanzitutto, all'art. 2, comma 1, anche una formale definizione di «testimone giustizia», cioè colui che «assume, rispetto al fatto delittuoso oggetto delle sue dichiarazioni, la qualità di persona offesa dal reato ovvero di persona informata sui fatti o di testimone» (lett. *b*) e «si trova in una situazione di grave, concreto e attuale pericolo, rispetto alla quale risulti l'assoluta inadeguatezza delle ordinarie misure di tutela adottabili direttamente dalle autorità di pubblica sicurezza, valutata tenendo conto di ogni utile elemento e in particolare della rilevanza e della qualità delle dichiarazioni rese, della natura del reato, dello stato e del grado del procedimento, nonché delle caratteristiche di reazione dei singoli o dei gruppi criminali oggetto delle dichiarazioni» (lett. *e*).

Il tema della tutela del testimone in grave pericolo si presenta, tuttavia, dalla duplice natura che segue binari paralleli. Vi è, innanzitutto, il piano della tutela *extra* processuale, quello di cui si occupa la normativa richiamata, una tutela garantita tramite le forze di polizia, il cambio di generalità e i relativi documenti fittizi, una diversa dislocazione territoriale e sussidi economici. Vi è, poi, il diverso piano della tutela *endo* processuale, garantibile in primo luogo attraverso l'esame a distanza, ovvero allontanando il testimone dall'aula di udienza e, conseguentemente, dalla fonte che ne determina la paura, ai sensi dell'art. 147-*bis*, comma 3, n. att. c.p.p., da inquadrare, *post* 'riforma Cartabia', nel protocollo generale della disciplina organica della «*Partecipazione a distanza*» di cui al nuovo titolo II-*bis* del libro II c.p.p., pur con i limiti di una tecnica normativa «scadente, confusa, incompleta»[26] e nella consapevolezza del come «il dibattimento virtuale non consenta il pieno esercizio del diritto al contraddittorio»[27] fra le parti nella formazione della prova. Un esame a distanza nel quale si assiste al lambirsi dei due differenti piani di tutela – extra ed endo processuale –, nel riferimento contenuto nell'art. 147-*bis*, comma 3, n. att. c.p.p. proprio ai testimoni di giustizia ammessi a programmi o misure di protezione anche di tipo urgente o provvisorio.

3. L'accorata richiesta del testimone dell'omicidio Livatino tendeva al riappropriarsi di una "normale vita anonima" ed è proprio questo il gra-

l'utilità processuale che normalmente spinge i collaboratori di giustizia» (p. 200); S. Sau, *La nuova disciplina sui testimoni di giustizia: prime riflessioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 993 ss.

[26] D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso e G. Varraso, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2023, p. 467.

[27] Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane, *Riforma Cartabia e decreti delegati: confermati i timori dei penalisti italiani*, 8 settembre 2022, 2, § 2, in *www.camerepenali.it/public/file/Documenti/Documenti_Giunta_Caiazza/Doc-081_8-09-2022_UCPI-sui-decreti-delegati.pdf*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

ve paradosso della tutela del testimone in pericolo e intimorito, l'essere privato della propria identità nell'ambito del consorzio civile, all'interno del quale agisce sotto "mentite spoglie", per poi essere costretto a togliere la "maschera" dei documenti di copertura non appena varcata la soglia dell'aula d'udienza, tradizionale o a distanza che sia. Nonostante, infatti, nell'art. 147-*bis*, comma 3, lett. *b*, n. att. c.p.p., si preveda che, nel procedere all'esame della persona nei cui confronti «è stato emesso il decreto di cambiamento delle generalità di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 29 marzo 1993, n. 119 […], il giudice o il presidente […] dispone le cautele idonee ad evitare che il volto della persona sia visibile», il dichiarante, pur di spalle, con un copricapo, dietro un paravento o coperto da forze di polizia, dovrà rinunciare al sostanziale anonimato che lo accompagna quotidianamente e palesare la reale identità anagrafica, giacché ai sensi dell'art. 497, comma 2-*bis*, c.p.p., la possibilità di indicare le generalità di copertura coinvolge esclusivamente «gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, i dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza, gli ausiliari, nonché le interposte persone, chiamati a deporre, in ogni stato e grado del procedimento, in ordine alle attività svolte sotto copertura ai sensi dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, e della legge 3 agosto 2007, n. 124, e successive modificazioni».

3.1. Richiamare il tema della testimonianza anonima o, comunque, con generalità fittizie significa, tuttavia, evocare qualcosa che si reclama comunemente rimanga relegato nell'ambito del processualmente inaccettabile, come «arnese così cruciale nelle fucine inquisitorie» che «non può che urtare la sensibilità del giurista di oggi»[28], per l'appartenere a «un imbarazzante passato»[29].

Giudizi di tal genere si rivelano, tuttavia, eccessivamente *tranchant*, se non per la testimonianza del tutto anonima, almeno per forme di testimonianza a fonte riservata, senza che questa voglia essere l'ennesima "truffa delle etichette" di cui il terreno processual penalistico è ormai pieno, bensì la corretta denominazione di quel che potrebbe essere il circoscritto e strettamente eccezionale ricorso al contributo dichiarativo da parte di fonti in grave pericolo e, per tale ragione, sottoposte a specifica tutela, integrata dall'ostensione delle generalità al solo giudicante, salva la prevedibile, ma non necessaria, conoscenza delle medesime da parte del pubblico ministero.

[28] Così M. Vogliotti, *La logica* floue *della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, V, p. 851; v. anche S. Lonati, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico. (Studio sul contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel sistema processuale penale italiano)*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 210.

[29] F. Caprioli, *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, in Aa.Vv., *Verso uno statuto*, cit., p. 44 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

È ben noto, in proposito, come la Corte europea dei diritti dell'uomo, in un innegabile itinerario di lenta ma progressiva erosione della pienezza aurea del contraddittorio, abbia aperto varchi proprio per l'integrazione del materiale probatorio a disposizione del giudicante attraverso fonti dichiarative che possano essere sottratte a un pieno contraddittorio con la difesa, fra l'altro anche per non ostensione dell'identità dell'escusso al prevenuto. Ciò la Corte ha fatto a partire dal *leading case Doorson c. Paesi Bassi*, del 1996[30], con il quale il giudice europeo ha postulato, tuttavia, che il ricorso a fonti dichiarative sottratte a un effettivo ed efficace controesame da parte dell'imputato debba avvenire all'interno del perimetro di garanzia tracciato dal ridimensionamento degli spazi di utilizzabilità della prova dal contraddittorio debole secondo la *sole or decisive rule*[31], richiamata pure nel § III, 13 della

[30] Corte e.d.u., 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, serie A, n. 446, § 72.

[31] Sulla relazione d'incompatibilità fra l'equità del giudizio, secondo i diritti e le garanzie sanciti nell'art. 6 C.e.d.u., e un utilizzo prevalente o determinante di dichiarazioni rispetto alle quali l'accusato sia stato messo nell'impossibilità di esaminare o far esaminare compiutamente, durante le indagini preliminari o in una fase ulteriore, chi le abbia rese, sottratto così al contraddittorio, cfr., *ex multis*, Corte e.d.u., 28 novembre 2017, *Rastoder c. Slovenia*, per l'utilizzo dei verbali di dichiarazioni predibattimentali rese da testimoni residenti all'estero; Corte e.d.u., 27 giugno 2017, *Valdhuter c. Romania*, per un'ipotesi di condanna pronunciata sulla base delle dichiarazioni accusatorie rese nel corso delle indagini preliminari da un concorrente nel reato, poi giudicato separatamente; Corte e.d.u., sez. I, 24 novembre 2016, *Manuchryan c. Armenia*, ric. n. 35688/11, in *Arch. pen.*; Corte e.d.u., 23 marzo 2010, *Orhan Çaçan c. Turchia*, §§ 37-38; Corte e.d.u., 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia (n. 2),* §§ 223-225; Corte e.d.u., 27 gennaio 2009, *Mika c. Svezia*, §§ 38-42, in materia di utilizzo delle dichiarazioni scritte di un testimone poi deceduto; Corte e.d.u., 4 novembre 2008, *Balsyte-Lideikiene c. Lituania*, §§ 64-66; Corte e.d.u., 10 maggio 2007, *A.H. c. Finlandia*, per una fattispecie che aveva condotto alla condanna dell'imputato esclusivamente sulla base della videoregistrazione di due colloqui di un minorenne vittima di reati sessuali con uno psicologo, all'interno di un centro di tutela dell'infanzia e in assenza della difesa; Corte e.d.u., 12 aprile 2007, *Martelli c. Italia*; Corte e.d.u., 10 aprile 2007, *Panarisi c. Italia*, §§ 107-114; Corte e.d.u., sez. III, 8 febbraio 2007, *Kollcaku c. Italia*, §§ 69-72, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3095, con osservazioni di A. Balsamo, *Ancora su contumacia e su dichiarazioni predibattimentali*, per l'acquisizione, *ex* art. 512 c.p.p., di dichiarazioni rese alla polizia dalla vittima poi divenuta irreperibile; Corte e.d.u., sez. I, 19 ottobre 2006, *Majadallach c. Italia*, §§ 38-43, in materia di acquisizioni, *ex* art. 512 c.p.p., di dichiarazioni di chi sia poi divenuto irreperibile; Corte e.d.u., sez. I, 20 aprile 2006, *Carta c. Italia*, §§ 49-55; Corte e.d.u., sez. II, 28 febbraio 2006, *Krasniki c. Repubblica Ceca*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3007, con nota di A. Balsamo, *Testimonianze anonime*, per la non equità del giudizio che aveva portato alla condanna di un trafficante di droga basata sulle testimonianze anonime di due consumatori di sostanze stupefacenti individuati con nomi di fantasia (Jana Charvátová e Jan Novotný), corroborate esclusivamente dallo stato di tossicodipendenza dell'imputato e dal possesso da parte sua di un non ingente quantitativo di eroina; Corte e.d.u., 17 novembre 2005, *Haas c. Germania*; Corte e.d.u., sez. III, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*, §§ 55-61, in materia di irreperibilità, non imprevedibile, delle fonti d'accusa; Corte e.d.u., 23 giugno 2005, *Papalia c. Italia*; Corte e.d.u., sez. II, 7 giugno 2005, *Jerinò c. Italia*, per una fattispecie di intimidazione dei testimoni; Corte e.d.u., sez. II, 18 gennaio 2005, *Halimi e altri c. Italia*; Corte

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Raccomandazione R (97) 13 del Comitato dei Ministri agli Stati membri, *Concerning Intimidation of Witnesses and the Rights of the Defence*, adot-

e.d.u., sez. IV, 13 maggio 2004, *Chifari c. Italia*; Corte e.d.u., 1 aprile 2004, *Fausciana c. Italia*; Corte e.d.u., sez. III, 12 febbraio 2004, *De Lorenzo c. Italia*; Corte e.d.u., sez. I, 27 novembre 2003, *Natoli c. Italia*; Corte e.d.u., sez. III, 13 novembre 2003, *Racholad c. Francia*, § 24; Corte e.d.u., 19 giugno 2003, *Hulki Gunes c. Turchia*, §§ 88-96; Corte e.d.u., 4 marzo 2003, *Sofri e altri c. Italia*; Corte e.d.u., sez. I, 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*, §§ 86-94; Corte e.d.u., 5 settembre 2002, *Sangiorgi c. Italia*; Corte e.d.u., 20 giugno 2002, *Carrozzo c. Italia*; Corte e.d.u., sez. I, 21 marzo 2002, *Raniolo c. Italia*; Corte e.d.u., sez. I, 21 marzo 2002, *Calabrò c. Italia*; Corte e.d.u., sez. I, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, §§ 40-45 in *Cass. pen.*, 2001, p. 2836; Corte e.d.u., sez. II, 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*, §§ 25-28, serie A, n. 123; Corte e.d.u., 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, § 63, serie A, n. 691, in M. de Salvia-V. Zagrebelsky, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, vol. II, p. 613, per la testimonianza anonima di alcuni poliziotti intervenuti durante una rapina e sentiti davanti al giudice istruttore. V., altresì, il Rapporto della Commissione del 9 settembre 1998 nel caso *Dorigo c. Italia*, ricorso n. 33286/96, § 43, nel quale la condanna si basava sulle dichiarazioni, rese in fase di indagini preliminari, da tre coimputati non esaminati in contraddittorio e che in dibattimento si erano avvalsi della facoltà di non rispondere e, sullo stesso caso, la Risoluzione del Comitato dei Ministri DH (99) 258 del 15 aprile 1999. Sul tema, cfr. S. Allegrezza, *Violazione della Cedu e giudicato penale. Quali contaminazioni? Quali rimedi?*, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, Giappichelli, Torino, 2007, p. 23; M. Auriemma, *Sulla prova "unica o determinante". Il caso Al Khawaja e Thaery c. Regno Unito*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 571 ss.; A. Balsamo, *Ancora su contumacia e su dichiarazioni predibattimentali*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3095 s.; Id., *La cultura della prova del giudice nazionale e l'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 2036; A. Balsamo e A. Lo Piparo, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le dichiarazioni «irripetibili»: ovvero la crisi delle «abitudini» nell'interpretazione delle norme processuali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 690; A.E. Basilico, *Tra giurisprudenza inglese e diritti europei: quattro sentenze della nuova* Supreme Court, in *Riv. ass. it. cost.*, 2010, p. 4; M. Biral, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 1, p. 1 ss.; M. Daniele, *Regole di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea: profili di potenziale conflitto*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, a cura di A. Balsamo e R.E. Kostoris, Giappichelli, Torino, 2008, p. 388 ss.; Id., *Norme processuali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1690 ss.; Id., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 141 ss.; P. Ferrua, *Quattro fallacie in tema di prova*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 1, p. 10; Id., *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza*, in *Arch. pen.*, 2008, n. 3, p. 9 ss.; L. Filippi, *Vincoli probatori e regole di esclusione*, in *I princìpi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Dike, Roma, 2016, p. 550 ss., anche per una rassegna delle posizioni della Corte europea in argomento; C. Gabrielli, *Condanna fondata soltanto sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare: dalla Corte di Strasburgo una censura annunciata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 284; S. Maffei, *The Right to Confrontation in Europe. Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, II ed., Europa Law Publishing, Groningen, 2012, p. 95 s.; P. Tonini, *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen.*

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

tata il 10 settembre 1997[32]. Una *rule*, quella europea, integrata da un'endiadi, nel cui corpo soltanto il primo termine, *sole*, ha un significato univoco di unicità, esclusività. Non altrettanto definito può dirsi, invece, il contenuto del secondo elemento, *decisive*[33], non rappresentato, comunque, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che «non manifesta in alcuna guisa l'uso di termini o perifrasi che alludano al concetto di decisività della prova»[34], che rimane di esclusiva matrice pretoria. Si tratta, infatti, di un dato «alquanto opaco e indefinito»[35], una nozione comune in ambito processuale penalistico, ma integrante «una categoria dai contorni vaghi, *fuzzy*»[36], sfumati[37], rispondenti alla logica *floue*, che impone controlli *case by case*, di ardua verifica, circa l'importanza della testimonianza anche alla luce di eventuali altri mezzi di prova sugli stessi fatti o di corroborazione della deposizione, con un rigoroso sindacato sulla tenuta dell'intera compagine d'accusa[38]. Rispetto a nozioni così aperte, sovviene il c.d. paradosso logico del *σωρίτης* (da *σωρός*,

proc., 2008, p. 878; C. Valentini, *Contraddittorio, immediatezza, oralità*, in *I principi*, cit., p. 466; Ead., *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 2, p. 19 ss.; Ead., *La Corte e.d.u. e il diritto alla prova: vecchi canoni, nuove precisazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 141; F. Zacchè, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2012, p. 3 s.; Id., *Lettura di atti assunti senza contraddittorio e giusto processo*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 427.

[32] Per il testo della Raccomandazione, v. la traduzione di A. Saccucci, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 258.

[33] Sulla prova decisiva nel «vocabolario europeo», v. C. Valentini, *La prova decisiva*, Cedam, Padova, 2012, p. 24 ss.

[34] C. Valentini, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 2, p. 19.

[35] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, II ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 275.

[36] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., p. 276; nonché già Id., *La prova nel processo penale: profili generali*, in *La prova*, cit., p. 45. Sulla *fuzzy logic* in ambito giudiziario, v. M. Vogliotti, *op. cit.*, p. 851 ss.; P. Ferrua, *Potere istruttorio del pubblico ministero e nuovo garantismo*, in Id., *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 64 s.; F.M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 297 s.; T. Mazzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 159 s.; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 207 s. In una più generale prospettiva inerente al controllo razionale delle decisioni giudiziali, v. C. Luzzati, *Ricominciando dal sorite*, in *Interpretazione giuridica e retorica forense: il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, a cura di M. Manzin e P. Sommaggio, Giuffrè, Milano, 2006, p. 36 ss.

[37] Si sottolinea, in proposito, come «quasi tutti i concetti sono vaghi, seppure in misura diversa, D'altra parte, si deve osservare che una nozione vaga non è del tutto priva di capacità informativi», così C. Luzzati, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, in *Dir.&Quest. pubbl.*, 2012, n. 12, p. 348.

[38] Cfr. Corte e.d.u., Grande camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2012, con nota di F. Zacchè, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

mucchio, cumolo)[39] attribuito ad Eubilide di Mileto: di fronte a un mucchio di sabbia, qual è il momento in cui l'aggiungere o togliere un granello di sabbia determina o meno il configurarsi di mucchio o, ancora, quando un calvo diventa calvo, qual è il capello alla cui caduta può parlarsi di calvizie, o il discrimine fra ricchezza e povertà? E se su un piano filosofico può affermarsi che un reale confine, un granello o un capello critico che facciano da soli la differenza, non esistono, trattandosi di un'utile invenzione della logia classica[40], in sede processuale una tale ricostruzione logica non può bastare, il giudice ha necessità, invece, di riempire di contenuto concreto proprio l'alveo della decisività. Rispetto al percorso argomentativo decisorio, frutto di un itinerario logico razionale, guidato dai canoni del ragionamento inferenziale-induttivo, la nozione di prova determinante, tuttavia, si scolora in parte, perdendo la centralità da cui appare caratterizzata, giacché, «a rigore, qualsiasi prova, che non sia superflua o sovrabbondante, è 'determinante', nel senso che concorre a fondare, quindi a 'determinare' la condanna (se, in sua assenza, l'esito non mutasse, sarebbe sovrabbondante)»[41], il cui corredo giustificativo non è costituito da un insieme di monadi, ma da un complesso di elementi fondativi nel quale *tout se tient* saldamente.

La Corte europea non abbandona, comunque, la posizione assunta[42] e procede puntualizzando proprio la *sole or decisive rule*, che viene integrata e completata con l'ulteriore riferimento all'omnicomprensiva e, quindi, più ampia categoria delle «procedural safeguards to compensate for the handicaps caused to the defence»[43], garanzie che devono rivelarsi "solide"

[39] Cfr. A. Racca, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Diritto sostanziale e giusto processo*, Key, Milano, 2020, p. 137, nt. 58; nonché S. Oms e E. Zardini, *The Sorites Paradox*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, *passim*.

[40] C. Luzzati, *Ricominciando dal sorite*, cit., p. 29.

[41] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., p. 275 s. Cfr., in proposito, Corte e.d.u., Grande camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, cit.

[42] Riferisce di un censurabile *overruling* della Corte europea dei diritti dell'uomo, S. Lonati, *Un invito a compiere una scelta di civiltà: la Corte europea dei diritti dell'uomo rinunci all'uso della testimonianza anonima come prova decisiva su cui fondare una sentenza di condanna*, in *Rev. Bras. de Direito Proc. Pen.*, 2019, p. 373 ss.; Id., *Anonymous Witness Evidence before the European Court of Human Rights:Is It Still Possible to Speak of "Fair Trial"?*, in *Eur. Crim. Law Rev.*, 2018, n. 1, p. 136. Un *overruling* soltanto «parziale», ma che potrebbe produrre una «drastica riduzione del contenzioso con l'Europa», per F. Zacchè, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2012, p. 5, con una profezia non compiutamente avveratasi. Cfr. anche R. Casiraghi, *Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola della "prova unica o determinante"*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3115 ss.; F. Cassibba, *Art. 6 - Diritto a un equo processo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, II ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 207 ss.

[43] In particolare, la difesa deve essere «posta nelle condizioni di poter quantomeno interloquire su tutti gli elementi di prova che possono essere impiegati dal giudice per decidere il merito della regiudicanda, a prescindere dalla loro *vis* probatoria, essendo sufficienti –

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

e "rigorose"[44] e sottostare a un penetrante vaglio, funzionale a fornire patente di utilizzabilità probatoria anche a dichiarazioni carenti di un efficace contributo della difesa nella fase acquisitiva[45]. Non è riscontrabile, pertanto, discontinuità di soluzioni[46], dovendosi sottoporre a un rigido scrutinio giudiziale sia il patrimonio acquisito[47] che i presupposti che abbiano imposto il silenzio sull'identità del dichiarante, nonché le concrete modalità dell'esame. A dover esser garantito è l'equilibrio compensativo fra i diritti, gli interessi e le garanzie in campo nel caso concreto, in una dialettica

in questo caso – la loro rilevanza e utilizzabilità ai fini del giudizio», Corte e.d.u., sez. I, 27 aprile 2017, *Asatryan c. Armenia*, ric. n. 35323/07, cit. in *Proc. pen. giust.*, 2017, § 64, per una vicenda nella quale la condanna di secondo grado si basava 'anche' sulle dichiarazioni predibattimentali di alcuni soggetti che non solo non erano mai stati ascoltati nel contraddittorio tra le parti, ma i cui *dicta* non erano mai stati neppure acquisiti mediante lettura, né avevano formato oggetto di discussione dibattimentale. Analogamente, Corte e.d.u., sez. IV, 16 dicembre 2014, *Horncastle e altri c. Regno Unito*; Corte e.d.u., sez. I, 4 dicembre 2014, *Valeryevich Kazakov c. Russia*.

[44] Cfr. Corte e.d.u., 29 agosto 2024, *Khachapuridze e Khachidze c. Georgia*, § 126, che attribuisce rilievo, in particolare, all'approccio del giudice nazionale nel valutare le prove, alla forza delle altre prove a carico e alle misure processuali volte a compensare la mancanza di opportunità di contro-esaminare i testimoni in giudizio; Corte e.d.u., sez. II, 17 gennaio 2017, *Habran e Dalem c. Belgio*, ric. n. 43000/11 e 49380/11, per un'ipotesi di condanna, per associazione a delinquere, sulla base delle dichiarazioni di testimoni, gravati da precedenti penali, che rivestivano la qualità di testimoni protetti, ma non anonimi, nell'ambito della quale la Corte ha escluso la violazione dell'art. 6 C.e.d.u., giacché il procedimento nel suo complesso aveva assicurato 'solide garanzie processuali', escludendosene, quindi, il carattere di procedimento ingiusto; Corte e.d.u., sez. I, 26 febbraio 2013, *Papadakis c.* ex *Repubblica yugoslava di Macedonia*, § 94, per l'iniquità di un giudizio fondato sulle dichiarazioni anonime di un agente *undercover* sentito in dibattimento in una sede protetta, priva di ogni collegamento audiovisivo con la difesa, alla quale era stata garantita poi solo un'ora per leggere i verbali della deposizione e formulare domande scritte ai fini del controesame. Cfr. anche Corte e.d.u., sez. II, 23 giugno 2015, *Balta e Demir c. Turchia*, § 54 ss.

[45] Corte e.d.u., Grande camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, cit. Cfr. anche Corte e.d.u., 5 novembre 2015, *Chukayev c. Russia*, § 125; Corte e.d.u., 27 marzo 2014, *Matytsina c. Russia*, § 163. Corte e.d.u., 18 luglio 2013, *Vronchenko c. Estonia*, § 58. Per il recepimento del principio nella giurisprudenza domestica, v. Cass. pen., sez. IV, 15 febbraio, 2024, n. 13384, Massa, in *C.e.d.*, n. 286348-01, in tema di acquisizione, ai sensi dell'art. 512 c.p.p., di determinanti dichiarazioni predibattimentali, individuando il carattere di adeguate garanzie procedurali «nell'accurato vaglio di credibilità dei contenuti accusatori, effettuato anche attraverso lo scrutinio delle modalità di raccolta e nella compatibilità della dichiarazione con i dati di contesto; analogamente Cass. pen., sez. II, 5 febbraio, 2020, n. 15492, C., in *C.e.d.*, n. 279148-01, che fra i dati di contesto fa «rientrare anche le dichiarazioni dei testi indiretti, che hanno percepito in ambiente extra-processuale le dichiarazioni accusatorie della fonte primaria, confermandone in dibattimento la portata»; Cass. pen., sez. V, 4 marzo 2022, n. 12203, T.K., in *One legale*.

[46] Cfr. C. Valentini, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza*, cit., p. 25, che si esprime in termini di «natura ineffettiva del c.d. *overruling* della Corte strasburghese».

[47] Cfr. I. Dennis, *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, *Commentary*, in *Crim. Law Rev.*, 2012, p. 376.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

processuale non esclusivamente binaria, accusa-difesa, ma che collochi sul piatto della bilancia anche esigenze di tutela altrui, proprio come quelle del testimone in grave pericolo.

Anche nella Convenzione di Palermo della Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale[48] trovano legittimazione, all'art. 24 «Protection of witnesses», forme di occultamento dell'identità del soggetto *loquens*, giacché gli Stati parte «shall take appropriate measures within its means to provide effective protection from potential retaliation or intimidation for witnesses in criminal proceedings who give testimony concerning offences covered by this Convention» (§ 1), misure che possono consistere anche in «non-disclosure or limitations on the disclosure of information concerning the identity» (§ 2, lett. *a*) del dichiarante, il tutto, però, «without prejudice to the rights of the defendant, including the right to due process» (§ 2). E un tale riferimento di garanzia posto a chiusura della previsione, quale importante argine rispetto a un ricorso indiscriminato alla testimonianza anonima, diviene contestualmente un esplicito indicatore di una piena compatibilità fra l'inviolabilità del diritto all'equità processuale e la riservatezza circa l'identità del dichiarante.

Un *favor* verso forme di riservatezza sull'identità del testimone è rinvenibile, inoltre, pur in assenza di espresse previsioni statutarie, anche in quella fucina di sperimentazione normativa rappresentata dal procedimento innanzi alla Corte penale internazionale e ancor prima nelle esperienze che tale Corte hanno preceduto, innanzitutto, l'*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*[49] (con percorsi analoghi anche nell'operare del Tribunale del Ruanda)[50]. Un contesto processuale, questo, tuttavia, nelle cui fasi di avvio emergenziale, nonostante l'espresso rifermento al diritto dell'imputato «to examine, or have examined, the witnesses against him», contenuto nell'art. 21 dello Statuto del Tribunale, non sono manca-

[48] La Convenzione è stata aperta alla firma a Palermo, il 15 novembre 2000, con Ris. n. 55/25, e ratificata in Italia con l. 16 marzo 2006, n. 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* ed è strumento che «conosce oggi una "seconda giovinezza" e rivela una straordinaria modernità», così A. Balsamo, *L'effettività della Convenzione di Palermo e le nuove prospettive aperte dall'approvazione del meccanismo di revisione*, in A. Balsamo, A. Mattarella e R. Tartaglia, *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 27.

[49] L'*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* è stato istituito mediante la Risoluzione n. 827 del 25 maggio 1993 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Cfr. G. Calvetti e T. Scovazzi (a cura di), *Il Tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, Giuffrè, Milano, 2007, *passim*.

[50] Sia consentito rinviare ad A. Zappulla, *La tutela del terzo dichiarante e l'anonimato testimoniale nelle giurisdizioni penali internazionali*, in *Ord. int. e dir. um.*, Gli speciali, 2026, in corso di pubblicazione.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

te iniziali ipotesi di abuso proprio nel ricorso a fonti di accusa sottratte a un pieno contraddittorio, come accaduto, dietro autorizzazione della *Trial chamber*[51] al *Prosecutor*, nella prima pronuncia di condanna emessa dalla Camera di prima istanza del Tribunale, il 7 maggio 1997, nei confronti del serbo bosniaco Duško Tadić, condannato a 25 anni di reclusione, per crimini contro l'umanità, ai sensi dell'art. 5 dello Statuto e per violazioni delle leggi e delle consuetudini di guerra, ai sensi dell'art. 3 dello stesso (la prima sentenza di condanna da parte di un tribunale internazionale dopo l'esperienza di Norimberga)[52]. Una vicenda giudiziaria caratterizzata da un non efficiente sindacato sull'attendibilità delle fonti di accusa, condizionato dall'esigenza extragiudiziaria di giungere in tempi celeri alla conclusione di vicende processuali nelle quali le testimonianze venivano raccolte in un contesto temporale condizionato da gravissimi conflitti ancora in corso, con conseguente difficoltà nell'ottenere dichiarazioni incriminanti da parte di chi avrebbe inevitabilmente messo a sicuro repentaglio la vita propria e dei propri congiunti[53]. Di ben tre testimoni, in particolare, erano state censurate le generalità alla difesa[54], ma con una decisione presa a maggioranza dei membri del collegio[55]. Ad assumere particolare rilievo è stata la *dissen-*

[51] *Trial Chamber Decision on Protective Measures, Tadić* (IT-94-1-T), 10 agosto 1995. Per un resoconto sulla pronuncia, v. S. Zappalà, *Ammissibilità dell'anonimato come misura per la protezione dei testimoni*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1090; nonché Id., *Human rights in international criminal proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 130 ss.; cfr. anche C. Chinkin, *Due Process and Witness Anonymity* in *American Journal of Intern. Law*, 1997, 91, p. 75 s.; M. Leigh, *Witnesses Anonymity is Inconsistent with Due Process*, in *American Journal of Intern. Law*, 1997, 91, p. 80 s. In chiave critica, v. M. Caianiello, *Il processo penale nella giustizia internazionale: casi giurisprudenziali dall'esperienza dei Tribunali* ad hoc, in *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, a cura di G. Illuminati, L. Stortoni e M. Virgilio, Giappichelli, Torino, 2000, p. 153 ss.; S. Maffei, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, La Tribuna, Piacenza, 2003, p. 183 s.; M. Miraglia, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima. Le coordinate del dibattito sovranazionale e le novità introdotte nel nostro ordinamento dalla l. 136/2010*, in *Dir. pen. cont.*, 30 dicembre 2011, p. 16, anche per i riferimenti bibliografici in nt. 87. V. pure L. Catani, *La protezione delle vittime e dei testimoni nei processi penali internazionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 249 ss., pure in merito ad analoghe prese di posizione del Tribunale penale internazionale per il Ruanda.

[52] Duško Tadić era stato arrestato nel febbraio del 1994 in Germania, dove ormai viveva, con l'accusa di aver consumato molteplici crimini internazionali, fra cui fattispecie di tortura e di «aiuto e assistenza» in ipotesi di genocidio, nel giugno del 1992, nel campo per la pulizia etnica delle popolazioni non serbe di Omarska, nella regione di Prjedor, nella Bosnia settentrionale e nel quale sarebbero state uccise circa 900 persone.

[53] Cfr. M. Leigh, *The Yugoslav Tribunal: Use of Unnamed Witnesses Against Accused*, in *American Journal of Intern. Law*, 1996, 90, p. 235.

[54] Cfr. M. Leigh, *The Yugoslav*, cit., p. 235.

[55] Cfr. D. Tolbert e F. Swinnen, *The Protection of, and Assistance to, Witnesses at the ICTY*, in H. Abtahi e G. Boas (edited by), *The Dynamics of International Criminal Justice*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2006, p. 212.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

ting opinion del Giudice Stephen, che ha sostenuto «that such a protective measure infringed upon the right of the accused to a fair trial, mainly because it radically undermined his capacity effectively to a fair trial, mainly because it radically undermined his capacity effectively to cross-examine the witnesses»[56]. Secondo tale impostazione, il combinato disposto fra gli artt. 21.2 e 22 dello Statuto del Tribunale della *ex*-Jugoslavia (come anche fra gli artt. 20 e 21 dello Statuto del Tribunale del Ruanda)[57] avrebbe legittimato limitazioni al diritto alla pubblicità del procedimento, ma non alla sua intangibile equità, minata, invece, proprio dall'anonimato.

Anche in presenza di tali criticabili precedenti, nelle pronunce della successiva *International Criminal Court*, l'«espressione attualmente più compiuta della giustizia sovranazionale»[58], non sono mancate decisioni che hanno procrastinato eccezionalmente[59] la conoscibilità dell'identità del dichiarante da parte dell'accusato solo *in limine* dell'apertura della fase dibattimentale o, ancor più avanti, dell'avvio della stessa escussione del testimone[60], con un delicato bilanciamento degli interessi in campo[61], per limitare la compromissione di una piena esplicazione del *right to confrontation*[62].

[56] Cfr. S. Zappalà, *Human*, cit., p. 131.

[57] Per la non sovrapponibilità fra il diritto di esaminare i testimoni a carico garantito dalla disciplina sui Tribunali *ad hoc* e il *right of confrontation* di cui al VI Emendamento della Costituzioni degli Stati Uniti d'America, v. M. Leigh, *The Yugoslav*, cit., p. 236; *contra* C. Chinkin, *op. cit.*, p. 75, cui ha replicato lo stesso M. Leigh, *Witnesses*, cit., p. 80. Cfr. anche le considerazioni di S. Zappalà, *Human*, cit., p. 131, nt. 187.

[58] M. Miraglia, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 1.

[59] In questo senso, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, *Decision on victims' participation*, 18 gennaio 2008, §§ 130-131.

[60] V. *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Public redacted version of the Decision on the Protection of Prosecution Witnesses 267 and 353 of 20 May 2009*, cit. V. anche *Prosecutor v. Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, *Corrigendum to Decision on the participation of victims in the trial and on 86 applications by victims to participate in the proceedings*, 12 luglio 2010; *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, *Decision on victims' participation*, cit.; entrambe per fattispecie a tutela delle vittime del reato. Criticamente, v. M. Caianiello, *First Decisions on the Admission of Evidence at ICC Trials: A Blending of Accusatorial and Inquisitorial Models?*, in *Jour. Inter. Crim. Just.*, vol. 9, 2011, p. 387; S. Zappalà, *The Right of Victims v. the Rights of the Accused*, in *Jour. Inter. Crim. Just.*, vol. 8, 2010, p. 139 ss.

[61] V. *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Public redacted version of the Decision on the Protection of Prosecution Witnesses 267 and 353 of 20 May 2009*, 28 maggio 2009, § 31.

[62] Un compromesso ritenuto non perseguibile da chi evidenzia come «la misura della "*anonimity*" […] finisce per conculcare in modo decisivo il *right to confrontation*», affermando, inoltre, come «il diritto al confronto risulti precluso *in nuce*, in questo caso: chi conduce il controesame non sa infatti chi sia colui che ha di fronte, né gli è dato di venirlo a sapere attraverso l'escussione», così M. Caianiello, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 182.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Tutto, comunque, all'interno di un complessivo atteggiamento della Corte maggiormente prudenziale rispetto a quello dai tribunali *ad hoc* precedentemente adottato «con una certa larghezza»[63].

3.2. Per quel che qui più interessa, anche il legislatore nazionale non è rimasto immune rispetto alle sirene dell'anonimato testimoniale. Se ne ha riscontro nel comma 2-*bis* dell'art. 497 c.p.p., introdotto nel 2010[64], ai sensi del quale, qualora si siano condotte indagini *undercover* e a deporre sia chiamato chi le indagini abbia svolto, «gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, i dipendenti dei servizi di informazione per la sicurezza, gli ausiliari, nonché le interposte persone» (soggetti, questi ultimi, non appartenenti alle forze di polizia, ma chiamati a collaborare con essi nell'attività investigativa), al momento in cui verrà loro chiesto di declinare le proprie generalità, forniranno quelle fittizie di copertura. Si attribuisce rilievo processuale, così, a una forma di «pseudonimo, da "ψευδής" falso» che, se «riesce a mascherare la personalità dell'autore»[65], integra vera e propria testimonianza anonima[66].

La previsione codicistica in esame si presenta dalla natura apparentemente stabile, non più oggetto di attenzione da parte del legislatore successivo al 2010, ma si tratta di apparenza fallace, giacché la norma fa espresso riferimento alle deposizioni «in ordine alle attività svolte sotto copertura ai sensi dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, e della legge 3 agosto 2007, n. 124, e successive modificazioni» ed è questa disciplina speciale a essere stata oggetto, invece, di interesse quasi 'spasmodico' da parte del legislatore, che, prendendo le mosse da un ambito di nicchia relativo al solo

[63] M. Caianiello, *Ammissione*, cit., p. 182.

[64] L'art. 497, comma 2-*bis*, c.p.p. è stato introdotto mediante l'art. 8, comma 3, l. 13 agosto 2010, n. 136, *Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*; v. A. Zappulla, *Commento all'art. 8 l. 13.8.2010 n. 136*, in *Leg. pen.*, 2010, p. 445. Sull'originaria lacuna normativa, v. L. Filippi, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 166.

[65] G. Santoro, *L'anonimo nella storia e nell'uso processuale ed amministrativo*, in *Giust. pen.*, 1933, V, c. 262.

[66] Cfr. M. Biral, *La testimonianza anonima degli agenti sotto copertura*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2023, p. 105 s. Diversa l'ipotesi in cui lo pseudonimo e, ai nostri fini, l'identità di copertura non siano in grado di celare la reale identità di chi se ne avvale, escludendo, pertanto, che possa parlarsi di anonimato; cfr. A. Dessì, *Le notizie anonime nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 1972, I, p. 272; P. Felicioni, *Il regime giuridico dei documenti anonimi alla luce del principio di necessario controllo sulle fonti di conoscenza*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 1028; P.P. Paulesu, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 43; nonché già, in materia di calunnia e denuncia sottoscritta con pseudonimo noto, G. Vassalli, voce *Anonimi(scritti), (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 503.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

contesto delle originarie indagini *undecover* in materia di criminalità organizzata, di terrorismo, di traffico di armi e sostanze stupefacenti, ha dilatato successivamente il ricorso allo strumento estendendolo, quale *commodus discessus*, ad altre materie, fra le quali spicca per eterogeneità il campo delle indagini per fattispecie di reato contro la pubblica amministrazione.

Si assiste, pertanto, a un fenomeno di crescita degli spazi operativi di un anonimato testimoniale in favore di soggetti professionalmente qualificati, gli agenti *undercover*, preziosa e rara risorsa investigativa, che non può essere trattata alla stregua di un ausilio monouso, dovendosene garantire la 'riutilizzabilità'. Una dilatazione normativa, questa, alla quale fa da contraltare l'indifferenza legislativa, invece, rispetto al testimone comune, pur quando in condizioni di grave pericolo per l'incolumità propria o dei propri congiunti e a essere messa in crisi, in tali casi, è la credibilità del dichiarante spaventato, una condizione psicologica, da differenziare, tuttavia, da quanto possa derivare esclusivamente da limiti caratteriali soggettivi, da mera suggestionabilità. Possono rilevare, cioè solo situazioni eccezionali di particolare gravità, non altrimenti evitabile e sottoposte a un rigoroso vaglio pretorio, da parte di un organo giudiziario che non deve essere necessariamente chi dovrà giudicare sul merito, pena possibili refluenze in tema di possibili effetti prevenzione rispetto alla decisione sul merito della regiudicanda, potendosi valorizzare anche in proposito lo strumento dell'incidente probatorio[67].

In un'ampia riflessione che vede ormai definitivamente abbandonata la prospettiva di un processo esclusivamente imputato centrico, attraverso un riequilibrio dei centri di interesse processuale, frutto, anche grazie alle sollecitazioni provenienti dalle normativa eurounitaria, del faro acceso sulla figura della vittima e di quello ancora più forte sulla vittima vulnerabile, i tempi possono dirsi ormai maturi, per un ulteriore necessario ampliamento dei piani prospettici che permetta la necessaria messa a fuoco anche di altri soggetti vulnerabili solo indirettamente connessi al fatto di reato: i soggetti terzi, chiamati in veste testimoniale. Soggetti spesso del tutto estranei all'illecito, ma possibili destinatari di azioni in grado di determinare non condannabile paura e per i quali potrebbe aprirsi la via di uno spesso deprecabile, ma ormai ampiamente metabolizzato, doppio binario, che dia spazio a ipotesi di riservatezza sull'identità del dichiarante nei più gravi contesti di criminalità organizzata e terroristica.

[67] Sia consentito rinviare ad A. Zappulla, *Il testimone senza identità*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2025, p. 251 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Angelo Costanzo

Esigenze della regolazione giuridica e concetti della psicologia

Sommario: 1. L'epistemologia della testimonianza. – 2. La regolazione giuridica. – 3. La concezione razionalista della prova.

1. L'utilizzo della testimonianza come mezzo di prova consiste nel ricorso alla esperienza o a asserzioni di altri come metodo per convalidare proposizioni che esprimono fatti per giudicare circa la realtà di un avvenimento.

La testimonianza su fatti (personalmente osservati o come da altri riferiti) è una fonte di conoscenza primaria nelle comunità umane in base a una presunzione di veracità (perché si è propensi a dire e a rappresentare la verità) e a una presunzione di credibilità (perché si è propensi a credere agli altri). Questi due principi sono costantemente all'opera nelle menti e nei rapporti e della vita ordinaria le testimonianze sono recepite senza particolari esitazioni, a meno che non siano veicolate tramite affermazioni che risultano strane perché non combacianti con l'insieme delle aspettative di chi le riceve.

La convinzione prodotta dalla testimonianza non deriva dall'esperienza diretta, né dal ragionamento, e a volte l'esito della recezione della testimonianza produce delle certezze per le menti individuali equivalenti a quelle di un assioma matematico o a quelle che derivano da una immediata percezione sensoriale o da una forte intuizione. Del resto, se diffidassimo della massa di testimonianze che in varie forme e per differenti vie costantemente riceviamo, perderemmo una parte notevole delle nostre conoscenze e saremmo davvero sperduti. In realtà, gran parte della vita sociale si fonda su continui e a volte anche sofisticati scambi di informazioni e di conoscenze.

Anche nella attività scientifica e tecnica molta parte delle conoscenze utilizzate non dipende da percorsi di ragionamento seguiti personalmente o da esperimenti personalmente effettuati e verificati ma da quanto altri scienziati sostengono o trasmettono, a volte in forma tacita, condividendo le loro esperienze e le loro pratiche tecniche.

Per altro verso, è anche vero che si resta consapevoli in diversi modi e a diversi livelli che gli altri possono mentire o essi stessi errare, autoingannandosi nella rappresentazione e nella valutazione dei fatti, producendo delle parodie della realtà (a volte con implicita consapevolezza di tutti, come avviene nelle simulazioni che costituiscono i giochi o il teatro).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Circa l'attendibilità della testimonianza sono ordinariamente possibili due posizioni:

a) si assume che la testimonianza è degna di essere creduta a meno che non si sviluppi una convincente argomentazione che ne dimostri o ne metta in dubbio la credibilità;

b) si assume che la testimonianza è indegna di essere creduta a meno che non si sviluppi una convincente argomentazione a sostegno della sua credibilità.

L'epistemologia della testimonianza è una branca della teoria della conoscenza che si occupa di studiare come si acquisisce conoscenza attraverso le testimonianze altrui e dell'affidabilità di queste fonti. Essa indaga se la testimonianza costituisce una fonte primaria di conoscenza, cioè se la semplice comunicazione di informazioni da parte di un testimone può giustificare la credenza di chi riceve tali informazioni, o se invece la testimonianza deve essere ridotta a fonti di conoscenza secondarie come la percezione, la memoria e il ragionamento.

Il dibattito principale nella materia intercorre fra due posizioni: il riduzionismo e l'antiriduzionismo. I riduzionisti sostengono che per credere giustificatamente a una testimonianza occorrano ragioni indipendenti non-testimoniali, come l'osservazione della coerenza generale delle testimonianze o la verifica di altre fonti. Gli antiriduzionisti, invece, sostengono che la testimonianza è una fonte primaria di conoscenza, alla pari della percezione, e quindi chi riceve testimonianza è giustificato a credervi in assenza di motivi rilevanti per dubitarne.

In altri termini, le differenze tra riduzionismo e antiriduzionismo nell'epistemologia della testimonianza riguardano il modo in cui viene giustificata la credenza basata su ciò che un testimone dice.

La tesi del riduzionismo (ordinariamente associato al pensiero David Hume) è che la conoscenza derivata dalla testimonianza debba essere ridotta ad altre fonti di conoscenza. Si ritiene che sia giustificato credere a una testimonianza solo sulla base di ragioni indipendenti dalla testimonianza stessa, come l'induzione basata su osservazioni passate dell'affidabilità del testimone o la coerenza della testimonianza con altri dati. In altre parole, la testimonianza non è considerata una fonte primaria di conoscenza, ma secondaria e dipendente dalla percezione dalla memoria di chi la fornisce o da ragionamenti di chi la valuta.

La tesi dell'antiriduzionismo (che si rifà al pensiero di Thomas Reid) è che la testimonianza è una fonte primaria di conoscenza alla pari della percezione o della memoria. Si ritiene che sia giustiziato credere a una settimana purché non vi siano ragioni specifiche per dubitare dell'affidabilità o della sincerità del testimone. Non occorrono, quindi, ragioni positive indipendenti, ma solo l'assenza di motivi di sfiducia: in condizioni normali ci si può fidare dui una testimonianza.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

In sintesi, il riduzionismo richiede prove esterne e indipendenti a supporto della testimonianza, mentre l'antiriduzionismo concede fiducia alla testimonianza salvo che emergano contro-evidenze. La critica principale al riduzionismo è che rende la testimonianza una fonte meno autonomamente affidabile, mentre all'antiriduzionismo si contesta una possibile eccessiva credulità.

Le implicazioni pratiche del dibattito tra riduzionismo e antiriduzionismo nell'epistemologia della testimonianza sono rilevanti per la regolazione giuridica delle prove e riguardano, in particolare, il modo in cui si valuta la credibilità e l'affidabilità della testimonianza nel processo.

Nel diritto processuale, il riduzionismo implica che la testimonianza sia utile solo se sostenuta da prove o ragioni indipendenti che ne confermino l'affidabilità. Ciò rende più stringente l'onere di verifica e aumenta l'importanza di accertamenti sulla competenza e attendibilità del testimone. La testimonianza non è quindi trattata come una fonte primaria di conoscenza, ma subordinata a controlli ulteriori, per escludere testimoni insinceri o incompetenti.

Al contrario, l'antiriduzionismo, riconoscendo la testimonianza come fonte primaria di consocenza attribuisce al giudice e alle parti un'assunzione iniziale di veridicità della testimonianza fino a che non emergano fondati motivi di dubbio. Questo orientamento facilita l'uso della testimonianza nel processo, riconoscendo che il credito concessole è una condizione normale e che la verifica dettagliata dell'affidabilità avviene solo in caso di sospetti.

In conclusione, il dibattito epistemologico influisce sull'orientamento delle regole di ammissione e valutazione della testimonianza nel processo: il riduzionismo suggerisce prudenza e verifiche stringenti, l'antiriduzionismo favorisce confidenza e semplicità nell'accettazione della testimonianza.

2. Tra la psicologia e il diritto intercorre un dialogo complesso con la condivisione dell'uso di termini, a volte identici, che assumono significati divergenti in relazione all'ambito di riferimento.

Emerge una tensione tra la razionalità logica delle norme e i modelli empirici della ricerca scientifica relativamente a concetti cruciali quali la responsabilità penale, l'imputabilità in particolare dei minorenni) e la capacità di intendere e di volere, il danno psichico, la testimonianza.

L'epistemologia giudiziaria condivide con quella scientifica le nozioni fondamentali ma le adatta alle esigenze del diritto e ai limiti che il ragionamento probatorio incontra nelle concrete vicende processuali.

Il punto è che mentre altre fonti di conoscenza – quali la percezione e il ragionamento – sono state oggetto di approfondite riflessioni epistemologiche, la testimonianza nella vita sociale è stata oggetto di considerazioni non estese. In effetti, nell'ambito epistemologico e filosofico la testimo-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

nianza è ritenuta una fonte di conoscenza inferiore perché più spuria di quella che risulta dall'esperienza sensibile personale o dalla personale attività intellettuale.

In generale, comunque, come la percezione e l'osservazione, ogni testimonianza risulta carica di presupposti teorici o di altro genere, per lo più acriticamente recepiti e veicolati.

L'itinerario che conduce dalla valenza probabile di una testimonianza alla conoscenza scientifica è lo sviluppo di una graduazione che dai gradini inferiori sino a quelli più elevati si fonda in ogni caso sulla logica della induzione e della abduzione e si conclude con un livello di certezza che è sempre relativo, contestuale e non definitivo.

Il contenuto trasmesso da una testimonianza non va visto come un dato definitivamente accertato ma va considerato all'interno di tutte le circostanze interne e/o esterne che lo accompagnano: le prime sono quelle che riguardano il fatto stesso, cioè la testimonianza in sé con i suoi contenuti, mentre le seconde riguardano le persone che questa testimonianza esprimono e il contesto in cui il contenuto della testimonianza si va a collocare.

Ancor prima, l'atteggiamento rispetto alla testimonianza dipende dal rapporto fra il suo contenuto e le conoscenze sullo sfondo delle quali tale contenuto viene valutato.

A rigore, in ogni caso la convinzione o la certezza che deriva da una testimonianza non ha che una valenza probabilistica perché non si fonda sulla evidenza di un fatto o di una dimostrazione razionale e resta sempre un dato da valutare assieme a tutti gli altri: il contenuto della testimonianza è oggetto di un giudizio di probabilità.

La testimonianza in ambito giuridico può assumere valore di prova piena o semplicemente di indizio, in base alla sua coerenza, precisione e attendibilità. Se è sufficientemente chiara, coerente e priva di contraddizioni con altri elementi, può costituire piena prova dei fatti attestati. Tuttavia, nel caso in cui manchino tali requisiti o vi siano particolari circostanze soggettive che ne minano la credibilità (per esempio rancori personali), la testimonianza può avere valore solo indiziario, cioè come elemento che contribuisce a orientare il giudizio ma non può da sola determinare la decisione.

Il linguaggio giuridico si serve sia del linguaggio comune, sia del linguaggio scientifico, sia di propri termini tecnici. Tuttavia, permane una differenza di obiettivi fra la conoscenza (o la terapia) e la regolazione giuridica delle condotte. Accade anche che, utilizzando termini dei quali andrebbe valutata la corrispondenza alle categorie scientifiche, il diritto produca ambiguità o che una condotta sia collocabile in due quadri di riferimento (non teorie compiute) auto-consistenti ma fra loro incompatibili[1].

[1] G. Lolli, *Ambiguità. Un viaggio fra letteratura e matematica*, il Mulino, Bologna, 2017, pp. 22, 88, 146, 183 ss., 195 ss. e 203.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Una ambiguità è produttiva, se viene risolta. Ma può anche mantenersi se viene tollerata e preservata per evitare il palesarsi di incompatibilità disturbanti che richiedano scelte che non si è in grado di affrontare[2].

Del resto, se saperi diversi possono comprendere solo l'oggetto al quale i loro strumenti consentono di accedere, può fra loro stabilirsi un dialogo effettivo, individuando una lingua-franca (o lingua-ponte) per il diritto e le scienze della mente, come strumento di comunicazione tra soggetti di differente lingua-madre dotato di accettabile precisione?

Questo strumento dovrebbe privilegiare la direzione (i termini, i concetti) che va dal diritto alle scienze della mente o la direzione contraria? Chi ne ha proposto l'adozione ha ritenuto che dovrebbe basarsi su concetti neuroscientifici. Ma, presumibilmente, altre branche delle scienze della mente potrebbero proporre soluzioni differenti.

Se dei concetti giuridici non risultano abbastanza specifici da consentire una appropriata traduzione in termini dotati di significato per gli scienziati, allora gli esperti non devono fornire ai giuristi le loro opinioni sulla scorta di tali concetti.

In questi ambiti, ci si deve accontentare di una sorta di pidgin (il linguaggio che si forma mescolando lingue di popolazioni differenti, a seguito di migrazioni, colonizzazioni, commerci), che conduce a mere ipotesi su ciò che l'altra parte intendere significare, con rischi per l'adeguato trattamento dei casi giuridici[3].

Anche se non è auspicabile che la definizione dei presupposti della regolazione giuridica rimanga impermeabile alla evoluzione delle conoscenze, il legislatore e i suoi interpreti non sono tenuti a mutare le proprie categorie, perché, soltanto nel frattempo vanno emergendo nuove (non sempre consolidate) acquisizioni scientifiche[4].

Avviene che le valutazioni derivanti da un approccio scientifico a volte entrano surrettiziamente nei processi, travestite da massime di esperienza, con l'uso (più o meno appropriato) di termini mutuati dalle scienze della mente per introdurre opzioni soggettive, facendo leva sulla ambiguità dei significati e sulla facile traducibilità dei concetti utilizzati dallo psicologo in conoscenze diffuse (ma non per questo a tutti comuni).

Invece, le conoscenze specialistiche degli esperti non dovrebbero entrare nei processi per vie surrettizie e neanche attraverso le perizie e le consulenze in sé (che sono solo atti dei periti e dei consulenti), ma acquisite tramite l'esa-

[2] S. Argentieri, *L'ambiguità*, Einaudi, Torino, 2008, pp. 100-113.

[3] J.W. Buckholtz, V. Reyna, C. Slobogin, *A Neuro-Legal Lingua Franca: Bridging Law and Neuroscience on the Issue of Self-Control*, in *Mental Health Law & Policy Journal*, nn. 16-32.

[4] B. Magro, *Scienze e scienza penale. L'integrazione tra saperi incommensurabili nella ricerca di un linguaggio comune*, in *Archivio penale*, 2019, n, 1, pp. 1-37.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

me degli esperti nel contraddittorio tra le parti, con il metodo dialettico, nella linea del razionalismo dialettico, che informa la nostra cultura giuridica e che raccomanda di non trascurare i diversi apporti delle scienze e, al contempo, le conoscenze comuni, però sottoponendole al vaglio dei diversi punti di vista.

3. In ogni caso, risulta ormai chiaro che la memoria umana non deve essere intesa come un archivio statico, una raccolta di fotografie di una realtà passata ma come un processo costruttivo e ricostruttivo che può essere influenzato dall'identità personale e dagli obiettivi del momento, anche tramite suggestioni postume. Possono emergere falsi ricordi (generati da associazioni semantiche o dall'immaginazione), tecniche di interrogatorio coercitive possono indurre a false confessioni, le stesse flashbulb memories caratterizzate da un'elevata nitidezza e fiducia soggettiva nel ricordo non garantiscono l'accuratezza dei dettagli.

Emerge un divario tra la conoscenza scientifica e le credenze di molti operatori del diritto che considerano la mente capace di cristallizzare il ricordo dei traumi subiti.

Soprattutto per i minorenni e i soggetti vulnerabili, domande fuorvianti e pressioni psicologiche possono incrementare la suggestionabilità e contaminare irrimediabilmente i ricordi.

Per altro verso, gli sforzi di mentire intenzionalmente possono compromettere la traccia mnestica originale, portando a dimenticanze involontarie o alla fabbricazione di falsi ricordi.

Ancora, false confessioni possono essere causate da vulnerabilità psicologica o tattiche esterne che spingono l'innocente a confessare per interrompere uno stress insopportabile. Ma la mancanza di dettagli nei loro contenuti e le incompatibilità con fatti reali possono smascherarle.

I testimoni, come anche gli esperti, possono essere affetti da bias cognitivi influenzati da stress, o pregiudizi ideologici. Allora, per cercare di ottenere l'oggettività delle loro affermazioni può occorrere l'adozione di strategie di debiasing suggerite dalla psicologia della testimonianza.

La testimonianza deve riguardare fatti oggettivi e non valutazioni personali tecniche o giuridiche, benché possa esprimere anche il convincimento del testimone rispetto ai fatti percepiti.

In ogni caso, la sua valutazione è rimessa al giudice, che deve adeguatamente motivare la credibilità attribuitale.

In questo quadro, la figura dello psicologo forense è importante per giungere a una decisione razionale e logicamente corretta.

Il suo intervento serve in diversi ambiti: nella fase delle indagini e degli incidenti probatori, nell'assistere i testimoni i vulnerabili per garantirne l'affidabilità della testimonianza e per evitare la loro vittimizzazione secondaria, nella partecipazione alle decisioni giudiziarie con fini educativi e riabilitativi.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

L'esplorazione della possibilità di un linguaggio comune che permetta alla giurisprudenza di accogliere i dati offerti dalle scienze della mente senza rinunciare alla propria funzione regolatrice, si sviluppa nell'ambito della concezione razionalistica della prova.

La argomentazione relativa alla prova dei fatti è una attività complessa e il significato del termine «motivazione» usato per denominarla è ambiguo.

Secondo l'accezione psicologistica, indica l'espressione linguistica delle cause di una decisione. Invece, secondo l'accezione razionalista indica le ragioni che giustificano la decisione, sicchè la prova viene emancipata dalla persuasione meramente soggettiva del giudice e trova nella logica e nei criteri della epistemologia generale gli strumenti per rendere più probabile che la ricostruzione dei fatti sia logicamente corretta e, quindi, più vicina alla verità.

Secondo la concezione razionalistica, la ricostruzione dei fatti deve avvenire con il metodo della conferma e confutazione delle ipotesi tramite una rigorosa argomentazione retta dal principio del contraddittorio e con la possibilità di produrre prove contrari.

In questa impostazione, l'eventualità che una ipotesi possa ritenersi provata è un esito totalmente indipendente dalle credenze del giudicante che non solo può ma anche deve decidere prescindendo dalle sue credenze. Le credenze sono state mentali personali utili a scopi euristici ma delle quali liberarsi se si rivelano controfattuali o intraducibili in precisi contenuti composti secondo chiari nessi logici. La *forma mentis* del giudicante tanto più si evolve quanto più tende a consolidare le sue credenze solo a conclusione di un corretto ragionamento probatorio[5].

L'uso di espressioni come «probabilità logica», «alta probabilità logica», «elevata credibilità razionale» è un espediente retorico, che allude a una quantificazione della probabilità o della credibilità razionale che però non si riesce a determinare, e sembra trascurare che il termine «probabilità» appartiene a un ambito tecnico le cui regole non possono essere ignorate se non debordando verso affermazioni generiche idonee solo a approntare a posteriori la parvenza di una giustificazione formale[6].

La probabilità alla quale si mira nei processi è la provabilità dei fatti che sono oggetto del giudizio, che si persegue con il classico metodo della dialettica confutativa, che richiede posizioni argomentate e elimina quelle che risultano confutate.

[5] A. Costanzo, *Logica e psicologia nel ragionamento giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 6, pp. 2516-2534.

[6] Sul punto efficacemente: G. Boniolo, G. Gennari, *Note su giurisprudenza e probabilità: fra leggi di natura e causalità*, in *Sistema penale*, 2021, n. 10, pp. 85-104, 94, 103 ss. Sul tema G. Carlizzi, *Errore giudiziario e logica del giudice nel processo penale*, in *L'errore giudiziario*, a cura di L. Luparia, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, p. 93.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Il modello di argomentazione tracciato per il ragionamento probatorio nel processo penale italiano si incentra sui concetti di ipotesi, indizi e prove, contraddittorio fra le parti (artt. 111, commi 2 e 6 Cost.), ragionevole dubbio, giustificazione razionale della decisione, metagiudizio nel processo di impugnazione, controllo sulla legalità e sull'assenza di illogicità manifeste nella decisione e si ispira, appunto, al metodo del razionalismo dialettico. Infatti, richiede che si dia conto «dei risultati acquisiti e dei criteri adottati» (art. 192, comma 1, cod. proc. pen.), che si enuncino le «ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie» (art. 546, comma 1 lett. e, cod. proc. pen.) e che le motivazioni siano esenti da «manifeste illogicità» (art. 606 lett. e, cod. proc. pen.).

Per produrre conoscenza, la dialettica confutativa necessita di un insieme – magari disorganizzato ma delimitabile – di posizioni diverse e le parti offrono al giudice spunti e strumenti per porre o scartare le premesse, prendendo posizione intorno al problema: è questa la ragione profonda del principio *et audietur altera pars*, quale strumento per la imparzialità del giudizio[7].

La confutazione di una delle due ipotesi fra loro incompatibili ne dimostra la falsità, ma prova la validità dell'altra solo se questa è l'esatta contraddittoria della prima: la mancata conferma di una ipotesi non corrobora, di per sé, quella che le si oppone se le due ipotesi sono, come ordinariamente avviene, sono fra loro solo logicamente contrarie e non anche contrarie e contraddittorie, sicché tertium datur. Né la verifica di una sua implicazione conferma definitivamente l'ipotesi perché questo esito potrebbe essere giustificato a partire da una diversa ipotesi: gli stessi dati sono spesso spiegabili sulla base di ipotesi diverse e, in questo caso, occorrerà collaudarle tutte verificando se qualche dato acquisito costituisce implicazione di una sola delle ipotesi in competizione.

I canoni della dialettica confutativa sono applicabili in modi vari e con differenti gradi di rigore. Quando sono seguiti correttamente essi conferiscono il massimo grado di razionalità ai ragionamenti probatori, ma a costo di un impegno intellettuale e di un impiego di risorse organizzative e economiche che non può essere sopportato sempre e allo stesso modo per tutti i tipi di processo.

Determinare il contenuto di un modello (estándar, standard, paradigma) di prova significa anche fissare il livello di sufficienza probatoria che a quel modello è connesso[8]. Ne deriva che la stessa ipotesi probatoria può

[7] Per una chiara esposizione della storia della dialettica confutativa: E. Berti, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, L'Epos, Palermo, 1987, pp. 257-279. Per alcune applicazioni: A. Costanzo, S. Novani, *La logica dell'analisi e della sintesi dei dati processuali*, Giappichelli, Torino, 2025.

[8] Sul tema J. Ferrer Beltrán, *Prova senza convincimento*, Giappichelli, Torino, 2025.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ritenersi confermata oppure no secondo il modello di prova che è stato adottato: lo stesso fatto può risultare provato, secondo un certo modello, in un dato ambito (per esempio civilistico) ma non in un altro (per esempio penalistico).

La fissazione dei livelli di prova connessi a un certo modello probatorio svolge una funzione sia euristica che giustificativa e anche di garanzia per le parti (sia in relazione alle decisioni finali e intermedie del processo sia in relazione ai meccanismi di definizione anticipata eventualmente previsti dalle leggi processuali) perché indica loro come impostare controllare le strategie probatorie circa la decisione sui fatti.

Inoltre, in una prospettiva che trascende le sorti del singolo procedimento, deve considerarsi che l'adozione di un paradigma di prova, invece di un altro, può incidere sulla distribuzione del rischio di errori giudiziari: per esempio, un paradigma di prova assai rigoroso riduce il rischio di erronee condanne ma aumenta il rischio di erronee assoluzioni. Il paradigma di prova deve riprodurre la ratio della distribuzione degli errori che si ritengono socialmente accettabili.

Tutto questo comporta che la scelta di un modello di prova riguarda la politica giudiziaria e spetta al legislatore perché definisce i rapporti fra l'interesse all'accertamento della verità e altri interessi giuridicamente rilevanti che possono con lo stesso confliggere o anche tiene conto della esistenza di altre forme di responsabilità (civile, amministrativa, disciplinare…) a carico dell'autore delle condotte da provare abbinate a quella penale.

I ragionamenti probatori giuridici sono una specie del genere ragionamento che include sia il ragionamento scientifico che quello che si utilizza per decidere circa i fatti della vita ordinaria: l'epistemologia generale governa tutti questi tipi di ragionamenti

L'idea è che il metodo di eliminazione delle ipotesi fra loro concorrenti anche se non utilizza il calcolo matematico consente comunque di comparare il grado di conferma delle diverse ipotesi in conflitto così da ordinarle secondo gradi di probabilità.

Nell'ottica del razionalismo dialettico il grado di conferma di una ipotesi dipende non dalle credenze di chi assume la decisione ma dalle implicazioni vere che si possono formulare a partire dalla ipotesi e dalle difficoltà di dare conto delle stesse implicazioni sulla base delle ipotesi rivali. La probabilità di una ipotesi aumenta con il progredire del suo superamento delle controargomentazioni che le si oppongono. Quanti più controlli supera un'ipotesi e quante più sono le ipotesi in conflitto eliminate tanto maggiore è il suo grado di conferma.

In questo quadro, la testimonianza non si presenta come un mezzo di prova oggettiva e cristallina, ma come un fenomeno psicologico complesso influenzato da variabili quali la memoria, l'emotività e il contesto culturale: il contenuto di una testimonianza risente di imperfezioni cognitive e con-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

dizionamenti, che rendono necessaria un'integrazione tra diritto, neuroscienze e psicologia per una valutazione corretta.

Allora, la testimonianza si rivela un dato indiziario da interpretare criticamente. Il processo decisionale del giudice deve quindi fondarsi su un metodo dialettico rigoroso, capace di superare le intuizioni soggettive e i pregiudizi, sicché la valenza di una dichiarazione dipende dalla sua connessione logica con una ricostruzione dei fatti che sia scientificamente e culturalmente attendibile.

ISBN 978-88-495-6191-3
© Edizioni Scientifiche Italiane

Vittorio Basile

L'Avvocato e le prassi nell'acquisizione della prova testimoniale

Il tema della testimonianza nel rapporto tra psicologia e diritto è di particolare interesse per l'avvocato che quotidianamente si confronta nelle aule di tribunale con le questioni relative alle modalità di ammissione, acquisizione e valutazione di tale tipo di prova.

L'approccio dell'avvocato si fonda inevitabilmente sul dato esperenziale proprio o comunque a sé vicino e quindi su un campo che certamente è diverso per tante ragioni dallo studio che le scienze cognitive compiono sui meccanismi della memoria e conseguentemente della testimonianza.

Di fatto la questione è se la struttura del processo penale ed ancora di più un certo numero di prassi applicative che si sono manifestate nel corso degli anni consentano di affermare che le modalità di raccolta della testimonianza nel processo penale tengano effettivamente in considerazione gli approdi scientifici sui meccanismi del ricordo nell'essere umano e quindi, attraverso questo strumento, possano determinare una ricostruzione attendibile di un fatto.

Certamente i linguaggi del diritto e della psicologia sono diversi.

E credo che sia condivisibile l'affermazione per la quale nel campo del diritto prevale una concezione relativamente ingenua dell'essere umano[1].

Ingenuità che si riscontra nella struttura stessa di alcune fasi del processo penale ed ancor di più nella concreta applicazione che quotidianamente viene effettuata nelle aule dei Tribunali.

Ovviamente non mancano specifiche utilizzazioni delle scienze psicologiche e cognitive nel processo penale in particolar modo nell'ambito dell'audizione di minori od anche nelle modalità con cui gli avvocati più accorti strutturano le domande in sede di esame testimoniale.

Certamente la distanza temporale con cui in genere l'audizione del testimone avviene rispetto ai fatti è tale da non tenere in considerazione il dato scientifico che la memoria inesorabilmente è portata ad affievolirsi con il tempo.

Ma, nonostante ciò, evidente appare come lo sviluppo del contraddittorio appaia più orientato a preservare la genuinità che a raggiungere la verità[2].

[1] G. Mazzoni, *Il linguaggio tra diritto e psicologia. Incontro tra giuristi e psicologi giuridico-forensi*, in *Giustizia insieme,* 14 gennaio 2025.

[2] G. Giostra, *Appunto per una giustizia non solo più efficiente, ma anche più giusta*, in *Politica del diritto*, 2021, n. 4.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Basti pensare alle norme sull'audizione dei testi che impediscono l'esame congiunto (art. 497 comma 1 c.p.p.) o quella che prevede il divieto di comunicazione tra testimoni e tra periti prima delle rispettive audizioni (149 disp. Att. C.p.p.), norma che impone di uscire dall'aula per evitare di assistere all'esame degli altri testimoni o consulenti. Norme in ogni caso spesso disattese o sostanzialmente aggirate, basti pensare ai processi di rilievo mediatico nei quali le testimonianze vengono riportate integralmente dai media.

Ma nella verifica concreta del processo penale attuale si evidenzia la scarsa tenuta della struttura originaria.

Riscontriamo la crisi del processo penale accusatorio nei suoi tratti distintivi dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione.

La giurisprudenza relativamente recente in materia di rinnovazione degli atti in caso di modifica del giudice ha di fatto reciso il legame tra il giudice che assume la prova e quello che decide, rendendo quindi marginale la verifica, che dovrebbe essere strettamente personale ed infungibile, dell'attendibilità e della credibilità del teste.

Si veda a tal proposito Cass. Sez. Un. 30 maggio 2019 41736, imp. Bajrami.

Ma nelle stesse modalità di acquisizione della prova testimoniale in concreto applicate emergono aspetti che minano la reale possibilità di raggiungimento dell'effettivo bagaglio di conoscenza di cui il teste dovrebbe essere latore.

La struttura metodologica prevista dal codice di procedura penale per la raccolta della testimonianza in dibattimento, tesa al raggiungimento della verità attraverso il contraddittorio si caratterizza per una sequenza limpida: indicazione delle circostanze nella lista dei testimoni, che delimita il perimetro della testimonianza che dovrà essere assunta; l'esame diretto da parte di chi ne ha chiesto l'audizione, nel quale non dovrebbero essere utilizzate domande suggestive; il controesame da parte delle altre parti diretto al vaglio della credibilità; il riesame diretto a ristabilire la credibilità; eventuale esame diretto del giudice.

La linearità della sequenza viene inficiata da una serie di prassi che minano la effettiva capacità di sondare la memoria del testimone.

La mancanza di attenzione alla effettiva indicazione delle circostanze su cui dovrà vertere l'esame non consente di circoscrivere l'esame alle indicazioni effettivamente utili all'accertamento della verità.

Ma la prassi veramente deleteria è costituita dal superamento della funzione delle contestazioni, che dovrebbero servire a vagliare la credibilità (ultima formulazione dell'art. 500 comma 2 c.p.p.), con le "contestazioni in aiuto della memoria" (ricordava meglio allora? Ha detto il falso quando è stato sentito?) che di fatto hanno il solo scopo di consentire l'ingresso in dibattimento delle dichiarazioni raccolte in fase di indagini.

Spesso accoppiata a tale nefasta dinamica vi è l'uso di domande nocive o suggestive da parte del Giudice che procede all'esame diretto.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Di fatto, in questo modo, salta la effettiva possibilità di sondare in dibattimento la reale conoscenza del testimone e, con essa, il nucleo dell'attività difensiva nel processo penale accusatorio la cui essenza – quale processo di parti – è data dal potere dispositivo sulla prova.

Nella struttura astratta del processo penale di tipo accusatorio, come noto, il monopolio della prova è sottratto al giudice, attraverso la regola aurea della separazione delle fasi: vi è (o dovrebbe essere) una netta cesura fra gli atti raccolti in sede di indagine e le prove raccolte in dibattimento.

Una delle ragioni, la principale probabilmente, di tale cesura è che le modalità di assunzione delle informazioni in sede di indagini preliminari, forse anche strutturalmente, non rispettano certo i canoni classici diretti a preservare la genuinità della prova.

Non è certo un mistero che in sede di indagini preliminari le persone informate sui fatti ed ancor di più gli indagati siano sottoposti a pressioni esplicite ed implicite e che si faccia largo uso di domande suggestive, quando vengono raccolte le informazioni dagli inquirenti.

Possono essere evidenziate altre prassi distorte che testimoniano l'assenza di attenzione della trasmissione di eventi che siano patrimonio di conoscenza e del ricordo di chi viene esaminato.

Sembrerebbe banale dire che la testimonianza non potrebbe che aver ad oggetto ciò che è bagaglio conoscitivo diretto del teste, qualificato o meno che sia.

Mentre in realtà nel processo penale si sono affermate delle dinamiche sempre più spesso praticate in ragione delle quali i "verbalizzanti", ovvero coloro che hanno svolto attività di indagine vengono chiamati a rispondere su temi che ontologicamente o in concreto non costituiscono oggetto dell'attività effettivamente svolta.

Esempio eclatante è costituito dalla testimonianza, sempre più spesso presente, della polizia giudiziaria sul contenuto delle conversazioni intercettate. Appare evidente come in tal modo la testimonianza diverga sia dal fine del mezzo di prova che in fin dei conti dalla stessa logica. L'attività del verbalizzante non può che essere costituita dall'intercettare ed eventualmente dallo svolgere attività successive che traggono spunto da quanto dedotto nell'attività di intercettazione ma non dal contenuto stesso, che dovrebbe entrare in dibattimento attraverso l'acquisizione del supporto diretto (la registrazione) ed attraverso la perizia di trascrizione[3].

Mentre con le domande sul contenuto si cerca di semplificare, ma in concreto di annullare, il lavoro di verifica e di riscontro a cui il dibattimento dovrebbe tendere.

[3] A. Ciavola, *La testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto delle conversazioni intercettate: quando la prassi dimentica il valore del principio di legalità della prova*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2019, n. 1, p. 222.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Sostanzialmente sulla stessa linea si pone la prassi, in auge nei processi con molti imputati con contestazioni associative, di fare deporre i testi di polizia giudiziaria, magari con maggiore capacità comunicativa, sull'intera indagine spesso compendiata in mastodontiche C.N.R.

Quindi, piuttosto che assumere le testimonianze in relazione alle specifiche attività svolte dai singoli operatori, si tende a concentrare l'esposizione dell'intera attività di indagine nell'audizione di uno o due verbalizzanti, i quali in concreto, piuttosto che riportare quanto oggetto di ricordo perché di fatto svolto, riportano quanto contenuto nella CNR appositamente studiata[4].

Non a caso, nell'ambito di questa linea applicativa piuttosto discutibile, si pone la prassi, anch'essa ormai abusata, dell'uso in aiuto della memoria degli atti redatti.

In buona sostanza la testimonianza si riduce ad una lettura delle comunicazioni e degli atti svolta da chi magari non ha avuto un rapporto diretto con molti degli atti e delle scelte compiute.

Di fatto si vanifica la reale possibilità di un controllo in sede di controesame sulle attività di indagine compiute e si trasforma il dibattimento in una sorta di burocratica e notarile attestazione.

Inevitabile quindi la considerazione che il progressivo svilimento del dibattimento (e con esso della capacità del contraddittorio di testare, stressandola, la prova nell'intento della ricerca della verità, processo che andrebbe fermato ed anzi capovolto) dovrebbe quantomeno determinare una maggiore attenzione sulle modalità con le quali vengono assunte le informazioni, o esaminati gli indagati in fase di indagini dalla Polizia Giudiziaria o dai Pubblici Ministeri.

Sotto questo profilo interessante sembra poter essere l'uso dello strumento della videoregistrazione (o quantomeno della fonoregistrazione), che con la Riforma Cartabia ha fatto capolino nel sistema processuale, ma che non sembra essere stato introdotto per preservare la genuinità della testimonianza.

Viene infatti introdotta nel dibattimento la videoregistrazione delle udienze dibattimentali correlandone la funzione con l'eventuale cambiamento del giudice o di un componente del collegio giudicante, quale quindi rimedio in caso di necessaria rinnovazione degli atti. Si parte quindi dal presupposto della sentenza Bajrami, sopra citata, e si individua un rimedio pratico ma che nulla ha a che vedere con la ratio originaria della norma contenuta nell'art. 525 comma 2 c.p.p.

Più interessante è l'uso della videoregistrazione in sede di indagini, ma anche in questo caso lo strumento non pare essere diretto alla verifica delle

[4] A. Capone, *Uno sguardo alla mafia: processi di mafia e teste di P.G.*, in *Sistema Penale*, 15 novembre 2022.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

modalità di assunzione e quindi alla effettiva genuinità del contenuto raccolto.

E in relazione a questo aspetto, disciplinato dall'art. 373 c.p.p., è significativo in relazione all'assunzione di informazioni da persone informate sui fatti che, salvo alcune ipotesi obbligatorie in relazione al particolare allarme sociale dei reati, sia rimesso all'interessato, ovvero al soggetto informato, la richiesta di procedere o meno alla fonoregistrazione[5]. Evidentemente l'uso di tale strumento, salve sempre le contingenti indisponibilità e le ragioni di urgenza, pare diretto quindi all'interesse, difficilmente comprensibile, di chi rende dichiarazioni piuttosto che alla potenziale verifica successiva da parte della difesa del soggetto indagato o imputato.

In buona sostanza la veloce disamina che abbiamo svolto porta alla naturale conclusione che se la funzione del processo penale debba essere l'accertamento e la ricostruzione di un fatto che debba essere il più aderente possibile alla realtà, lo stesso non potrebbe che conformarsi agli studi più recenti delle scienze cognitive in materia di ricordo e di trasmissione delle conoscenze e quindi inevitabilmente dovrebbe essere rifondato in una prospettiva certamente più adeguata rispetto a quella attuale.

Solo in tal modo potrebbe effettivamente realizzarsi il diritto di difesa costituzionalmente garantito attraverso le modalità indicate dall'art. 111 Cost.

[5] A. Ciavola, *Le insidie del nuovo regime di documentazione della prova dichiarativa*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2023, numero straordinario, p. 67 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Mattia Giangreco

Sentiment analysis e dichiarazioni testimoniali

Sommario: 1. La credibilità e l'attendibilità del testimone: i fattori incidenti. – 2. La frontiera della *sentiment analysis*: teoria ed evidenze empiriche. – 3. Limiti normativi all'uso della *sentiment analysis* nella valutazione della testimonianza. – 4. Conclusioni.

1. Differentemente dal pensiero della Scuola Classica, secondo cui «l'uomo per regola percepisce e narra il vero, e solo eccezionalmente si inganna o mentisce»[1], già risalente dottrina considerava la testimonianza come una prova ontologicamente "fallibile", perché i ricordi si formano e si deformano nel tempo[2], secondo variabili fattori percettivi e mnestici, che non permettono di considerare ciò che non è mendacio come necessariamente vero[3]. Nello specifico, ad incidere sull'affidabilità delle dichiarazioni testimoniali sono le condizioni interne o esterne al testimone, in grado di influenzarne i ricordi, contestualmente o successivamente alla percezione diretta dei fatti[4].

Si pensi, ad esempio, alla persona offesa che abbia osservato i fatti: in condizioni di scarsa luce (condizione contestuale-esterna); senza l'uso di lenti correttive per chi presenta difetti di rifrazione oculare (condizione contestuale-interna); che abbia presentato una querela nell'immediatezza dei fatti (condizione successiva-esterna) e che, prima dell'assunzione della testimonianza, abbia attuato forme di «*memory repression*» o «*unconscious repression*» dei fatti (condizione successiva-interna)[5].

È legittimo domandarsi fino a che punto tale testimonianza possa presu-

[1] F. Carrara, *Programma del Corso di diritto criminale*, vol. II, Tipografia Giusti, Lucca, 1877, p. 511.

[2] Cfr. A. Binet, *L'étude expérimentale de l'intelligence*, Hachette Livre BNF, Parigi, 1903; E. Altavilla, *Psicologia giudiziaria*, Utet, Torino, 1955.

[3] I fattori in questione possono essere principalmente classificati in percettivi e mnestici. Cfr. C.L. Musatti, *Elementi di psicologia della testimonianza*, Cedam, Padova, 1931, p. 24 ss.

[4] G. Sartori, *Differenza fra credibilità e attendibilità*, in *www.testimonianzapenale.it*, 28 dicembre 2022.

[5] B. Calado, T.J. Luke, D.A Connolly, S. Landström, H. Otgaar, *Implanting false autobiographical memories for repeated events*, in *Memory*, vol. 29, 2021, n. 10, p. 1320 ss. Cfr. M. Malacrea, I. Fernandez, M. Pagani, F. Felis, *Esperienze traumatiche e ricordi: implicazioni in campo clinico e legale*, in *Quaderni di Psicoterapia Cognitiva*, vol. 50, 2022, n. 1, p. 132 ss.; M. Malacrea, L. Cancrini, *Ricordi traumatici: vecchi dubbi, nuove certezze*, FrancoAngeli, Milano, 2021.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

mersi attendibile se dalla *cross-examination* non è stato possibile provare né l'esistenza, né l'inesistenza di almeno uno di questi fattori distorsivi. A tale quesito la Corte costituzionale e la Corte di cassazione hanno risposto affermando, proprio in relazione alle dichiarazioni rese dalla persona offesa, che la testimonianza deve presumersi attendibile «sino a prova contraria», benché valutata «con prudente apprezzamento e spirito critico, non potendosi essa equiparare puramente e semplicemente a quella del testimone, immune dal sospetto di interesse all'esito della causa»[6]. Il diritto vivente, cioè, riconosce i rischi inerenti alla credibilità del testimone-persona offesa, consistenti nella sua fragile equidistanza rispetto alla regiudicanda penale, ma non si cura di specificare i rischi connessi alle potenziali distorsioni di matrice percettiva e mnestica, in grado di allontanare la verità riportata nelle dichiarazioni testimoniali dalla verità storica degli eventi da accertare.

Assunta la fisiologica caducità di tale mezzo probatorio, occorre interrogarsi sui metodi di accertamento della credibilità e dell'attendibilità del testimone. Sotto il primo profilo, il giudice è chiamato a scrutinare le condizioni soggettive che possono incidere sulla genuinità della dichiarazione: la capacità percettiva e mnemonica, la posizione rispetto ai fatti narrati, l'eventuale presenza di interessi, pregiudizi o motivazioni idonee a distorcere consapevolmente o inconsapevolmente il racconto[7].

Riguardo all'attendibilità della narrazione, invece, la qualità intrinseca del contenuto dichiarativo si misura attraverso la verifica della coerenza interna del racconto (attendibilità intrinseca), nonché della compatibilità con gli altri elementi probatori acquisiti al processo (attendibilità estrinseca). In questa prospettiva, l'attendibilità si fonda su un controllo di tipo oggettivo, volto a stabilire se e in quale misura la narrazione offerta dal testimone possa essere considerata plausibile[8].

Seppure distinti, la credibilità e l'attendibilità appaiono caratteri non divisibili nella valutazione della testimonianza, poiché ognuno incide sull'altro. Per questa ragione, il giudice deve valutare e rivalutare costantemente tutti i contenuti della dichiarazione testimoniale, tenendo conto anche del *modus* con cui le dichiarazioni sono rese, perché «anche il volto, gli occhi, il colore, il movimento, il tono della voce, il modo di dire, e tant'altre piccole circostanze, modificano il senso delle generali parole, e ne somministrano tanti indizi a favore o contro l'affermazione»[9]. Quest'ultimo aspetto pone molteplici dubbi, perché da una prospettiva meramente scientifica non esiste un rapporto inferenziale certo tra determinati comportamenti e corrispettive

[6] Corte cost., ord. 23 febbraio 2004, n. 82; Cass., sez. un., 24 luglio 2012, n. 41461.

[7] Cfr. Cass., sez. VI, 3 ottobre 2017, n. 3041, § 6.1; Cass., sez. VI, 16 dicembre 2021, n. 46079, § 2; Cass., sez. VI, 17 gennaio 2023, n. 1599, § 3.

[8] *Ibidem*.

[9] F.M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, il Mulino, Bologna, 1801, pp. 101-102.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

emozioni[10]. Al contrario, il controllo effettuato sul contenuto delle dichiarazioni testimoniali si colloca su di un piano di maggiore controllabilità.

Poste tali premesse, appare opportuno analizzare l'astratta ammissibilità normativa e l'utilità processuale dell'adozione di meccanismi idonei ad analizzare il contenuto delle dichiarazioni e i comportamenti del testimone, al fine di rilevarne lo stato emotivo.

2. La *sentiment analysis* consiste nell'attività di studio dei comportamenti e delle opinioni di un individuo tenuti in uno specifico contesto e/o indirizzati verso una specifica entità[11]. Essa si distingue, dunque, sia in un'analisi di tipo linguistico-testuale, sia in un'analisi di tipo comportamentale-audiovisiva e si differenzia dall'attività di *opinion mining*, la qual ultima ricostruisce un sentimento astratto e fittizio appartenente ad un gruppo di soggetti e non ad una persona in concreto[12].

La *sentiment analysis* di tipo linguistico-testuale trova ampia applicazione nel settore commerciale, in cui è importante, anzitutto, rilevare l'opinione positiva o negativa dei singoli consumatori (c.d. recensioni) e, in secondo luogo, classificare i contenuti per migliorare i prodotti. L'analisi comportamentale, invece, implica la rilevazione di dati biometrici – il cui trattamento è oggetto di espressa previsione normativa nel Regolamento (UE) 2024/1689 (c.d. AI Act)[13] – da confrontare con modelli precostituiti per desumerne il corrispondente valore emozionale.

Oggi, la *sentiment analysis* si interseca sia con il *natural language processing* sia con il *machine learning*, riuscendo ad elaborare contenuti linguistici con sistemi algoritmici di intelligenza artificiale che operano secondo due paradigmi metodologici: il *machine learning* e il *lexicon based-approach*[14].

Il primo è quello maggiormente in evoluzione, grazie all'uso dell'intelligenza artificiale di tipo generativa. In questa prospettiva, l'analisi emozionale viene concepita come un problema di classificazione testuale in cui un algo-

[10] Cfr. R. Nobile, *La vulnerabilità del migrante nell'era delle* smart-borders *e delle tecnologie* lie-detecting, in *BioLaw Journal*, 2024, n. 1, p. 294; L. Podoletz, *We have to talk about emotional AI and crime*, in *AI & Society*, 2023, p. 1067 ss.; F. Bacchini, L. Lorusso, *Race, again. How face recognition technology reinforces racial discrimination*, in *Journal of Information, Communication and Ethics in Society*, vol. 17, 2019, n. 3, p. 321 ss.; P. Helm, T. Hagendorff, *Beyond the prediction paradigm. Challenges for AI in the struggle against organized crime*, in *Law and Contemporary Problems*, 2021, p. 1 ss.

[11] La definizione è mutuata da W. Medhat, A. Hassan, H. Korashy, *Sentiment analysis algorithms and applications: A survey,* in *Ain Shams Engineering Journal*, 2014, n. 5, p. 1093.

[12] Cfr. M. Tsytsarau, T. Palpanas, *Survey on mining subjective data on the web*, in *Data Min Knowl Discov*, vol. 24, 2012, pp. 478-514.

[13] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio, disponibile all'indirizzo *www.eur-lex.europa.eu*.

[14] Cfr. K.R. Chowdhary, *Fundamentals of artificial intelligence*, Springer, Cham, 2020, pp. 603-649.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

ritmo deve essere in grado di associare a determinati schemi linguistici specifiche polarità emotive. Propedeutica a questo fine è la fase di apprendimento dell'algoritmo, che può operare in una modalità supervisionata o non supervisionata, in cui solo la prima garantisce maggiore trasparenza[15], perché il sistema viene addestrato utilizzando un insieme di testi previamente annotati, nei quali la polarità emotiva è già stata esplicitamente indicata[16]. All'interno di questa categoria rientrano diversi modelli statistici e computazionali, tra cui il più diffuso è quello classificatorio-probabilistico del *Naive Bayes classifier*, in grado di stimare la probabilità che un testo appartenga a una determinata classe emotiva sulla base della distribuzione delle parole in esso contenute[17].

Il secondo paradigma metodologico è rappresentato dal *lexicon based-approach*, il quale non si basa sull'apprendimento statistico dei dati, ma sull'utilizzo di repertori lessicali (dizionari-*dataset*), nei quali le parole sono previamente associate a una determinata polarità emotiva[18]. Semplificandone il funzionamento, il primo *step* è rappresentato dalla costituzione di almeno tre dizionari-*dataset* in cui vengono inserite rispettivamente parole dal contenuto emotivo positivo, neutro o negativo. Successivamente, il testo da analizzare viene elaborato da un sistema di automazione, che, mediante un semplice calcolo aritmetico della maggiore ricorrenza di parole appartenenti al primo, al secondo o al terzo gruppo dei dizionari-*dataset*, restituisce un indice rappresentativo della polarità emotiva del dichiarante. In questo contesto, è evidentemente delicata la fase di formazione dei dizionari-*dataset*.

Un'applicazione rilevante in questa direzione emerge da uno studio che ha utilizzato tecniche di tipo *lexicon-based* per analizzare le narrazioni autobiografiche di un campione di 48 detenuti con diagnosi di psicopatia[19]. In particolare, la *sentiment analysis* applicata a tali narrazioni ha evidenziato una correlazione statisticamente significativa ($p < 0,05$) tra la presenza di

[15] Su questa esigenza, dal punto di vista tecnico, v. T. Lee, J. Natalwala, V. Chapple, Y. Liu, *A brief history of artificial intelligence embryo selection: from black-box to glass-box*, in *Human Reproduction,* vol. XXXIX, 2024, p. 285 ss.; F. Palmiotto, *The impact of Algorithmic Opacity on Fair Trial Rights in Criminal Proceedings*, in *Algorithmic Governance and Governance of Algorithmics. Legal and Ethical Challenges*, a cura di M. Ebers e M. Canero Gamito, Springer, Cham, 2021, p. 52 ss.

[16] Cfr. J. Ortigosa-Hernández, J. Rodríguez, L. Alzate, M. Lucania, I. Inza, J.A. Lozano, *Approaching Sentiment Analysis by using semi-supervised learning of multi-dimensional classifiers*, in *Neurocomputing*, vol. 92, 2012, p. 98 ss.,

[17] Una completa visione del funzionamento è fornita da C.C. Aggarwal, C, Zhai, *Mining Text Data*, Springer, New York, 2012, p. 181 s.

[18] Cfr. A. Moreo, M. Romero, J.L. Castro, J.M. Zurita, Lexicon-*based comments-oriented news sentiment analyzer system*, in *Expert Systems with Applications*, vol. 39, 2012, n. 10, p. 9166 ss.

[19] F. Guglielmi, P. Basile, A. Curci, G. Semeraro, *Sentiment Analysis: applicazione in un dominio psico-forense*, in *Proceedings of the Third Italian Conference on Computational Linguistics,* Accademia University Press, Napoli, 2016, p. 1 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

polarità emotive negative, rilevate tramite algoritmo di analisi lessicale, e livelli elevati di tratti psicopatici, confermati attraverso il *Psychopathic Personality Inventory-Revised* (PPI-R), questionario validato dalla comunità scientifica[20]. Questo risultato suggerisce una buona capacità ed affidabilità degli strumenti di *sentiment analysis* di tipo *lexicon-based* nel valutare tali caratteristiche psicologico-emotive.

Le prestazioni della *sentiment analysis* testuale sono state valutate anche utilizzando i *dataset* SemEval (*Semantic Evaluation*), che rappresentano un punto di riferimento in questo ambito. I risultati mostrano che modelli supervisionati come il *Naive Bayes* riescono generalmente a classificare correttamente i testi come positivi, neutri o negativi, con un buon livello di accuratezza complessiva. Tuttavia, le prestazioni peggiorano quando si cerca di riconoscere emozioni più specifiche e complesse, come la paura o la rabbia, che richiedono una maggiore sensibilità alle sfumature del linguaggio[21].

Sul fronte dell'analisi biometrica, le tecnologie di riconoscimento comportamentale basate su algoritmi di intelligenza artificiale, applicate all'analisi di videoregistrazioni, consentono potenzialmente di rilevare movimenti, esitazioni e altri segnali corporei indicativi di stati emozionali o, più specificamente, di difficoltà mnestiche. Paradigmatico in questo ambito è il *Facial Action Coding System* (F.A.C.S.), metodo elaborato negli anni Settanta, che associa la contrazione di specifici gruppi muscolari del volto, classificati in *action units*, a determinate emozioni[22]. Attraverso tale sistema, l'analisi delle microespressioni facciali potrebbe contribuire a contestualizzare e interpretare con maggiore accuratezza le dichiarazioni testimoniali. Tuttavia, pur consolidato, il F.A.C.S. ha manifestato errori sistematici del 20-30% se applicato a popolazioni etnicamente eterogenee, come dimostrato da recenti meta-analisi, a causa di *bias* nei dati di addestramento storicamente dominati da campioni caucasici[23].

[20] K. Uzieblo, B. Verschuere, E. Van den Bussche, G. Crombez, *The validity of the psychopathic personality inventory--revised in a community sample*, in *Assessment*, vol. 17, 2010, n. 3, p. 334.

[21] B. El Haddaoui, R. Chiheb, R. Faizi, A. El Afia, *Sentiment Analysis in SemEval: A Review of Sentiment Identification Approaches*, in *International Journal of Electrical and Computer Engineering*, vol. 13, 2023, n. 1, p. 1093 ss.

[22] Cfr. E.B. Prince, K.B. Martin, D.S. Messinger, M. Allen, *Facial action coding system*, in *Environmental psychology & nonverbal behavior*, 2015, p. 1; P. Ekman, *Methods-For-Measuring-Facial-Action*, in *Handbook of methods in nonverbal behavior research*, a cura di K.R. Scherer, P. Ekman, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, pp. 45-135; M. Jelovcich, *Il Facial Action Coding System: pseudoscienza o metodo affidabile per accertare l'attendibilità del contributo dichiarativo?*, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2014, p. 5, C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 12.

[23] F. Bacchini, L. Lorusso, *Race, again. How face recognition technology reinforces racial discrimination*, cit., p. 321.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

A ben vedere, i principali limiti degli algoritmi di intelligenza artificiale applicati alla rilevazione biometrica sono collegati alla fase di addestramento, perché la qualità dei dati utilizzati in questa fase si riflette sull'affidabilità dei risultati. In seconda istanza, si pongono le problematiche relative all'assenza di una inferenzialità certa tra un dato comportamento e la corrispondente emozione, oltre che all'esistenza di una profonda problematicità etico-normativa, quanto alla sostenibilità di tali strumenti, alla luce, tra l'altro, dei limiti posti dall'art. 188 c.p.p.[24].

3. Nel quadro delle possibili applicazioni delle tecnologie di intelligenza artificiale alla valutazione della prova testimoniale, la *sentiment analysis* presenta differenti ostacoli che si collocano all'interno della comune barriera normativa costituita, anzitutto, dall'art. 188 c.p.p., il quale non ammette l'utilizzo «neppure con il consenso della persona interessata [di] metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti». Il legislatore ha, cioè, intenzionalmente vietato l'uso di strumenti in grado di condizionare la volontà del dichiarante, anche se con il consenso della persona interessata, presupponendone anche una scarsa attendibilità scientifica[25]. Ciò, perché si rischierebbe di viziare la genuinità del momento acquisitivo della prova.

La compatibilità di strumenti di *sentiment analysis* con l'attuale quadro normativo, dunque, va analizzata sotto la duplice lente dell'innocuità e dell'attendibilità scientifica, in cui: l'innocuità pare appartenere esclusivamente al momento acquisitivo della prova; l'attendibilità scientifica, invece, riguarderebbe anche il momento valutativo della prova, perché incidente sulla libera formazione del convincimento del giudice (art. 192 c.p.p.)[26].

[24] Cfr. G. Di Chiara, *L'imputato e il diritto di difesa: il telaio dell'art. 24 Cost. e il "nuovo" catalogo dei diritti dell'"accusato"*, in *Un'introduzione al sistema penale*, a cura di G. Fiandaca, G. Di Chiara, Jovene, Napoli, 2003, p. 271; A. Scalfati, *IA e processo penale: prospettive d'impiego e livelli di rischio*, in *Proc. pen. giust*., 2024, p. 1408; M. Gialuz, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, in *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio,* Giuffrè, Milano, 2021, p. 64; G. Borgia, *Profili sistematici delle tecnologie di riconoscimento facciale automatizzato, anche alla luce dei futuribili sviluppi normativi sul fronte eurounitario*, in *Legisl. pen*., 2021, n. 4, p. 206 ss.; M. Torre, *Nuove tecnologie e trattamento dei dati personali nel processo penale*, in *Dir. pen. proc*., 2021, p. 1053.

[25] Cfr. v. S. Maffei, *Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi, risonanza magnetica: sincerità e verità nel processo penale*, in *Ind. pen*., 2006, p. 717; L Scomparin, *La tutela del testimone nel processo penale*, Cedam, Padova, 2000, p. 19; G. Vassalli, *I metodi di ricerca della verità e la loro incidenza sulla integrità della persona*, in *Riv. pen.*, 1972, p. 408.

[26] Sulla valutazione della prova in generale v. *ex multis* M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 119; F. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 25 ss.; Id., *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.),* in *Arch. pen*., 2013, n. 3, p. 5 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Dall'ottica dell'innocuità, sia l'analisi delle emozioni di tipo linguistico basata su dizionari-*dataset*, sia quella di tipo comportamentale non sembrano intaccare la libertà morale del testimone. Differentemente dagli strumenti di *lie detection* o narcoanalisi[27], è difficile immaginare un condizionamento della volontà del testimone basato sulla semplice consapevolezza dell'impiego di strumentazioni che non sono fisicamente visibili e che si estrinsecano, sostanzialmente, nella mera registrazione della deposizione testimoniale. Se così non fosse, la stessa documentazione audiovisiva della testimonianza, normativamente prevista *ex* art. 510, comma 2-*bis*, c.p.p, andrebbe rimeditata, perché potenzialmente nociva per la genuinità dell'acquisizione testimoniale[28]. Le difficoltà, invece, derivano da come tali registrazioni vangano utilizzate e rielaborate in sede valutativa[29].

Se si osserva la strumentazione di *sentiment analysis* dalla lente dell'affidabilità scientifica, invece, sorgono dubbi sulla loro effettiva utilità ed utilizzabilità processuale. Pur ammettendo di riuscire a processare in dizionari-*dataset* l'intero patrimonio lessicale esistente, infatti, la computazione aritmetica fornirebbe una visione monofocale e parziale della testimonianza, senza alcuna contestualizzazione dei termini adottati. Dall'altro lato, l'analisi comportamentale, come già enunciato più volte, non fornirebbe alcuna certezza sulle corrispondenti emozioni[30].

4. Assunta l'apparente inesistenza di efficaci ostacoli normativi all'adozione di strumenti di *sentiment analysis*, il quesito si sposta alla fase valutativa della prova da parte del giudice in questi termini: sarebbe ammissibile ed accettabile l'utilizzazione di strumenti in grado di condizionare la valutazione del giudice, pur coscienti della non certezza scientifica del rapporto inferenziale sussistente tra un termine o un comportamento e un'emozione?

Una risposta giunge indirettamente dal nostro legislatore, che con la legge n. 132/2025[31] ha introdotto esplicite regole sull'impiego dell'intelligenza artificiale anche nel settore della giustizia. Ad incidere sull'ammissibilità di

[27] Espressamente menzionati nella *Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale*, disponibile in *www.gazzettaufficiale.it*.

[28] A. Ciavola, *Le insidie del nuovo regime di documentazione della prova dichiarativa*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, p. 67 ss.

[29] Su cui si dirà, *infra,* § 4.

[30] Cfr. R. Nobile, *La vulnerabilità del migrante nell'era delle* smart-borders *e delle tecnologie* lie-detecting, cit., p. 294; L. Podoletz, *We have to talk about emotional AI and crime*, cit., p. 1067 ss.; F. Bacchini, L. Lorusso, *Race, again. How face recognition technology reinforces racial discrimination*, cit.; P. Helm, T. Hagendorff, *Beyond the prediction paradigm. Challenges for AI in the struggle against organized crime*, cit., 2021; E. Elaad, *Covert Detection of Deception, in Detecting Deception. Current Challenges and Cognitive Approaches*, a cura di P.A. Granhag, A. Vrij, B. Verschuere, Wiley Blackwell, New Jersey, 2015, p. 315.

[31] Legge 23 settembre 2025, n. 132, in *www.gazzettaufficiale.it*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

strumenti di *sentiment analysis* è l'art. 15, il quale, ponendosi in linea con la normativa dell'AI Act, riconosce l'impiego di algoritmi di intelligenza artificiale, purché sia «sempre riservata al magistrato ogni decisione» sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti. Si concede, pertanto, spazio all'utilizzo di algoritmi di I.A., benché privi di attendibilità scientifica, se è garantito l'antropocentrismo decisionale dell'organo giudicante.

Peraltro, per quanto parzialmente rilevante, il fattore emozionale non sembra neanche incidere fondatamente sul libero convincimento del giudice (art. 192 c.p.p.), poiché tale fattore non rappresenterebbe un nucleo del «processo decisionale» (art. 6, § 3, AI Act), in grado di fondare un provvedimento giurisdizionale. Al fattore emozionale può essere, invece, riconosciuto un ruolo corroborante o ridimensionante di altre rilevazioni fattuali, per motivare il giudizio sulla credibilità o sull'attendibilità del testimone.

In conclusione, senza ricadere in forme aprioristiche di scetticismo, l'impiego di strumenti di *sentiment analysis* non sembra essere normativamente vietato, potendo rappresentare semplicemente una strada per agevolare la rilevazione di elementi già intellegibili dal giudice, la cui valutazione potrebbe circostanziare (ma non fondare) la credibilità o l'attendibilità del testimone.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Antonietta Curci e Pasquale Zappimpulso

L'ascolto delle persone vulnerabili in ambito forense. Limiti dell'empatia e rischi di distorsione testimoniale

Sommario: 1. Ascolto forense e fraintendimento dell'empatia. – 2. L'eccesso empatico come fattore di distorsione. – 3. Memoria, suggestionabilità e vulnerabilità relazionale. – 4. Implicazioni metodologiche per l'ascolto forense. – 5. Considerazioni conclusive.

1. L'ascolto delle persone vulnerabili occupa, nel contesto forense, una posizione particolarmente delicata, poiché si colloca all'incrocio tra esigenze di tutela della persona, necessità di raccolta di informazioni affidabili e vincoli propri del procedimento giudiziario. La difficoltà del compito di ascoltare non dipende soltanto dalle caratteristiche del soggetto ascoltato, ma anche dal fatto che il racconto non si forma né si esprime in uno spazio neutrale: esso prende corpo all'interno di una relazione asimmetrica, istituzionalmente orientata e inevitabilmente capace di incidere sulla qualità delle informazioni che vengono prodotte e successivamente utilizzate. In tale scenario, una delle semplificazioni più diffuse consiste nell'identificare il buon ascolto con la capacità empatica dell'operatore (ausiliario, magistrato, operatore di polizia). L'assunto, in sé seducente, appare però problematico quando viene trasferito direttamente dal contesto clinico o di aiuto al contesto giudiziario. L'ascolto in ambito forense non è infatti diretto primariamente alla comprensione soggettiva del vissuto né alla promozione del benessere relazionale, ma alla raccolta di un dato che deve risultare quanto più possibile affidabile, controllabile e metodologicamente difendibile[1]. La qualità della relazione conserva certamente un ruolo importante, ma non può essere elevata a criterio univoco del ruolo e della funzione dell'operatore che conduce l'ascolto, né sostituire le esigenze di rigore che presidiano la produzione della prova dichiarativa. In tale prospettiva, l'enfasi spesso posta sul concetto di ascolto empatico, oltre a costituire una sopravvalutazione di una specifica competenza, riflette un modello più ampio di relazione tra interrogante e interrogato, fondato su intuizioni di senso comune, convinzioni implicite e assenza di un controllo metodologico dei processi di raccolta e interpretazione dell'informazione. Tuttavia, l'ascolto forense

[1] A. Curci, *Bias cognitivi tra testimonianza e decisione giudiziaria*, in *Giorn. It. Psic.*, 2023, 50, p. 793 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

non può essere assimilato a una pratica di immedesimazione. Esso richiede una postura professionale capace di mantenere un equilibrio tra attenzione relazionale e distanza critica, evitando che la comprensione dell'altro si traduca in anticipazione del suo vissuto o in costruzione implicita del significato del racconto[2].

2. I limiti dell'ascolto empatico in ambito forense emergono con maggiore chiarezza quando si considerano le modalità attraverso cui esso incide sul processo di raccolta della testimonianza. Una prima criticità riguarda il coinvolgimento affettivo dell'operatore (la cosiddetta empatia affettiva)[3]. Quando l'individuo viene percepito come vulnerabile o bisognoso di protezione, può prodursi un progressivo slittamento dalla comprensione alla identificazione. In tale passaggio, la relazione smette di essere uno strumento per la raccolta dell'informazione e tende a divenire il filtro attraverso cui il materiale viene letto e organizzato[4].

Un ascolto sbilanciato in questo senso può favorire una selezione confermativa delle informazioni. Quando l'operatore sviluppa, anche implicitamente, un'ipotesi interpretativa, gli elementi coerenti con tale cornice tendono a ricevere maggiore attenzione, mentre quelli dissonanti vengono ridimensionati o trascurati. In questo senso, il coinvolgimento empatico non sospende i processi inferenziali, ma può renderli meno controllabili[5].

Le criticità sinora espresse non derivano dall'abilità empatica in quanto tale, ma dal suo impiego all'interno di un modello di ascolto non strutturato, nel quale l'operatore tende a fare affidamento su processi intuitivi piuttosto che su criteri metodologici espliciti.

Un secondo profilo concerne la dimensione inferenziale. L'empatia cognitiva implica la formulazione di ipotesi sugli stati interni dell'altro; tuttavia, in assenza di criteri di verifica, tali inferenze possono trasformarsi in attribuzioni arbitrarie. L'operatore rischia di colmare le lacune del racconto mediante contenuti derivanti dalle proprie rappresentazioni o aspettative, attribuendo al soggetto significati non adeguatamente fondati nei dati raccolti[6].

Questi processi elaborativi incidono sia sulla raccolta sia sull'interpretazione della testimonianza. In particolare, stati emotivi intensi possono es-

[2] P. Borrelli, N. Greco e A. Curci. *Il lato oscuro dell'empatia*, in *Giorn. It. Psic.*, 2025, 52, p. 357 ss.

[3] B.M.P. Cuff, S.J. Brown, L. Taylor e D.J. Howat, *Empathy: A review of the concept*, in *Emotion Review*, 2016, 8, p. 144 ss.

[4] I. Kahhale, L. Hackel e J. Zaki, *Balancing emotional scales: Empathy and dehumanization in legal contexts*, in *Emotion*, 2025, p. 97 ss.

[5] D. Kahneman, *Thinking, fast and slow*, New York, 2011.

[6] S. Kaur, *Cognitive and other types of biases affecting forensic evidence: research analysis and expert conclusions*, in *Themis: Research Journal of Justice Studies and Forensic Science*, 2022, 10, p. 163 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

sere letti come indicatori di autenticità, nonostante la loro ambivalenza sul piano probatorio. Si determina così una semplificazione della complessità narrativa, nella quale la coerenza percepita del racconto prevale sull'analisi delle condizioni in cui esso è stato prodotto.

3. La criticità dell'ascolto empatico si chiarisce ulteriormente alla luce del funzionamento della memoria. La memoria non è un sistema di registrazione passiva, ma un processo ricostruttivo, soggetto a modificazioni continue[7]. Il ricordo viene selezionato, organizzato e rielaborato anche in funzione delle informazioni acquisite successivamente all'esperienza originaria[8].

In questo quadro, l'interazione con l'intervistatore assume un ruolo determinante. Un contesto relazionale caratterizzato da forte partecipazione empatica può generare aspettative implicite che orientano il recupero mnestico. La persona intervistata può percepire quali contenuti risultino maggiormente coerenti con le aspettative più o meno direttamente veicolate dall'intervistatore e adattare il proprio racconto, spesso senza consapevolezza di tale processo[9]. La suggestione, pertanto, non si manifesta soltanto attraverso domande esplicitamente orientate, ma anche mediante segnali più sottili, quali approvazione, riformulazioni o enfasi selettiva su determinati aspetti del racconto. Tali elementi, amplificati da un clima empatico, possono favorire l'integrazione di contenuti non originari nella memoria[10].

La suggestionabilità interrogativa va intesa come il risultato dell'interazione tra fattori individuali e situazionali[11]. Essa risulta particolarmente rilevante nelle persone vulnerabili (es., bambini, anziani, persone con disabilità, ecc.), ma può manifestarsi anche in individui cognitivamente competenti in presenza di contesti relazionali fortemente asimmetrici. In questa prospettiva, la vulnerabilità alla suggestione non va considerata come una proprietà statica, ma una condizione dinamica che emerge dall'interazione tra dimensioni cognitive, emotive e sociali. Un ascolto non regolato, fondato su un eccesso di empatia, rischia di amplificare tali condizioni, aumentando l'esposizione dell'individuo a influenze suggestive. Si può allora osservare che la responsabilità dell'operatore riguarda soprattutto le modalità di raccolta della testimonianza, cioè quelle componenti del processo che

[7] A. Curci, *Autobiographical memory and constructive processes: from flashbulb memories to eyewitness' memory*, in *Giorn. It. Psic.*, 2022, 49, p. 197 ss.

[8] E.F. Loftus, *Creating false memories*, in *Sci. Am.*, 1997, vol. 277, p. 70 ss.

[9] D.L. Schachter, *The seven sins of memory: insights from psychology and cognitive neuroscience*, in *Am. Psychol.*, 1999, 54, p. 182 ss.

[10] J.E. Pickrell, D.L. McDonald, D.M. Bernstein e E.F. Loftus, «*Misinformation effect*», in *Cognitive illusions*, a cura di R. Pohl, Psychology Press, 2016, p. 406 ss.

[11] F. Battista, T. Lanciano, P. Zappimpulso, F. Puleo, I. Mangiulli e A. Curci, *False memories and biased judgements for physical touch: the role of misinformation on eyewitness reports*, in *Frontiers in Psychology*, 2026, 16, 1724728.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

possono essere effettivamente controllate. L'empatia, in quanto elemento della relazione, incide precisamente su questo livello e richiede perciò una sorveglianza metodologica rigorosa.

4. Le considerazioni finora svolte impongono di concepire l'ascolto forense come una competenza tecnica, fondata su un metodo rigoroso. Non è sufficiente affidarsi alla sensibilità relazionale o all'intuizione dell'operatore. È necessario strutturare l'intervista in modo da ridurre al minimo le fonti di distorsione, attraverso l'uso di tecniche validate e il controllo delle modalità comunicative[12].

In tale contesto, la dimensione relazionale deve essere regolata e armonizzata con le esigenze di accuratezza del dato. L'empatia non può costituire l'unico criterio guida dell'ascolto, ma deve essere mantenuta entro limiti compatibili con la neutralità dello stesso. Ciò richiede una competenza metacognitiva, intesa come capacità di monitorare i propri processi interpretativi e di riconoscere i *bias* che possono emergere nel corso dell'interazione. L'operatore deve mantenere una distinzione chiara tra comprensione soggettiva e dato empirico, evitando di attribuire significati che non trovano fondamento nelle informazioni raccolte.

5. Questa breve analisi mostra come l'empatia, pur rappresentando una componente importante della relazione, non può essere assunta come fondamento dell'ascolto forense[13]. Il suo uso non regolato espone il processo testimoniale a rischi significativi, tra cui identificazione, attribuzioni indebite, selezione confermativa delle informazioni e suggestione.

Più in generale, tali criticità non riguardano esclusivamente l'empatia, ma l'intero assetto di un ascolto non formato, nel quale l'operatore si affida a categorie di senso comune, a inferenze non esplicitate e a modelli impliciti di comprensione dell'altro. In questo senso, l'empatia costituisce il veicolo privilegiato attraverso cui tali dinamiche si manifestano, ma non ne esaurisce la portata.

L'ascolto forense richiede pertanto un approccio metodologico adeguato, fondato su protocolli strutturati, formazione specialistica e consapevolezza dei limiti epistemologici. Solo attraverso tale impostazione è possibile garantire un equilibrio tra tutela della persona vulnerabile e affidabilità del processo testimoniale, nella prospettiva del giusto processo.

[12] T. Neal, K. Martire, J. Johan, E. Mathers e R. Otto, *The law meets psychological expertise: eight best practices to improve forensic psychological assessment*, in *Ann. Rev. Law Soc. Sc.*, 2022, 18, p. 169 ss.

[13] K. Scott, M. Boccaccini, G. Trupp, D. Murrie e S. Hawes, *Evaluator empathy in risk assessment interviews*, in *Law Hum. Behav.*, 2022, 46, p. 325 ss.

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Gli Autori

Basile Vittorio, Vicepresidente Camera penale di Catania 'Serafino Famà'

Bevilacqua Dario, Professore Associato di Diritto amministrativo e pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Brambilla Patrizia, Assegnista di ricerca in diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia

Condorelli Orazio, Professore Ordinario di Diritto e religione, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Costanzo Angelo, Consigliere Corte di Cassazione

Curci Antonietta, Professoressa Ordinaria di Psicologia generale, Università degli Studi di Bari

Di Nuovo Santo, Professore Emerito di Psicologia generale, Università degli Studi di Catania

Di Vetta Giuseppe, Ricercatore in Diritto penale, Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna

Ferlito Gabriele, Contrattista di ricerca in Diritto tributario, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Fragasso Beatrice, Assegnista di ricerca in Diritto penale, Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano

Giangreco Mattia, Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Grasso Alfio Guido, Ricercatore in Diritto privato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Mahamedi Soroor, Dottoranda di ricerca in Diritto processuale civile, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Mandara Antonio, Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo e pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Micciché Andrea, Assegnista di ricerca in Diritto e religione, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Pappalardo Maria Manuela, Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Patanè Vania, Professoressa Ordinaria di Diritto processuale penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Pergolizzi Laura, Ricercatrice di Diritto amministrativo e pubblico, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche, Università degli Studi di Messina

Pettinato Cristiana, Professoressa Associata di Diritto e religione, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Pulvirenti Marco Gaetano, Ricercatore di Diritto amministrativo e pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Razzano Giovanna, Professoressa Ordinaria di Diritto costituzionale e pubblico della Sapienza Università di Roma

Ruggieri Maria Cristina, Dottoranda di ricerca in Diritto processuale civile, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Sartori Giovanni, Professore Emerito di Neuropsicologia forense, Università degli Studi di Padova

Testuzza Maria Sole, Professoressa Associata di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Visconti Arianna, Professoressa Associata di Diritto penale, Dipartimento di Diritto privato e pubblico dell'economia, Università Cattolica del Sacro Cuore.

Volponi Charissa, Dottoranda di ricerca in Diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Zappalà Salvatore, Professore Ordinario di Diritto internazionale, Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

ISBN 978-88-495-6191-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Zappimpulso Pasquale, Dottorando di ricerca in Digital Innovation and e-Health, Università degli Studi di Bari

Zappulla Angelo, Professore Associato di Diritto processuale penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

Zuccarello Alessandro, Assegnista di ricerca in Diritto tributario, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-6191-3

Per i tipi Giuffrè

1. A. Coniglio, *Osservazioni al progetto preliminare del codice di procedura civile* (esaurito).
2. C. Sanfilippo, *Pauli Decretorum Libri Tres* (1938), (esaurito).
3. G. Grassetti, R. Nicolò, M. Petroncelli, *Osservazioni e proposte sul progetto del secondo libro del codice civile* (1938), p. 137.
4. M. Scarlata Fazio, *La successione codicillare* (1939), p. 220.
5. M. Giorgianni, *Il negozio d'accertamento* (1939), (esaurito).
6. M. Giorgianni, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I. (1940), (esaurito).
7. G. Astuti, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituto di debito*, II. (1941), p. XII, 336.
8. M. Giorgianni, *La dichiarazione di morte presunta* (1943), (esaurito).
9. C. Sanfilippo, Condictio indebiti. - I. *Il fondamento dell'obbligazione da indebito* (1943), p. 98.
10. C. Caristia, *Pietro Giannone "giureconsulto" e "politico". Contributo alla storia del giurisdizionalismo italiano* (1947), p. 148.
11. C. Cosentini, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I. (1948), p. XII, 274.
12. C. Sanfilippo, *Bibliografia romanistica italiana* [1939-1949] (1949), p. 102.
13. G. Catalano, *Le ultime vicende della Legazia apostolica in Sicilia. Dalla controversia liparitana alla legge delle guarentigie* [1711-1871] (1950), p. X, 234.
14. C. Cosentini, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, II. (1950), p. 200.
15. S. Di Paola, *Donatio mortis causa*, I. (1952), p. IX, 264.
16. S. Di Paola, *Confessio in iure*, I. (1952), p. IV, 106.
17. C. Cosentini, *Condicio impossibilis* (1952), p. VIII, 208.
18. G. Olivero, *«Dissimulatio» e «tolrantia» nell'ordinamento canonico* (1953), p. 208.
19. C. Caristia, *Scritti giuridici, storici e politici*. I. *Scritti giuridici* (1953), p. VIII, 496.
20. F. La Rosa, *I peculi speciali in diritto romano* (1953), p. 248.
21. A. Pavone, *Il registro delle imprese* (1954), p. XII, 664.
22. S. Di Paola, *Saggi in materia di "hereditatis petitio"* (1954), p. VIII, 124.
23. C. Caristia, *Scritti giuridici, storici e politici*. II. *Scritti storici e politici* (1955), p. VIII, 536.
24. S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa* (1956), p. IV, 416.
25. C. Cosentini, *Miscellanea romanistica* (1956), p. IX, 265.
26. E. Grasso, *L'espropriazione della quota* (1957), p. XXIV, 368.
27. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio* (1957), p. VIII, 360.
28. F. Leonardi, *Introduzione allo studio del comportamento sociale* (1958) (esaurito).
29. F. Durante, *Ricorsi individuali ad organi internazionali* (1958), p. VIII, 176.
30. F. Finocchiaro, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso* (1958), p. VIII, 328.
31. C. Sapienza, *Conversione e consecuzione dei procedimenti concorsuali* (1958), p. VII, 224.
32. D. Siracusano, *Studio sulla prova delle esimenti* (1959), p. IV, 248.
33. S. Puleo, *I diritti potestativi (individuazione della fattispecie)* (1959), p. IV, 244.
34. R. Provinciali, *Norme di diritto processuale nella costituzione* (1959), p. VIII, 204.

35. F. La Rosa, *Studi sull'«actio iudicati»* (1960), p. IV, 216.
36. M. Condorelli, *I fondamenti giuridici della tolleranza religiosa nell'elaborazione canonistica dei secoli XII-XIV. Contributo storico-dogmatico* (1960), p. IV, 172.
37. S. Cassarino, *La destinazione dei beni degli enti pubblici* (1962), p. IV, 203.
38. G. Nicosia, *L'acquisto del possesso mediante i «potestati subiecti»* (1960), p. XVI, 496.
39. E. Giardina, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva* (1961), p. VIII, 480.
40. C. Lazzara, *Il contratto di locazione* (1961), p. VIII, 260.
41. P. Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico* (1962), p. IV, 244.
42. I. Andolina, *Profili dogmatici della esecuzione forzata espropriativa*, I. (1962), p. IV, 428.
43. V. Piano Mortari, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale* (1962), p. VIII, 232.
44. F. Durante, *L'ordinamento interno delle Nazioni Unite* (1964), p. XLIV, 448.
45. V. Frosini, *La struttura del diritto*, sesta ed. (1977), p. XII, 280.
46. F. La Rosa, *L'«actio iudicati» nel diritto romano classico* (1963), p. IV, 228.
47. C.M. Bianca, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento* (1963), p. VI, 330.
48. F. Finocchiaro, *La «laicità» dello Stato in Francia* (1963), p. VIII, 146.
49. V. Frosini, *La ragione dello Stato* (1963), p. VIII, 184.
50. E. Grasso, *La pronuncia di ufficio*. I. *La pronuncia di merito* (1967), p. VIII, 348.
51. M. Condorelli, *Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico. Contributo allo studio degli enti non personificati* (1964), p. VIII, 192.
52. N. Salanitro, *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni* (1965), p. IV, 264.
53. *Studi in onore di Gaetano Zingali* (1965), 3 Voll.:
    Vol. I. *Economia, finanza e statistica*, p. XVI, 672;
    Vol. II. *Diritto pubblico*, p. IV, 656;
    Vol. III. *Diritto privato e storia del diritto*, p. IV, 664.
54. G. Nicosia, *Studi sulla «deiectio»*, I. (1965), p. 184.
55. P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici* (1969), p. IV, 300.
56. A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale* (1971), p. IV, 236.
57. A. Vitale, *La dichiarazione del fallimento* (1967), p. VIII, 248.
58. N. Palazzolo, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano* (1968), p. XII, 256.
59. N. Salanitro, *Gli acquisti del coniuge del fallito* (1969), p. XII, 292.
60. S. La Rosa, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali* (1968), p. IV, 352.
61. O. Condorelli, *Scritti sul diritto e sullo Stato* (1970), p. XXXVI, 576.
62. I. Andolina, *Introduzione alla teoria del titolo esecutivo, Fondamento e limiti del principio* "non est inchoandum ab exsecutione" (1968), p. IV, 176.
63. P. Petino, *Rapporto di amministazione e rapporto di lavoro subordinato* (1968), p. 308.
64. C. Lazzara, *I rapporti agrari consuetudinari in Sicilia nell'attuale momento legislativo* (1969), p. IV, 200.
65. G. Barone, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo* (1969), p. VIII, 272.
66. A. La Pergola, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti* (1969), p. VIII, 456.
67. *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*. Tavola rotonda presso l'istituto di Diritto Privato (1970), p. IV, 252.
68. V. Frosini, *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, ristampa inalterata (1975), p. VIII, 284.
69. A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, ristampa inalterata (1974), p. XII, 370.
70. N. Salanitro, *Il fallimento dell'imprenditore defunto* (1974), p. XII, 164.
71. L. Arcidiacono, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento* (1974), p. IV, 168.

72. S.E. Battiato, *La tassazione dei trasferimenti della ricchezza a titolo gratuito* (1974), p. IV, 416.
73. G. Lo Castro, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico* (1974), p. IV, 252.
74. N. Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C.* (1974), p. XII, 292.
75. *Studi in memoria di Orazio Condorelli* (1974), 3 Voll.:
    Vol. I. p. VIII, 464.
    Vol. II. p. IV, 465-926.
    Vol. III. p. IV, 927-1408.
76. P. Abbadessa, *La gestione dell'impresa nella Società per azioni* (1975), p. IV, 220.
77. A. Vitale, *I debiti della massa nel fallimento* (1975), p. 204.
78. G. Ziccone, *Le cause «sopravvenute» di non punibilità* (1975), p. 148.
79. E. Sciacca, *Le radici teoriche dell'assolutismo nel pensiero politico francese del primo cinquecento (1498-1519)* (1975), p. VIII, 184.
80. V. Di Cataldo, *Il concordato fallimentare con assunzione* (1976), p. IV, 284.
81. V. Gueli, *Scritti vari* (1976), 2 Voll.:
    Tomo I. p. VIII, 752.
    Tomo II. p. IV, 753-1376.
82. S. Sambataro, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa* (1977), p. 292.
83. T.A. Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità* (1978), p. IV, 228.
84. F. D'Agostino, *Per un'archeologia del diritto* (1979), p. VIII, 164.
85. V. Di Cataldo, *L'imitazione servile* (1979), p. IV, 228.
86. A. Belfiore, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali* (1979), p. IV, 620.
87. G. Bivona, *I contratti d'integrazione verticale in agricoltura* (1979), p. IV, 138.
88. M. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico* (1980), p. IV, 248.
89. L. Arcidiacono, *Profili di riforma dell'amministrazione statale* (1980), p. IV, 288.
90. G. Barone, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione* (1980), p. IV, 132.
91. M. Paradiso, *Il danno alla persona* (1981), p. IV, 320.
92. A. D'Atena, *Le Regioni e la Comunità Economica Europea* (1981), p. IV, 136.
93. E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale* (1982), p. VIII, 288.
94. F. D'Agostino, *Diritto e secolarizzazione (Pagine di Filosofia giuridica e politica)* (1982), p. XII, 324.
95. I. Andolina, *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo* (1982), p. IV, 140.
96. *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (1982) 7 Voll.:
    Vol. I. p. XII, 768.
    Vol. II. p. IV, 780.
    Vol. III. p. IV, 784.
    Vol. IV. p. IV, 800.
    Vol. V. p. IV, 804.
    Vol. VI. p. IV, 788.
    Vol. VII. p. IV, 812.
97. M. Tedeschi - G. Catalano - P. Bellini - P. Lombardia - E.G. Vitali - M. Condorelli - F. Finocchiaro - L. De Luca, *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico* (1982), p. IV, 212.
98. R. Vigo, *Libertà e divieti nella circolazione delle notizie bancarie* (1983), p. IV, 212.
99. R. Maccarrone, *Profili sistematici dell'effetto espansivo esterno della sentenza di riforma* (1983), p. IV, 216.

100. F. D'Agostino, BIA *Violenza e giustizia nella filosofia e nella letteratura della Grecia Antica* (1983), p. XII, 132.
101. S. Pettinato, *«Sollicitudo pro universa ecclesia»* (1983), p. VIII, 180.
102. T.A. Auletta, *Alimenti e solidarietà familiare* (1984), p. VIII, 228.
103. C. Costa, *Il rappresentante comune degli azionisti di risparmio* (1984), p. VIII, 140.
104. M. Paradiso, *La comunità familiare* (1984), p. VIII, 444.
105. L. Ventura, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro* (1984), p. IV, 392.
106. S. Amato, *Sessualità e corporeità. I limiti dell'identificazione giuridica* (1985), p. VIII, 228.
107. E.V. Napoli, *L'inabilitazione* (1985), p. XII, 208.
108. E. Zappalà, *L'impugnazione "tardiva" della sentenza penale nella pratica giurisprudenziale* (1985), p. 184.
109. I. Marino, *Servizi pubblici e sistema autonomistico* (1987), ristampa emendata, p. VIII, 300.
110. S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione* (1986), p. IV, 196.
111. B. Caruso, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, I, (1986), p. IV, 232.
112. S. Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato* (1987), p. VIII, 448.
113. *L'indirizzo fenomenologico e strutturale nella filosofia del diritto italiana più recente,* a cura di Francesco D'Agostino (1988), p. VIII, 236.
114. A. Ruggeri, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte Costituzionale e il legislatore* (1988), p. VIII, 300.
115. *Studi in memoria di Mario Condorelli* (1988) 4 Voll.:
    Vol. I. p. XII, 620.
    Vol. II. p. IV, 668.
    Vol. III. p. VIII, 578.
    Vol. IV. p. VIII, 420.
116. S. Ferlito, *L'attività internazionale della Santa Sede* (1988), p. IV, 204.
117. *Scritti in onore di Giuseppe Auletta* (1988) 3 Voll.:
    Vol. I. p. XVI, 688.
    Vol. II. p. IV, 744.
    Vol. III. p. IV, 708.
118. C. Romeo, *Impresa assistita e diritto del lavoro* (1988), p. IV, 244.
119. F. Musumeci, *Inaedificatio* (1988), p. IV, 240.
120. E. Zappalà, *La ricusazione del giudice penale* (1989), p. 168.
121. S. Aleo, *Il disvalore e le forme generali della responsabilità penale. Prospettive di teoria e riforma del diritto penale* (1989), p. 228.
122. P. Petino, *Composizione delle liti e ruolo del sindacato* (1989), p. 372.
123. T. Auletta, *Il fondo patrimoniale* (1990), p. 380.
124. A. Ruggeri, *Le crisi di governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica* (1990), p. 224.
125. C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale* (1990), p. 761.
126. R. Sapienza, *Il principio del non intervento negli affari interni* (1990), p. 172.
127. *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (1991), Vol. VIII, p. VIII, 187.
128. A. Cariola, *La nozione costituzionale di pubblico impiego* (1991), p. 280.
129. R. Pennisi, *La convalida del marchio* (1991), p. 204.
130. G. Meliadò, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e imprese a struttura complessa* (1991), p. 202.
131. A.C. Amato Mangiameli, *La fondazione delle norme tra decisionismo e cognitivismo nel dibattito tedesco contemporaneo* (1991), p. 164.
132. V.E. Ragusa, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi* (1992), p. VI, 278.

133. V. Ottaviano, *Scritti giuridici* (1992) 3 Voll.:
Vol. I. p. 510.
Vol. II. p. 428.
Vol. III. p. 504.
134. E. Castorina, *Autonomia universitaria e Stato pluralista* (1992), p. 160.
135. S. Muscarà, *Riesame e rinnovazione degli atti nel diritto tributario* (1992), p. 464.
136. A. Costanzo, *Condizioni di incoerenza. Un'analisi dei discorsi giuridici* (1992), p. XX, 248.
137. F. Arcaria, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del Senato in età Imperiale* (1992), p. 352.
138. M. Ricca, *L'abrogazione delle leggi di derivazione concordataria. Profili costituzionali* (1993), p. VIII, 282.
139. A. Cariola, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista* (1994), p. VIII, 424.
140. C. Paterniti, *La causa del fatto-reato* (1994), p. IV, 140.
141. B. Montanari, *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi* (1994), p. X, 148.
142. I. Nicotra Guerrera, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale* (1995), p. VI, 228.
143. F. Santangeli, *L'interpretazione della sentenza civile* (1996), p. VI, 492.
144. M. Meli, *Il principio comunitario "chi inquina paga"* (1996), p. IV, 202.
145. T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale* (1996), p. VIII, 540.
146. R. Sapienza, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali* (1996), p. X, 292.
147. M. Condorelli, *Scritti di storia e di diritto* (1996), p. LXVIII, 672.
148. C. Camardi, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione* (1997), p. VI, 526.
149. M. Cavallaro, *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi* (1997), p. VI, 200.
150. M.R. Maugeri, *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria* (1997), p. VI, 324.

Nuova Serie

151. G. Ragusa Maggiore, *Scritti giuridici* (1997) 3 Voll.:
Vol. I. p. X, 514.
Vol. II. p. X, 515-1034.
Vol. III. p. X, 1535-1561.
152. G. Mineo, *Il finanziamento agevolato tra legge e contratto* (1997), p. VI, 264.
153. G. Di Rosa, *Rappresentanza e gestione. Forma giuridica e realtà economica* (1997), p. VI, 312.
154. I. Nicotra Guerrera, *"Vita" e sistema dei valori nella Costituzione* (1997), p. VI, 234.
155. E. Castorina, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto* (1997), p. VI, 309.
156. E. Grasso, *Le leggi, la dottrina e la giurisprudenza* su *I Processi Civili nell'ultimo cinquantennio* (1998) 3 Voll.:
Vol. I. p. XV, 524.
Vol. II. p. VIII, 525-1115.
Vol. III. p. VIII, 1117-1650.
157. *Trans-National Aspects of Procedural Law*, X World Congress on Procedural Law a cura di Italo Andolina-Taormina 17-23 settembre 1995 (1998) 3 Voll.:
Vol. I. p. X, 484.
Vol. II. p. X, 485-846.
Vol. III. p. X, 845-1247.

158. *La dottrina giuridica italiana alla fine del XX secolo. Un bilancio* a cura di Bruno Montanari (1998), p. IV, 177.
159. A. Alaimo, *La partecipazione azionaria dei lavoratori. Retribuzione, rischio e controllo* (1998), p. XI, 236.
160. S. Randazzo, *'Leges Mancipii'. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione* (1998), p. IV, 192.
161. F. Migliorino, *Misterya concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale* (1999), p. VI, 204.
162. M. Genovese, *Gli interventi edittali di Verre in materia di decime sicule* (1999), p. VI, 496.
163. V. Patanè, *L'individualizzazione del processo penale minorile. Confronto con il sistema inglese* (1999), p. IV, 215.
164. *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa* (1999):
    Vol. I. *Saggi di diritto commerciale* - tomo 1, p. XXIV, 484.
    Vol. I. *Saggi di diritto commerciale* - tomo 2, p. X, 485-982.
    Vol. I. *Saggi di diritto commerciale* - tomo 3, p. X, 983-1496.
    Vol. II. *Saggi vari*, p. X, 1497-2114.
165. L. Lombardo, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo* (1999), p. XIV-622.
166. A. Giussani, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione* (1999), p. VI, 186.
167. A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario* (1999), p. VI, 354.
168. *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata,* a cura di Enzo Zappalà (1999), p. IV, 282.
169. M. D'Antona, *Opere*, a cura di Bruno Caruso e Silvana Sciarra (2000):
    Vol. I. *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro - Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, p. XVIII, 452.
    Vol. II. *Scritti sul diritto sindacale*, p. VI, 450.
    Vol. III. *Scritti sul diritto del lavoro*:
    tomo 1, p. VI, 1-462.
    tomo 2, p. VI, 463-936.
    tomo 3, p. VI, 937-1300.
    Vol. IV. *Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, p. VI, 304.
    Vol. V. *Recensioni, note ed altri scritti*, p. VIII, 452.
170. A. Ciancio, *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione* (2000), p. VIII, 352.
171. *Biotecnologie. Profili scientifici e giuridico-sociali.* Atti del Convegno, Catania - Villa Cerami, 28 maggio 1999, a cura di Bruno Montanari (2000), p. IV, 158.
172. F. Arcaria, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica* (2000), p. X, 320.
173. G. Auletta, *Scritti giuridici* (2001) 8 Voll.:
    Vol. I. p. 526.
    Vol. II. p. 534.
    Vol. III. p. 496.
    Vol. IV. p. 538.
    Vol. V. p. 562.
    Vol. VI. p. 554.
    Vol. VII. p. 548.
    Vol. VIII. p. 542.
174. A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo* (2001), p. XVIII, 974.

175. G. Speciale, *Antologia giuridica. Laboratori e rifondazioni di fine Ottocento* (2001), p. VI, 224.
176. M. Meli, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali* (2001), p. X, 198.
177. F. Santangeli, *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione* (2001), p. X, 484.
178. A. Grasso, *Illiceità penale e invalidità del contratto* (2002), p. VIII, 108.
179. F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale* (2002), p. X, 388.
180. C.M. Bianca, *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici* (2002):
Vol. I. *Teoria generale e fonti - Persone e famiglia - Garanzie e diritti reali*:
tomo 1, p. XII, 628.
tomo 2, p. IV, 629-1210.
Vol. II. *Obbligazioni e contratti - Responsabilità*:
tomo 1, p. XII, 474.
tomo 2, p. IV, 475-990.
181. G. Di Rosa, *Proprietà e contratto. Saggio sulla multiproprietà* (2002), p. VIII, 284.
182. A. Andronico, *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto* (2002), p. XIV, 194.
183. B. Troncarelli, *Complessità e diritto. Oltre la ragione sistemica* (2002), p. XII, 214.
184. R. Calisti, *Il sospetto di reati. Profili costituzionali e prospettive attuali* (2003), p. X, 426.
185. U.A. Salanitro, *Contratti onerosi con prestazione incerta* (2003), p. X, 356.
186. M.R. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata* (2003), p. X, 224.
187. M. Paradiso, *I contratti di gioco e scommessa* (2003), p. X, 336.
188. G. Raiti, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario* (2003), p. X, 534.
189. S. Longo, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias* (2003), p. VIII, 328.
190. *Politica comunitaria di coesione economica e sociale e programmazione economica regionale,* a cura di Rosario Sapienza (2003), p. VI, 168.
191. E. Palazzolo, *Ordinamento costituzionale e formazione dei trattati internazionali* (2003), p. XVI, 430.
192. F. Romeo, *La tutela del "consumatore" nel contratto di assicurazione danni* (2004), p. XII, 230.
193. *L'armonizzazione del diritto privato europeo. Il piano d'azione 2003*, a cura di Marisa Meli - Maria Rosaria Maugeri (2004), p. X, 400.
194. B. Spampinato, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo* (2004), p. XII, 236.
195. P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo* (2004), p. VIII, 284.
196. G. Chiara, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza* (2004), p. X, 284.
197. B. Troncarelli, *Logica della globalizzazione e diritto* (2004), p. XII, 130.
198. *Labour law and flexibility in Europe. The cases of Germany and Italy,* a cura di B. Caruso - M. Fuchs (2004), p. 254.
199. G. Messina, *Contraddizioni e aporie dell'universalismo giuridico contemporaneo* (2004), p. VIII, 238.
200. A. Puleo, *Quale giustizia per i diritti di libertà? Diritti fondamentali, effettività delle garanzie giurisdizionali e tecniche di tutela inibitoria* (2005), p. VI, 432.
201. C. Marino, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale* (2005), p. XII, 386.
202. *I mobili confini dell'autonomia privata,* a cura di Massimo Paradiso (2005), p. VI, 864.

203. N. Salanitro, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata* (2005), p. X, 120.
204. G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE* (2005), p. XX, 556.
205. R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovrannazionali e dei beni giuridici di interesse comune* (2005), p. X, 658.
206. *Dove va la giustizia penale minorile? Confronto tra l'esperienza francese e i progetti di riforma italiani,* a cura di Enzo Zappalà (2005), p. XX, 218.
207. A. Andronico, *La disfunzione del sistema. Giustizia, alterità e giudizio in Jacques Derrida* (2006), p. XIV, 244.
208. *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca* (2006):
    Tomo I, p. XII, 668.
    Tomo II, p. VI, 800.
    Tomo III, p. VI, 1098.
    Tomo IV, p. VI, 946.
209. *Scienza tecnologia & diritto (ST&D)*. Atti del Convegno, Catania-Villa Cerami, 30 maggio 2003, a cura di Bruno Montanari (2006), p. XVI, 104.
210. S. Figuera, *Sul carattere monetario dell'economia capitalistica. Smith, Ricardo, Marx e la teoria neoclassica della moneta* (2006), p. XII, 246.
211. A. Lo Giudice, *Il soggetto plurale. Regolazione sociale e mediazione simbolica* (2006), p. XIV, 332.
212. I. Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali* (2007), p. XIV, 298.
213. *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*. Atti del Convegno, Catania, Villa Cerami, 9-11 giugno 2005, a cura di Tommaso Rafaraci (2007), p. XII, 740.
214. *Studi per Giovanni Nicosia* (2007):
    Tomo I, p. XII, 538.
    Tomo II, p. VI, 558.
    Tomo III, p. VI, 510.
    Tomo IV, p. VI, 546.
    Tomo V, p. VI, 534.
    Tomo VI, p. VI, 530.
    Tomo VII, p. VI, 544.
    Tomo VIII, p. VI, 572.
    Indici, p. IV, 188 (*per i tipi Giappichelli*).
215. *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma,* a cura di Tommaso Auletta (2007), p. VIII, 474.
216. F. Leotta, *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti. Dalla crisi della sovranità statale all'affermarsi della sussidiarietà* (2007), p. X, 354.
217. *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati,* a cura di Paolo Benvenuti - Rosario Sapienza (2007), p. XII, 382.
218. A.M. Maugeri, *La responsabilità da comando nello statuto della Corte Penale Internazionale* (2007), p. XII, 844.
219. S.A. Cristaldi, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale* (2007), p. X, 314.
220. *Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforma Dalia*. Atti del Convegno di studi, Catania, Villa Cerami, 18-19 novembre 2005, a cura di Angelo Pennisi (2008), p. VIII, 526.
221. *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco*

riconoscimento e prospettive di armonizzazione, a cura di Anna Maria Maugeri (2008), p. VI, 582.

222. M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale* (2008), p. VIII, 136.
223. A. Ciancio, *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico* (2008), p. X, 348.
224. A.M. Maugeri, *La tutela dei beni culturali nel diritto internazionale penale. Crimini di guerra e crimini contro l'umanità* (2008), p. VIII, 352.
225. *Rileggere Keynes. La lezione di John Maynard Keynes a 70 anni dalla pubblicazione della Teoria generale*, a cura di Maurizio Caserta - Stefano Figuera (2008), p. VIII, 176.
226. *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di Vincenzo Di Cataldo - Pierpaolo M. Sanfilippo (2008), p. VI, 467.
227. R. Sicurella, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte Penale Internazionale* (2008), p. VIII, 490.

Per i tipi Giappichelli

228. *Il tempo e il processo.* Scritti scelti di Italo Andolina, a cura di Giovanni Raiti (2009), 2 Voll. indivisibili:
    Vol. I. p. XIV, 458.
    Vol. II. p. VI, 459-889.
229. F. Arcaria, *Diritto e processo penale in età augustea. Le origini della cognitio criminale senatoria* (2009), p. VIII, 164.
230. A. Bettetini, *L'errore in diritto canonico* (2009), p. VIII, 226.
231. A. Las Casas, *Tutele dell'investimento precontrattuale e razionalità economica. Profili comparatistici* (2009), p. XII, 466.
232. V. Scalia, *Profili penalistici e obblighi di tutela nella giurisprudenza della camera dei diritti dell'uomo per la Bosnia e l'Erzegovina*. (2009), p. XIV, 264.
233. R. Sorice, *"… quae omnia bonus iudex considerabit…"* La giustizia criminale nel Regno di Sicilia (secolo XVI) (2010), p. VIII, 200.
234. R. Cavallo, *L'antiformalismo nella temperie weimariana* (2009), p. VIII, 178.
235. B. Spampinato, *Tipologia degli interessi legittimi e forme di tutela* (2010), p. XII, 150.
236. *Où va la justice pénale des mineurs?* (Allemagne, Espagne, France, Italie, Russie), a cura di Sylvie Cimamonti, Gaëtan di Marino, Enzo Zappalà (2010), p. VI, 286.
237. *Il pensiero giuridico di Francesco Santoro Passarelli. Giornata di studio in memoria*, a cura di Bruno Montanari (2010), p. VI, 112.
238. *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione.* Atti del Convegno di studi, a cura di Ida Nicotra e Ugo Sala- nitro (2010), p. VIII, 268.
239. *Studi in onore di Luigi Arcidiacono* (2010):
    Vol. I. p. XL, 1-492.
    Vol. II. p. VIII, 493-994.
    Vol. III. p. VIII, 995-1508.
    Vol. IV. p. VIII, 1509-2012.
    Vol. V. p. VIII, 2013-2530.
    Vol. VI. p. VIII, 2531-3050.
    Vol. VII. p. VIII, 3051-3498.
240. *Liberty and Language. The global dimension of European constitutional integration,* a cura di Emilio Castorina e Pasquale Policastro (2010), p. VI, 490.
241. A. Lo Giudice, *Istituire il postnazionale. Identità europea e legittimazione* (2011), p. XIII, 314.

242. M.S. Testuzza, *Tra cielo e terra. I congegni dell'obbedienza medievale* (2011), p. VI, 188.
243. F. Cristofari, *Chiavi di lettura del principio famiglia e identità di genere* (2011), p. X, 142.
244. *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, a cura di Francesco Salerno e Rosario Sapienza (2011), p. XII, 177.
245. A. Vitale, *I poteri delle parti nel vecchio impianto del fallimento. Il modello originario di processo fallimentare tra mercato ed economia mista: ragioni di una crisi* (2011), p. VIII, 156.
246. *Temi di ricerca per la tutela dei diritti umani* (2011), a cura di Vincenzo Di Cataldo e Vania Patanè, p. VIII, 490.
247. *Il potere delle immagini. Tecnologia, spazi urbani e luoghi politici* (2011), a cura di Bruno Montanari e Alessio Lo Giudice, p. VIII, 200.
248. *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali,* a cura di Pasquale Pirrone (2011), p. X, 238.
249. T. Cavallaro, *Il novum probatorio nel giudizio di revisione* (2011), p. XIV, 234.
250. C.M. Pettinato, *I "Maestri di Würzburg" e la costruzione del Jus Publicum Ecclesiasticum nel secolo XVIII* (2011), p. X, 302.
251. *L'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona. Atti del Convegno* (2011), a cura di Nicoletta Parisi e Valentina Petralia, p. VIII, 352.
252. S. La Rosa, *Scritti scelti* (2011):
    Vol. I. p. X, 1-362.
    Vol. II. p. VI, 363-822.
    Vol. III. p. VI, 823-1096.
253. M. Genovese, *Mortis causa capitur. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali* (2011), p. X, 296.
254. G. Nicosia, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche* (2011), p. XIV, 244.
255. S. Longo, *Senatusconsultum Macedonianum. Interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano* (2012), p. XII, 280.
256. F. Paterniti, *Legislatori regionali e Legislazione europea. Le prospettive delle Regioni italiane nella fase ascendente di formazione del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona* (2012), p. VIII, 270.
257. E. Bivona, *Certificazione di qualità dei prodotti e tutele civilistiche* (2012), p. X, 248.
258. G. Majorana, *Il patto fra generazioni negli ordinamenti giuridici contemporanei. Dallo sviluppo sostenibile all'equilibrio finanziario: la necessità di un lungimirante rapporto fra generazioni* (2012), p. VIII, 271.
259. A. Consoli, *Giurisdizione penale ed efficienza. Procure della Repubblica tra vincoli e produttività* (2012), p. XIV, 134.
260. D. Messineo, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni* (2012), p. VIII, 336.
261. F. Giuffrè, *Unità della Repubblica e distribuzione delle competenze nell'evoluzione del regionalismo italiano* (2012), p. VIII, 177.
262. A. Zappulla, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti* (2012), p. X, 410.
263. R. La Rosa, *Ricerche sul quasi usufrutto nel diritto romano* (2012), p. X, 194.
264. *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, a cura di Adriana Ciancio (2012), p. VIII, 176.
265. G.A. Ferro, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale* (2012), p. XII, 342.
266. *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, a cura di Rosaria Sicurella (2012), p. XIV, 391.

267. *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, a cura di Bruno Montanari (2012):
Tomo I. p. XIV, 1-454.
Tomo II. p. XII, 1-462 (2013).
268. F. Musumeci, *Protezione pretoria dei minori di 25 anni e ius controversum in età imperiale* (2013), p. XII, 262.
269. *La responsabilità sociale dell'impresa. In ricordo di Giuseppe Auletta*, a cura di V. Di Cataldo e P.M. Sanfilippo (2013), p. VI, 135.
270. T. Mauceri, *Enti collettivi e danno non patrimoniale* (2013), p. X, 188.
271. C. Benanti, *Scioglimento della comunione legale e disciplina del patrimonio* (2013), p. VIII, 350.
272. G. Vitale, *Principi generali e diritto derivato. Contributo allo studio del sistema delle fonti dell'Unione europea* (2013), p. X, 150.
273. P. Sciuto, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere nell'esperienza di Roma antica* (2013), p. X, 304.
274. S. Bosa, *Atti della vita quotidiana e tutela civile dell'incapace* (2013), p. X, 162.
275. T. Mauceri, *Sponsorizzazione e attività sportiva* (2014), p. VIII, 210.
276. *Un diritto senza terra? Funzioni e limiti del principio di territorialità nel diritto internazionale e dell'Unione europea / A Lackland Law? Territory, Effectiveness and Jurisdiction in International and EU Law*, a cura di Adriana Di Stefano (2015), 2 Voll. indivisibili:
Vol. I. p. XXII, 1-322.
Vol. II. p. VIII, 323-782.
277. V. Papa, *Attività sindacale delle organizzazioni datoriali* (2017), p. XIV, 234.
278. D. Arcidiacono, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria* (2017), p. X, 254.
279. A.G. Lanzafame, *La* vis expansiva *della rappresentanza. Forme di governo, vocazione presidenziale, resistenze costituzionali* (2019), p. X, 374.
280. R. Belfiore, *Il sequestro preventivo. Tra esigenze impeditive e strumentalità alla confisca* (2019), p. XII, 308.
281. G. Guzzardi, *La permuta atipica. Tratti ricostruttivi e regole operazionali* (2019), p. XVIII, 310.
282. *Ripensare o "rinnovare" le formazioni sociali? Legislatori e giudici di fronte alle sfide del pluralismo sociale nelle democrazie contemporanee*, a cura di A. Ciancio (2020), p. XII, 356.
283. E. Mottese, *La lotta contro il danneggiamento e il traffico illecito di beni culturali nel diritto internazionale. La Convenzione di Nicosia del Consiglio d'Europa* (2020), p. XXII, 218.
284. M. Militello, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione* (2020), p. XVI, 256.
285. I. Spadaro, *Il contrasto allo* hate speech *nell'ordinamento costituzionale globalizzato* (2020), p. XVIII, 398.
286. *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, a cura di A. Guidara (2021), p. XXXII, 816.
287. G. Galluccio, *Persona giuridica amministratore e società di capitali. Profili di disciplina* (2021), p. VIII, 264.
288. C. Costa, A. Mirone, R. Pennisi, P.M. Sanfilippo, R. Vigo (a cura di), *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo* (2021)
Vol. I. *Proprietà intellettuale e concorrenza*, p. XXVI-662.
Vol. II. *Impresa, Società, Crisi d'impresa*.
Tomo I. p. XII-516.
Tomo II. p. IV-1040.

289. G. Di Rosa, S. Longo, T. Mauceri (a cura di), *Percorsi interdisciplinari in tema di rapporto obbligatorio. Atti delle giornate di studi (Catania, 10 ottobre 2019 - 9 luglio 2020 - 1 e 22 marzo 2021)* (2021), p. XII-308.
290. A.G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status* (2022), p. XVI-312.
291. M. Cavallaro, F. Romeo, E. Bivona, M. Lazzara (a cura di), *Sui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi "di fatto"* (2021)
    Vol. I. I Sessione: *Persone e famiglia* - II Sessione: *Proprietà*, p. XIV-562.
    Vol. II. III Sessione: *Responsabilità* - IV Sessione: *Contratto*, p. X IV-690.
292. C. Vasta, *Delibere assembleari "collegate" nella società per azioni* (2022), p. VIII-216.
293. D. Arcidiacono, *La tutela dei marchi che godono di rinomanza. "Al di là del rischio di confusione"* (2022), p. XIV-466.
294. S. La Rosa, *Altri scritti scelti* (2023), p. XII-300.
295. C.M. Bianca, *Realtà sociale ed effettività della norma* (2024), pp. XVI-836.

Per i tipi Edizioni Scientifiche Italiane

296. G. Di Rosa, S. Longo, T. Mauceri (a cura di), *Diritto e tecnologia. Precedenti storici e problematiche attuali.* Atti delle giornate di studi (Catania, 8 ottobre 2021 - 21 e 22 ottobre 2022 - 25 novembre 2022 - 19 e 20 maggio 2023), 2024, p. 316.
297. G. Guzzardi (a cura di), *Persona e mercato nella società digitale*. Atti delle giornate di studi (Catania, 13 dicembre 2022 e 4 maggio 2023), 2024, p. 172.
298. T. Mauceri, *Mutuo fondiario e violazione di norme imperative*, 2024, p. 220.
299. A. Las Casas, *Capitalismo dell'informazione e circolazione della ricchezza*. *Modelli giuridici statunitensi*, 2024, p. 228.
300. A. Micciché, *Il diritto ecclesiastico coloniale italiano. Esperienze di pluralismo culturale e religioso tra legislazione, giurisprudenza e dottrina nei territori d'Oltremare (1869-1945)*, 2024, p. 404.
301. M. Giangreco, *Il contraddittorio anticipato e la libertà su cauzione. Verso un modello cautelare più garantista*, 2024, p. 152.
302. Rosanna Belfiore, Eleonora Nicosia (a cura di), *Situazioni soggettive e diritto pubblico*, 2024, p. XIV-324.
303. Vania Patanè, Fabrizio Siracusano, Agata Ciavola, Angelo Zappulla (a cura di), *Il rito penale tra garanzie, tutele e istanze securitarie. Ricordando Enzo Zappalà. Atti del Convegno tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania il 3 e 4 ottobre 2024*, 2025, p. 160.
304. Gaetano Guzzardi, *I servizi di intermediazione nel mercato digitale. Profili ricostruttivi e tratti problematici*, 2025, p. 320.
305. Claudia Benanti, *Autonomia privata e tutele economiche nella complessità delle crisi familiari*, 2025, p. 244.
306. Ilenia Rapisarda, *Corpo e diritto. Autodeterminazione biotecnologica e istanze solidaristiche*, 2025, p. 304.
307. Giuseppe Versaci, *Credito ai consumatori e autonomia privata. Strategie regolatorie, obblighi professionali, tecniche rimediali*, 2025, p. 220.
308. Remo Morzenti Pellegrini e Giovanni Fabio Licata (a cura di), *Contratti pubblici e intelligenza artificiale. Atti del Convegno (Catania, 29 novembre 2024)*, 2026, p. 200.
309. Giuseppe Emanuele Corsaro, *La lotta alla povertà nel diritto Internazionale dei diritti umani: analisi di un modello emergente tra norme e prassi*, 2025, p. 328.

310. S. Licciardello (a cura di), *Prospettive della giustizia amministrativa. Efficienza, qualità e nuove tecnologie. Atti del Convegno (Catania, 5 e 6 ottobre 2023)*, 2026, p. 200.
311. Marisaria Maugeri, Aurelio Mirone (a cura di), *Contratti bancari e tutele. Concorrenza, tutela del consumatore e intelligenza artificiale*, 2026. p. 328.
312. G.F. Licata, *Discrezionalità e deferenza negli Stati Uniti d'America. Legislazione, amministrazione, giurisdizione*, 2026, p. 168.
313. A. Guidara (a cura di), *I diritti e le garanzie del contribuente. Principi europei, interventi nazionali, nuove tecnologie*, 2026, p. XVI-496.

Edizioni Scientifiche Italiane

Biblioteca
Ricerca Avanzata

Con Ricerca Avanzata puoi consultare l'intero catalogo della casa editrice Edizioni Scientifiche Italiane in www.edizioniesi.it e accedere alla biblioteca digitale della casa editrice in Esidigita www.esidigita.it.

Ricerca Avanzata è uno strumento interattivo e gratuito ma soprattutto un potente alleato per autori, ricercatori e studenti. Grazie alla tecnologia *full-text search*, consente di accedere in maniera immediata e interattiva a tutti i titoli e i contenuti presenti nel catalogo delle Edizioni Scientifiche Italiane, che a partire dal 1945 offre ai suoi lettori una vastissima gamma di pubblicazioni, libri e riviste oggi disponibili anche in versione digitale: PDF e *E-book*. Ricerca Avanzata può essere utilizzata agevolmente da PC (*desktop* e *laptop*) e dispositivi *smart* (*smartphone*, *tablet*, ecc.).

EDIZIONIESI

Inquadra il QR Code per provare Ricerca Avanzata nell'intero catalogo

ESIDIGITA

Inquadra il QR Code per provare Ricerca Avanzata nella Biblioteca Digitale

CONTATTACI

+39 081 7645443

info@edizioniesi.it

www.edizioniesi.it
www.esidigita.it

SEGUICI SUI SOCIAL

Edizioni Scientifiche Italiane

Library and Digital Library

The full catalogue of books and journals of Edizioni Scientifiche Italiane is on www.edizioniesi.it or on the Digital Library Esidigita www.esidigita.it in digital contents.

Advanced Search is an interactive and free tool but above all a powerful ally for authors, researchers and students. Using full-text search technology, it provides immediate and interactive access to all the titles and contents in the catalogue of Edizioni Scientifiche Italiane, which since 1945 has offered its readers a very wide range of publications, books and journals now also available in digital version: PDF and E-book. Advanced Search can be used easily from PCs (desktops and laptops) and smart devices (smartphones, tablets, etc.).

EDIZIONIESI

Scan the QR Code to try out Advanced Search in the full catalogue

ESIDIGITA

Scan the QR Code to try out Advanced Search in the Digital Library

CONTACT US

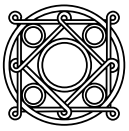
+39 081 7645443

info@edizioniesi.it

www.edizioniesi.it
www.esidigita.it

FOLLOW US

Questo volume è stato impresso
nel mese di aprile dell'anno 2026 per
le Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A.
Stampato in Italia



Edizioni Scientifiche Italiane

www.edizioniesi.it info@edizioniesi.it

https://www.edizioniesi.it
https://www.esidigita.it
edizioni_scientifiche_italiane
Edizioni Scientifiche Italiane
Edizioni Scientifiche Italiane