Rivista Giuridica Europea
European Law Journal

MICAELA LOTTINI
Libertà religiosa, moralità pubblica e benessere degli animali: una recente pronuncia della Corte EDU

DOMENICO CROCCO
Il dibattito settecentesco sulla giustizia criminale. Appunti di storia giuridica europea

FABIANA FALATO
Gender equality nelle professioni:
la normazione e le strategie europee per attuarla

LILLA LAPERUTA
Valore pubblico e principio dell'inversione procedimentale: l'implementazione dell'art. 97 della Costituzione nel nuovo Codice dei contratti pubblici

DAVIDE MARIA PELLEGRINO
L'intelligenza artificiale nei dispositivi medici: profili regolatori, responsabilità e implicazioni etiche nel diritto sanitario

GIANMARCO AIRAGHI
Il caso Terra dei Fuochi: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per aver messo in pericolo il diritto alla vita dei cittadini campani

GIUSEPPE TUCCILLO
L'abuso d'ufficio: dai tentativi di riforma alla pronuncia della Corte costituzionale. Parabola di una norma senza pace

DAVIDE CESIANO
Il futuro del greenwashing: uno sguardo alla normativa europea e nazionale

GIOVANNI CARINI
I procedimenti alternativi: un istituto in evoluzione, finalità e metodologia di realizzazione con particolare riferimento alla mediazione civile e commerciale

LUCA TROIANIELLO
La configurabilità di un ente non lucrativo transazionale: limiti normativi e prossettive de iure condendo

Rivista Giuridica Europea

Direttore responsabile *Marina Valensise*

Direttore scientifico *Lucia Picardi*

Condirettore scientifico *Maria Camilla Spena*

Comitato Scientifico
e di Valutazione
(Scienze giuridiche - Area 12)

Filippo Annunziata
(Prof. associato di Diritto dell'Economia Università degli Studi di Milano Bocconi)
Marco Calabrò
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli)
Barbara Cortese
(Prof. associato di Storia del Diritto Romano Università degli Studi Roma Tre)
Ruggiero Dipace
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università del Molise)
Delia Ferri
(Professor of Law Maynooth University Department of Law)
Roberto Leonardi
(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Brescia)
Paola Lombardi
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Brescia)
Micaela Lottini
(Prof. associato di Diritto amministrativo Università degli Studi Roma Tre)
Giuseppina Mari
(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)
Francesco Marone
(Prof. ordinario di Diritto Costituzionale Università degli Studi di Napoli S. Orsola Benincasa)
Enrico Minervini
(Prof. ordinario di Diritto Privato Università degli Studi di Napoli Federico II)
Lucia Picardi
(Prof. ordinario di Diritto Commerciale Università degli Studi di Napoli Federico II)
Maria Alessandra Sandulli
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi Roma Tre)
Renata Spagnuolo Vigorita
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)
Maria Camilla Spena
(Professore associato di Diritto amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

Docenti Stranieri

Cristina Fraenkel-Haeberle
Außerplanmäßige Professorin, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Koordinatorin des Programmbereichs „Europäischer Verwaltungsraum“ und Gleichstellungsbeauftragte
Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer
Fernando Garcia Rubio
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad Rey Juan Carlos
Maria Teresa Carballeira Rivera
Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidade de Santiago de Compostela (Spagna)
Jan Lieder
Professor of Civil law, Commercial law and Business law, Director Department Business Law at the Institute for Business, Labor and Social
Law, Albert Ludwigs University of Freiburg
Ana Munoz Perez
Profesora titular de Derecho Mercantil
Universidad Rey Juan Carlos
Francine Macorig-Venier
Professeur Droit Privé et Sciences criminelles
Université Toulouse 1 Capitole

Segreteria del Comitato Scientifico e di Valutazione

Maria Camilla Spena
(Professore associato di Diritto amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

Comitato editoriale

Flaminia Aperio Bella
(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre)
Alessandro Di Martino
(Ricercatore di diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II)
Lorenzo Mariconda
(Assegnista di ricerca di diritto commerciale, Università degli Studi di Napoli Federico II)
Benedetto Marsili
(Dottorando di ricerca di diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II)
Nicola Posteraro
(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano)
Martina Sinisi
(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre)
Maria Camilla Spena
(Prof. aggr. Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)
Sabrina Tranquilli
(Ricercatore di Diritto amministrativo Università degli Studi Napoli Parthenope)

Segreteria di redazione

Alessandra Bifani Sconocchia
Aldo Iannotti della Valle
Paolo Mammola
Giusy Sica

editore

Edicampus Edizioni

ISSN 2612-2995
volume VIII - numero I
mese di AGOSTO 2025

INDICE

Libertà religiosa, moralità pubblica e benessere degli animali: una recente pronuncia della Corte EDU

Micaela Lottini

Abstract 7
1. Premessa 9
2. La causa in oggetto: Executief van de moslims van België et autres c. Belgique, 13 febbraio 2024 9
3. La precedente sentenza della Corte di giustizia *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e altri* 12
4. Conclusioni 13

Il dibattito settecentesco sulla giustizia criminale. Appunti di storia giuridica europea

Domenico Crocco

Abstract 19
1. Introduzione 21
2. Oltre l'oscurità della tirannia. L'Illuminismo e la trasformazione del diritto e della società 23
2.1. Lumi sul diritto. La proposta di un nuovo ordine giuridico e la sfida alla giustizia criminale di Antico Regime 27
3. La bestia e la bilancia. Montesquieu e l'architettura della giustizia tra equilibrio del potere e armonia delle leggi 29
4. Dalla penna alla libertà. Voltaire e la lotta contro l'arbitrio e l'intolleranza 36
5. Il diritto che si fece libertà. Rousseau e la forza della volontà generale 39
5.1. La pena di morte fra necessità dello Stato e fragilità del governo. Il diritto di punire e il dilemma della grazia nel *Contratto sociale* di Rousseau 42
6. Oltre la crudeltà e verso la razionalità della pena: il nuovo volto della giustizia criminale. Beccaria, Voltaire e Bentham contro la tortura e la pena di morte 44
7. Dalla teoria alla pratica. L'abolizione della pena di morte nel Granducato di Toscana 52
8. La giustizia come imperativo morale. La difesa kantiana della pena di morte 54
9. Fra Locke e Hobbes. Gaetano Filangieri e la legge penale come custode della civiltà 57
9.1. Il patto infranto e la legge ritrovata. La dottrina penale di Filangieri 61
9.2. Il difficile equilibrio fra giustizia e tirannia nell'Antico Regime. Filangieri e la legittimità della pena di morte 63
9.3. La giustizia equa e proporzionata. Filangieri e la misura della pena 66
10. Considerazioni conclusive 70

***Gender equality* nelle professioni: la normazione e le strategie europee per attuarla**

Fabiana Falato

Abstract 77
1. Premesse 79
2. La centralità del diritto dell'Unione europea 80
3. La prospettiva de iure condito 81

4. … e quella *e iure condendo*. Conclusioni 84

Valore pubblico e principio dell'inversione procedimentale: l'implementazione dell'art. 97 della Costituzione nel nuovo Codice dei contratti pubblici
Lilla Laperuta
Abstract 87
1. Il paradigma dell'amministrare per risultati 89
2. L'ancoraggio costituzionale: l'art. 97 Cost. 91
3. La neocodificazione a livello ordinario del principio del risultato 94
4. L'inversione procedimentale quale declinazione del principio del risultato 98
5. L'infondatezza della questione di legittimità costituzionale e la salvaguardia del valore pubblico 101
6. Riflessioni conclusive 104

L'intelligenza artificiale nei dispositivi medici: profili regolatori, responsabilità e implicazioni etiche nel diritto sanitario
Davide Maria Pellegrino
1. Inquadramento dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario e quadro normativo 109
2. Profili critici e prospettive regolatorie dell'intelligenza artificiale nei dispositivi medici 111
3. La responsabilità civile: tra art. 2043 c.c. e responsabilità da prodotto difettoso 116
4. Consenso informato e relazione medico-paziente nell'era mHealth . 121
5. Conclusioni 126

Il caso Terra dei Fuochi: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per aver messo in pericolo il diritto alla vita dei cittadini campani
Gianmarco Airaghi
Abstract 129
1. Il caso della Terra dei Fuochi: inquadramento di un problema trentennale 131
2. Il caso della Terra dei Fuochi alla luce della precedente giurisprudenza eurounitaria e della Corte EDU 133
3. L'inosservanza del principio di precauzione e la responsabilità dello Stato italiano 139
4. La "sentenza pilota" e le prime (contro)misure adottate dallo Stato italiano. Conclusioni 148

L'abuso d'ufficio: dai tentativi di riforma alla pronuncia della Corte costituzionale. Parabola di una norma senza pace
Giuseppe Tuccillo
Abstract 155
1. Introduzione: i reati corruttivi in Italia 157
2. Un reato particolarmente discusso: l'abuso d'ufficio, art. 323 c.p 158
3. L'abrogazione dell'abuso d'ufficio 161
3.1 Le ragioni della riforma 163

4. Una vecchia conoscenza…l'articolo 314-*bis* c.p. 166
4.1 Il confine tra peculato ed abuso d'ufficio: tra dottrina ed un caso giurisprudenziale celebre 167
5. Il rapporto tra nuovo art.314-*bis* e l'abrogato art. 323 c.p. 170
6. Le conseguenze della riforma: un vuoto di tutela 171
7. Le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale e la decisione della Consulta. 172

Il futuro del *greenwashing*: uno sguardo alla normativa europea e nazionale
Davide Cesiano
Abstract 179
1. Il fenomeno del *greenwashing*: origini e definizione 181
2. Il *greenwashing* e la nuova Direttiva europea n. 825 del 28 febbraio 2024: il punto di approdo di una interpretazione evolutiva delle norme sulle pratiche commerciali scorrette 183
3. L'attuale disciplina del *greenwashing* in Italia e gli scenari futuri 188
4. L'intervento della giurisprudenza nel contrasto alla diffusione delle pratiche di *greenwashing*: gli orientamenti più recenti 191
5. Considerazioni conclusive 199

I procedimenti alternativi: un istituto in evoluzione, finalità e metodologia di realizzazione con particolare riferimento alla mediazione civile e commerciale
Giovanni Carini
Abstract 203
1. Premessa 205
2. Il recepimento della mediazione nell'ordinamento italiano 211
3. La fase preliminare (c.d. "prefase") nel sistema previgente alla Riforma Cartabia 214
4. I soggetti del procedimento di mediazione: a) il mediatore – b) le parti – c) l'avvocato – d) il giudice. 219

La configurabilità di un ente non lucrativo transnazionale: limiti normativi e prospettive *de iure condendo*
Luca Troianello
Abstract 237
Introduzione 239
2. Prima Opzione: Organizzazione della Società Civile (OSC) 242
3. Seconda Opzione: Fusione Transfrontaliera 247
4. Terza Opzione: Trust di scopo 251
5. Quarta Opzione: Società Europea (SE) 258
6. Sesta opzione: Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE) 273
7. Conclusioni: prospettive *de iure condend*o nell'alveo dell'Unione Europea 280

Libertà religiosa, moralità pubblica e benessere degli animali: una recente pronuncia della Corte EDU

Micaela Lottini
(Professore associato, Diritto amministrativo, Università Roma Tre)

Abstract

Nel febbraio 2024, la CEDU è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità, alla luce degli articoli 9 (diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione) e 14 (divieto di discriminazione), di una normativa regionale belga che prevede il previo stordimento reversibile degli animali nell'ambito della cosiddetta 'macellazione rituale' imposta da alcune credenze religiose. La Corte si pronuncia sulla legittimità della normativa in questione, proponendo un'interpretazione estensiva del concetto di 'moralità pubblica' come possibile limite alla libertà religiosa, ai sensi dell'art. 9 comma 2 della Convenzione, interpretazione che si amplia fino a comprendere anche la tutela degli animali.

In February 2024, the ECHR was called upon to rule on the legitimacy, in light of articles 9 (right to freedom of thought, conscience and religion) and 14 (prohibition of discrimination), of a Belgian regional regulation which provides for prior reversible stunning of animals within the so-called 'ritual slaughter' imposed by some religious beliefs. The Court concludes for the legitimacy of the legislation in question, proposing an extensive interpretation of the concept of 'public morality' as a possible limit to religious freedom, pursuant to art. 9 paragraph 2 of the Convention, an interpretation which is expanded to also include the protection of animals.

Sommario: **1.** Premessa **2.** La causa in oggetto: Executief van de moslims van België et autres c. Belgique, 13 febbraio 2024 **3.** La precedente sentenza della Corte di giustizia Centraal Israëlitisch Consistorie van België e altri **4.** Conclusioni.

1. Premessa

Nel febbraio 2024[1], la Corte EDU è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità, alla luce degli articoli 9 (diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione, di una normativa belga che prevede il 'previo stordimento reversibile' degli animali nell'ambito della c.d. 'macellazione rituale' imposta da alcuni credo religiosi.
La Corte conclude per la legittimità della normativa in oggetto, proponendo un'interpretazione estensiva del concetto di 'moralità pubblica' come possibile limite alla libertà religiosa, *ex* art. 9, par. 2 della Convenzione, interpretazione che viene ampliata a ricomprendere anche la tutela degli animali.
Nel presente lavoro, verrà *in primis* analizzata la pronuncia considerata, per poi richiamare una precedente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla stessa normativa nazionale e proporre alcune riflessioni finali.

2. La causa in oggetto: Executief van de moslims van België et autres c. Belgique, 13 febbraio 2024

Le parti ricorrenti, ossia cittadini belgi e organizzazioni non governative, rappresentanti di comunità musulmane e ebraiche, hanno presentato ricorso alla CEDU, lamentando una violazione della loro libertà di religione, poiché la normativa belga che impone il previo stordimento reversibile degli animali nell'ambito della c.d. 'macellazione rituale' (in linea con la rilevante disciplina europea in materia che, a tutela del benessere animale, prevede lo stordimento prima dell'abbattimento)[2], comporterebbe di fatto un divieto alla macellazione di animali secondo i loro precetti religiosi e renderebbe difficile, se non impossibile, ottenere carni da animali macellati secondo questi precetti; inoltre, siffatta imposizione comporterebbe una discriminazione rispetto ad altri gruppi sociali, come i cacciatori, i

---

[1] Corte EDU, 13 febbraio 2024, *Executief van de moslims van België et autres c. Belgique*, 16760/22, ECLI: CE:ECHR:2024:0213JUD001676022.

[2] Regolamento (CE) n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, *relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento*, GUE L 303 del 18.11.2009.

pescatori, non soggetti all'obbligo di previo stordimento reversibile nell'esercizio delle loro attività.
La Corte riconosce, in linea con quanto sostenuto dalle parti ricorrenti, che il divieto di macellazione senza previo stordimento reversibile costituisce un'ingerenza nella libertà di religione. Ad ogni modo, ritiene che siffatta ingerenza possa essere giustificata dal perseguimento di un obiettivo legittimo *ex* art. 9, par. 2 della Convenzione, in base al quale: «la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui».
Secondo i giudici, la normativa impugnata persegue, in effetti, un obiettivo di interesse generale, ossia quello di eliminare ogni sofferenza evitabile agli animali, obiettivo che viene collegato alla tutela della 'moralità pubblica'; il concetto di 'morale pubblica', menzionato nell'articolo 9, par. 2 della CEDU (come limite alla libertà religiosa), può includere anche la protezione degli animali, in quanto esseri viventi che meritano tutela.
La Corte rileva come, in più occasioni, la stessa avesse già riconosciuto la protezione degli animali quale questione di interesse generale tutelata dalla della Convenzione. In particolare, nel caso *Friend e altri c. Regno Unito* (n. 16072/06, 24 novembre 2009) che verteva sul divieto di caccia alla volpe, i giudici hanno ritenuto che tale divieto perseguisse in realtà «il legittimo scopo di tutela della morale, nel senso di eliminare la caccia e la macellazione degli animali a fini sportivi secondo modalità che il legislatore aveva giudicato moralmente ed eticamente sbagliate».
La Corte specifica, quindi, con riguardo al caso in oggetto, che la tutela della morale pubblica, alla quale fa riferimento l'articolo 9, par. 2 non può essere intesa come finalizzata esclusivamente alla tutela della dignità umana nei rapporti tra le persone, poiché la Convenzione non ignora l'ambiente in cui vivono le persone che intende proteggere e in particolare gli animali. Pertanto, la Convenzione non può essere interpretata nel senso di promuovere la soddisfazione assoluta dei diritti e delle libertà da essa sanciti senza tener conto della sofferenza degli animali.
Inoltre, la Corte sottolinea come la nozione di 'moralità' sia in evoluzione e ricorda, a questo proposito, come la Convenzione sia uno strumento vivo, da interpretare alla luce delle condizioni di vita at-

tuali e delle concezioni oggi prevalenti negli Stati democratici, non solo con riguardo ai diritti e alle libertà riconosciuti agli individui, ma anche alle ragioni che ne giustificano le restrizioni.
In questo senso, la Corte evidenzia che, secondo la Corte costituzionale belga, la promozione della protezione e del benessere degli animali in quanto esseri senzienti può essere considerata un valore morale condiviso, come peraltro dimostrato dall'adozione dalla normativa impugnata ad opera di un'ampia maggioranza di parlamentari. Peraltro, altri Stati parti della Convenzione hanno adottato normative analoghe, confermando così la crescente importanza del benessere degli animali in Europa.
Sicché, la Corte conclude (in linea con la Corte di giustizia) nel senso che la tutela del benessere degli animali costituisce un dovere etico, valore al quale le società democratiche contemporanee attribuiscono crescente importanza e che dovrebbe essere preso in considerazione nel valutare le restrizioni imposte alla manifestazione esterna delle credenze religiose.
Essa ritiene, quindi, che la tutela del benessere degli animali possa essere collegata alla nozione di 'moralità pubblica', che costituisce uno scopo legittimo ai sensi del par. 2 dell'articolo 9 della Convenzione; inoltre, considera che le misure poste in essere siano necessarie e proporzionate all'obiettivo perseguito.
Da ultimo, la Corte fa una importante precisazione, chiarisce, infatti, che «non è necessario verificare se, come ha statuito la Corte costituzionale belga, si possa affermare che la misura impugnata miri anche alla tutela dei diritti e delle libertà delle persone che tengono conto del benessere degli animali nella loro concezione della vita. (…)». Infatti, basta verificare che l'ingerenza con riguardo alla libertà di religione sia «'necessaria in una società democratica', ossia risponda a un 'bisogno sociale urgente' e, in particolare, sia proporzionata allo scopo legittimo perseguito e le ragioni addotte dalle autorità nazionali per giustificarla appaiano 'pertinenti e sufficienti'».
La Corte conclude che, con l'adozione della normativa impugnata, le autorità nazionali non hanno ecceduto il margine di discrezionalità di cui disponevano. Hanno adottato una misura giustificata in linea di principio e che può essere considerata proporzionata allo scopo perseguito, vale a dire la tutela del benessere degli animali come elemento di 'moralità pubblica'.
Ancora.
Secondo le parti ricorrenti, le misure impugnate costituiscono an-

che una violazione del principio di non-discriminazione (ex art. 14 CEDU), perché la normativa in questione non contempla le attività di caccia e pesca che, dal punto di vista del benessere degli animali, evidentemente pongono le stesse problematiche della macellazione rituale. I ricorrenti lamentano di essere trattati diversamente dai cacciatori e dai pescatori senza alcuna giustificazione oggettiva, dato che questi non hanno l'obbligo di stordire preventivamente gli animali durante la loro attività.
La Corte rileva, innanzitutto, come non spetti ad essa pronunciarsi sulla compatibilità della caccia e della pesca con il benessere degli animali.
Inoltre, supponendo che la differenza di trattamento lamentata si fondi su un motivo di discriminazione vietato dall'articolo 14 della Convenzione (che vieta di trattare in modo diverso, salvo giustificazione oggettiva e ragionevole, persone che si trovano in situazioni analoghe), i ricorrenti non hanno dimostrato di trovarsi in una situazione analoga o paragonabile a quella dei cacciatori e dei pescatori. Questo perché, le condizioni di uccisione sono significativamente diverse; la macellazione rituale, infatti, è effettuata su animali d'allevamento e avviene in un contesto distinto da quello degli animali selvatici macellati nell'ambito della caccia e della pesca ricreativa. Anche nel caso della pesca del pesce d'allevamento questa avviene in un ambiente acquatico fondamentalmente diverso da quello dei macelli.
Alla luce di quanto sopra, conclude che la normativa impugnata non risulta in contrasto con l'articolo 14 della Convenzione.

3. La precedente sentenza della Corte di giustizia *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e altri*

Il tema dei limiti alla macellazione rituale nel rapporto con le norme e principi del diritto UE riguardanti la tutela del benessere degli animali è già stato oggetto di alcune pronunce[3] della Corte di giustizia che, in linea con la sua giurisprudenza relativa al complesso delle normative a garanzia del benessere degli animali, seppure in modo indiretto (e non senza eccezioni) cerca di fornirne un'interpretazione che consenta la più ampia tutela possibile degli 'esseri senzienti'

[3] Sentenza del 29 maggio 2018, C-426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen, VZW e altri*, EU:C:2018:335. Sentenza del 26 febbraio 2019, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, C-497/17, EU:C:2019:137

non umani.
La Corte, in realtà, si è espressa proprio sulla normativa belga in oggetto ritenendola legittima, con la sentenza del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België* **e altri**[4]. Questo partendo dal rapporto intercorrente tra la normativa europea che promuove il benessere degli animali, ed in particolare le disposizioni del Regolamento (CE) n. 1099/2009[5] (volto a tutelare gli animali al momento dell'abbattimento), secondo cui gli animali devono essere storditi prima di essere macellati (regola dello stordimento preventivo) e la normativa nazionale (belga) che appunto impone, nell'ambito della macellazione rituale, «un processo di stordimento reversibile e inidoneo a comportare la morte dell'animale».
La macellazione rituale[6] o gli altri metodi particolari di macellazione prescritti da riti religiosi sono stati riconosciuti dalla legislazione UE e dalla giurisprudenza[7] come corollario della libertà religiosa e, di conseguenza, sono accettati e protetti.
In questo senso, proprio il Regolamento 1099/2009 consente la macellazione rituale, in via eccezionale, all'articolo 4, paragrafo 4, secondo cui, le disposizioni che impongono il previo stordimento: «non si applicano agli animali sottoposti a particolari metodi di macellazione prescritti da riti religiosi», a condizione che la macellazione abbia luogo in un macello autorizzato.
La Corte nello specifico è stata chiamata a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sull'interpretazione dell'articolo 26, paragrafo 2, primo comma, lettera c), del Regolamento 1099/2009, in base al quale articolo gli Stati membri possono adottare disposizioni nazionali volte a garantire una maggiore protezione degli animali rispetto a quelle previste nel Regolamento stesso, anche nel caso si faccia riferimento a particolari metodi di macellazione prescritti da riti religiosi.
L'articolo 26, in combinato disposto con i considerando nn. 18 e 57, autorizza gli Stati membri, al fine di promuovere il benessere degli animali, a comprimere l'applicazione della deroga ex art. 4, senza tuttavia precisare i limiti che gli stessi devono osservare.

---

[4] Sentenza del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België* **e altri**, C336/19, EU:C:2020:1031.

[5] Regolamento (CE) n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, *relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento*, GUE L 303 del 18.11.2009.

[6] Definita dal Regolamento 1099/2009 come: «una serie di atti correlati alla macellazione di animali prescritti da una religione». Art. 2, g).

[7] Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, C-426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen, VZW e altri*, EU:C:2017:926, par. 1.

La Corte è stata, quindi, è chiamata a decidere se l'articolo 26, paragrafo 2, primo comma, lettera c), del Regolamento 1099/2009 possa essere interpretato nel senso che esso consente agli Stati membri di adottare disposizioni nazionali che impongono, nell'ambito della macellazione rituale, un procedimento di stordimento reversibile e inidoneo a comportare la morte dell'animale; inoltre, ove la risposta a questo quesito fosse positiva, se ciò sia compatibile con la libertà di religione Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
I giudici ricordano, *in primis*, che il Regolamento 1099/2009 detta norme comuni per la protezione del benessere degli animali durante la macellazione e si basa sull'idea che questa sia una questione di interesse generale; sicché, impone il principio (regola) del previso stordimento dal momento che studi scientifici hanno accertato che questa costituisce la tecnica che meno pregiudica il benessere degli animali[8].
Ad ogni modo, la Corte sottolinea come il legislatore dell'Unione abbia deciso di mantenere la deroga allo stordimento degli animali prima della macellazione per motivi religiosi; lo stesso ha concesso, tuttavia, un certo livello di sussidiarietà a ciascuno Stato membro.
La Corte conclude che il Regolamento 1099/2009 non procede alla necessaria conciliazione tra il benessere degli animali e la libertà religiosa, ma consente che venga effettuata dagli Stati membri. Questa conclusione risulta perfettamente in linea con quella giurisprudenza della Corte secondo cui, in attuazione del principio di sussidiarietà (insieme al principio di proporzionalità), «le misure adottate dall'Unione devono risultare necessarie ad un obiettivo posto dal Trattato e devono lasciare il maggior spazio possibile alle decisioni nazionali, compatibilmente con la preservazione dello scopo»[9].
Sicché, secondo la Corte le disposizioni del Regolamento devono essere interpretate nel senso di legittimare una normativa nazionale come quella oggetto di causa.
Per quanto riguarda, poi, la compatibilità delle misure nazionali adottate sulla base dell'articolo 26, paragrafo 2, con la libertà di religione, la Corte ricorda che l'articolo 10, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede che ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione,

---

[8] In tal senso, sentenza del 26 febbraio 2019, Œuvre *d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, C497/17, EU:C:2019:137, par. 47.
[9] T.M. Moschetta, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, Cacucci, Bari, 2018, 103.

e precisa che tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.
In altre parole, la Carta adotta un'accezione della nozione di 'religione', idonea a ricomprendere sia il *forum internum*, ossia il fatto di avere convinzioni, sia il *forum externum*, ossia la manifestazione in pubblico della fede religiosa; la macellazione rituale rientra nella libertà di manifestare la propria religione, garantita all'articolo 10, paragrafo 1, della Carta.
Il valore[10] della libertà religiosa rimane incomprimibile solo con riguardo alla dimensione interiore, mentre nelle sue manifestazioni esteriori, può o meglio deve essere bilanciata con altri valori.
È evidente che l'imporre l'obbligo di previo stordimento dell'animale durante la macellazione rituale, disponendo nel contempo che tale stordimento sia reversibile e non provochi la morte dell'animale, incide su alcuni precetti religiosi ebraici e islamici, e quindi comporta una limitazione all'esercizio del diritto alla libertà religiosa, nel senso sopradescritto (*forum externum*).
Con riguardo alla legittimità di questo limite, la Corte ricorda ancora che l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta impone di tenere conto dei diritti corrispondenti della CEDU[11] ai fini dell'interpretazione della Carta, quale soglia di protezione minima[12].
Quindi, ai fini dell'interpretazione dell'articolo 10, paragrafo 1, della Carta, è necessario tener conto dell'articolo 9 della CEDU che come abbiamo evidenziato, prevede dei limiti al paragrafo 2
Nello stesso senso, all'articolo 52, paragrafo 1, primo alinea, della Carta, dispone che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta medesima debbano essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Il secondo alinea di tale disposizione enuncia che, nel rispetto del principio di proporzionalità, «a tali diritti e libertà possono essere

[10] In argomento, cfr., D. Durisotto, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza*, in *federalismi.it*, focus human rights, 1° maggio 2019.

[11] Senza pregiudicare l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea.

[12] Cfr., *inter alia*, la sentenza del 21 maggio 2019, *Commissione c. Ungheria (Usufrutti sui terreni agricoli),* C-235/17, EU:C:2019:432, par. 72; sentenza del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C- 520/18, EU:C:2020:791, par. 124.

apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».
Secondo la Corte, quindi, è in questo contesto che occorre esaminare la normativa nazionale in oggetto, e quindi se, la limitazione all'esercizio del diritto alla libertà di manifestare la propria religione in essa contenuta soddisfi le condizioni previste all'articolo 52, paragrafi 1 e 3 della Carta, in linea con l'articolo 9, paragrafo 2, della CEDU.
È evidente nel caso di specie che la limitazione avvenga tramite legge.
Inoltre, secondo la Corte, non viene violato il contenuto essenziale dell'art.10, in quanto, l'ingerenza risultante dalla normativa in oggetto è limitata a un aspetto dell'atto rituale specifico costituito da tale macellazione, non essendo per contro quest'ultima vietata in quanto tale. Ad ogni modo, per quanto riguarda la questione di stabilire se la limitazione del diritto garantito all'articolo 10 della Carta risultante dalla normativa nazionale risponda a un obiettivo di interesse generale, la Corte rileva che il legislatore fiammingo ha inteso promuovere il benessere degli animali. L'obiettivo della legge, come emerge dai lavori preparatori, è di «vietare qualsiasi sofferenza animale evitabile»; infatti, «la macellazione senza stordimento degli animali è incompatibile con tale principio»; inoltre, «sebbene altre misure, meno drastiche rispetto al divieto della macellazione senza previo stordimento, potrebbero limitare in qualche misura l'incidenza negativa di tale metodo di macellazione sul benessere degli animali, simili misure non possono impedire che tale benessere sia pregiudicato in modo molto grave»[13].
La Corte ricorda che per costante giurisprudenza[14], nonché sulla base dell'articolo 13 TFUE, è stato chiarito che la protezione del benessere degli animali costituisce un obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione.
Per quanto riguarda, invece, il rispetto del principio di proporzionalità, questo richiede che i limiti che la legge regionale apporta alla

[13] Par. 13.
[14] Sentenze del 17 gennaio 2008, *Viamex Agrar Handel e ZVK*, cause riunite C-37/06 e C-58/06, EU:C:2008:18, par. 22; del 19 giugno 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers e Andibel*, C-219/07, EU:C:2008:353, par. 27; del 10 settembre 2009, *Commissione c. Belgio*, C-100/08, EU:C:2009:537, par. 91, nonché, del 23 aprile 2015, *Zuchtvieh-Export*, C-424/13, EU:C:2015:259, par. 35.

libertà di manifestare la propria religione non superino i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti da tale normativa, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti da essa causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti[15].
Qualora più diritti fondamentali e principi sanciti dai Trattati siano in discussione, come, nel caso in oggetto, il diritto garantito all'articolo 10 della Carta e il benessere degli animali sancito all'articolo 13 TFUE, la valutazione del rispetto del principio di proporzionalità deve essere effettuata attraverso la necessaria conciliazione tra i requisiti connessi alla tutela dei diversi diritti e principi in questione e un giusto equilibrio tra di essi[16].
La Corte constata che una normativa nazionale che impone l'obbligo di stordimento previo durante la macellazione rituale, disponendo nel contempo che tale stordimento sia reversibile e che non provochi la morte dell'animale, è 'idonea' a realizzare l'obiettivo della promozione del benessere degli animali.
Con riguardo al requisito della necessarietà, la Corte inizia dal sottolineare come, dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, risulti che, quando sono in gioco questioni di politica generale, quali la determinazione dei rapporti tra lo Stato e le religioni, sulle quali in uno Stato democratico possono ragionevolmente sussistere profonde divergenze, occorre attribuire particolare importanza al ruolo dell'organo decisionale nazionale. In linea di principio, occorre riconoscere allo Stato, nell'ambito di applicazione dell'articolo 9 della CEDU, un ampio margine di discrezionalità, per decidere se, ed in quali limiti, una restrizione al diritto di manifestare la propria religione o le proprie convinzioni sia 'necessaria'.
Il margine di discrezionalità così riconosciuto agli Stati membri in mancanza di consenso a livello dell'Unione deve tuttavia andare di pari passo con un controllo europeo consistente, nello specifico nel verificare se le misure adottate a livello nazionale siano giustificate in linea di principio e se siano proporzionate[17].

---

[15] In tal senso, sentenze del 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197, punto 46, nonché del 30 aprile 2019, *Italia c. Consiglio (Quota di pesca del pesce spada del Mediterraneo)*, C-611/17, EU:C:2019:332, par. 55.
[16] Sentenza del 19 dicembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe*, C-752/18, EU:C:2019:1114, par. 50.
[17] Corte EDU, 1 luglio 2014, *S.A.S. c. Francia*, CE:ECHR:2014:0701JUD004383511,

Proprio la mancanza di una posizione comune tra gli Stati membri riguardo alla macellazione rituale ha ispirato l'adozione degli articoli 4 e 26 del Regolamento n. 1099/2009, ossia il mantenimento della deroga al requisito dello stordimento degli animali prima della macellazione, lasciando tuttavia un certo grado di sussidiarietà a ciascuno Stato membro.
I cittadini europei si aspettano che durante la macellazione siano rispettate norme minime in materia di benessere degli animali e, per certi aspetti, l'atteggiamento nei confronti degli animali dipende anche dalla percezione nazionale e, in alcuni Stati membri, vi è una domanda affinché siano mantenute o adottate norme in materia di benessere degli animali più ampie di quelle approvate a livello dell'Unione (considerando n. 57 del Regolamento 1099/2009).
Così, nell'interesse degli animali e purché ciò non incida sul funzionamento del mercato interno, è opportuno consentire una certa flessibilità agli Stati membri affinché mantengano o, in alcuni settori specifici, adottino disposizioni nazionali più ampie.
Pertanto, proprio data l'esistenza di percezioni nazionali diverse nei confronti degli animali, nonché data la necessità di lasciare una certa flessibilità o ancora un certo grado di sussidiarietà agli Stati membri, il legislatore dell'Unione ha inteso preservare il contesto sociale proprio di ciascuno Stato membro a tale riguardo e riconoscere a ciascuno di essi un ampio margine di discrezionalità nell'ambito della necessaria conciliazione tra l'articolo 13 TFUE e l'articolo 10 della Carta, al fine di garantire un giusto equilibrio tra il benessere degli animali durante il loro abbattimento e il rispetto della libertà di manifestare la propria religione.
Per quanto riguarda, più in particolare, l'ingerenza nella libertà di manifestare la propria religione risultante dalla normativa in oggetto, la Corte rileva che dai pareri scientifici dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), emerge che si è formato un consenso scientifico sul fatto che lo stordimento previo costituisca lo strumento ottimale per ridurre la sofferenza dell'animale durante il suo abbattimento.
Ponendosi in tale prospettiva, il legislatore, come emerge dai lavori preparatori della legge, ha considerato che il gap tra l'eliminazione della sofferenza animale, da un lato, e la macellazione senza previo stordimento, dall'altro, sarebbe sempre molto ampio, anche ove fossero adottate misure meno radicali per ridurre al minimo il pre-

par. 129.

giudizio al benessere degli animali. Quindi, ha potuto considerare, senza eccedere il suo margine di discrezionalità, che le limitazioni che la legge regionale apporta alla libertà di manifestare la propria religione, imponendo uno stordimento previo reversibile e inidoneo a comportare la morte dell'animale, soddisfano il requisito della necessità.

Per quanto riguarda, ancora il carattere proporzionato dell'ingerenza nella libertà di manifestare la propria religione, la Corte si basa su alcuni fattori.

Innanzitutto, sul fatto che il previo stordimento non andrebbe di fatto a determinare una lesione sostanziale dei precetti religiosi, infatti, come riportato nei lavori preparatori della legge, ricerche scientifiche hanno dimostrato l'infondatezza del timore secondo cui lo stordimento pregiudicherebbe negativamente il dissanguamento. Inoltre, da questi stessi lavori risulta che l'elettronarcosi è un metodo di stordimento non letale e reversibile, di modo che, se l'animale viene sgozzato subito dopo essere stato stordito, la sua morte sarà dovuta esclusivamente all'emorragia.

In secondo luogo, la Corte al fine di verificare la proporzionalità del limite alla libertà religiosa, chiarisce che è necessario ricordare che, al pari della CEDU, la Carta è uno strumento vivente da interpretare alla luce delle attuali condizioni di vita e delle concezioni prevalenti ai giorni nostri negli Stati democratici[18]; cosicché, a fini interpretativi occorre tener conto dell'evoluzione dei valori e delle concezioni negli Stati membri, sia sul piano sociale sia su quello normativo.

Il benessere animale, in quanto valore al quale le società democratiche contemporanee attribuiscono un'importanza sempre maggiore può (deve?), alla luce dell'evoluzione della società, essere oggi preso maggiormente in considerazione anche nell'ambito della valutazione relativa alle deroghe alla possibilità di macellazione rituale.

In terzo luogo, la proporzionalità della misura nazionale deriva anche dal fatto, che nel contesto del mercato interno, la stessa non prevede alcun divieto od ostacolo ai prodotti derivanti da animali non storditi provenienti da altri Stati membri.

Sicché, in conclusione, secondo i giudici di Lussemburgo, in un contesto in evoluzione, sia sul piano sociale, sia su quello normativo, caratterizzato, da una crescente sensibilizzazione alla problematica del benessere degli animali, il legislatore nazionale ha potuto adottare,

[18] Cfr., Corte EDU, 7 luglio 2011, *Bayatyan c. Armenia*, CE:ECHR:2011:0707JUD002345903, par. 102.

in esito ad un ampio dibattito, la legge in oggetto, senza oltrepassare il margine di discrezionalità che il diritto dell'Unione conferisce agli Stati membri riguardo alla necessaria conciliazione tra l'articolo 10, paragrafo 1, della Carta e l'articolo 13 TFUE.
Conclude la Corte che le misure contenute nella legge regionale consentono di garantire un giusto equilibrio tra l'importanza connessa al benessere degli animali e la libertà di manifestare la propria religione dei credenti ebraici e musulmani e che tali misure sono, di conseguenza, proporzionate.
Quindi, le norme del Regolamento lette alla luce dell'articolo 13 TFUE e dell'articolo 10, paragrafo 1, della Carta, devono essere interpretate nel senso che non ostano alla normativa di uno Stato membro che impone, nell'ambito della macellazione rituale, un processo di stordimento reversibile e inidoneo a comportare la morte dell'animale.
È di particolare interesse il fatto che, come ultima questione, il giudice belga di rinvio, chiami la Corte a pronunciarsi con riguardo alla compatibilità dell'articolo 26, paragrafo 2, primo comma, lettera c), del Regolamento 1099/2009 con i principi di uguaglianza, di non discriminazione[19] e di diversità culturale, religiosa e linguistica.
Se, infatti, tale disposizione viene interpretata nel senso di autorizzare gli Stati membri ad adottare misure quali lo stordimento momentaneo obbligatorio per l'abbattimento degli animali, nell'ambito della macellazione rituale, non sarebbero previste dal Regolamento disposizioni analoghe per l'abbattimento degli animali nell'ambito delle attività venatorie e di pesca o durante eventi culturali o sportivi (che ne prevedono l'abbattimento). Sicché, la macellazione rituale sembrerebbe oggetto di un trattamento discriminatorio.
La Corte conclude per la legittimità del suddetto articolo; dato che il Regolamento non si occupa di caccia, pesca o eventi sportivi e culturali, i quali peraltro, non sono assimilabili ad una macellazione rituale.

4. Conclusioni

La pronuncia della CEDU sulle macellazioni rituali testimonia la sempre maggiore attenzione del giudice nazionale ed europeo al be-

[19] T. M. Moschetta, *La tutela del benessere degli animali: principio di non discriminazione e bilanciamento tra valori*, in E. Battelli, M. Lottini, G. Spoto, E.M. Incutti (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, Roma Tre Press, 2022, 39.

nessere degli animali, che viene individuato come principio avente rilevanza giuridica e meritevole di tutela, nell'ambito di un contesto di significative novità normative intervenute a livello europeo e nazionale (anche di ordine costituzionale)[20], nonché di un evidente mutato sentire collettivo.

La tutela dell'animale quale essere senziente è ormai acquisita a livello giurisprudenziale come valore[21] fondante del nostro sistema costituzionale (nazionale ed europeo)[22] che va necessariamente bilanciato con gli interessi umani confliggenti[23].

La Corte EDU specifica che il benessere degli animali non è tutelato *ex se* dalla Convenzione, come invece la libertà religiosa; viene, invece, collegato al concetto di 'moralità pubblica' indicata dall'art. 9 paragrafo 2 come possibile limite a siffatta libertà[24].

Secondo la Corte, ed in linea con la giurisprudenza nazionale ed europea, la tutela del benessere degli animali costituisce un dovere

---

[20] Particolarmente rilevante, in questo senso, è la nota riforma dell'art. 9 della nostra Costituzione che, non solo prevede l'obbligo da parte del legislatore nazionale di attivarsi per tutelare il benessere degli animali, ma indica la tutela degli animali quale compito della Repubblica. Sul tema cfr., F. Rescigno, *Animali e Costituzione: prodromi della soggettività giuridica?*, in D. Buzzelli (a cura di), *Animali e diritto. Modi e forme di tutela*, Pacini, Pisa, 2023, 13; C. De Angelis, *Il letto di Procuste. Note a margine sul diritto degli animali in Costituzione*, *Ibid.*, p. 35; C. Cupelli, *La salvaguardia degli animali in Costituzione: le ricadute sul sistema penale della legge costituzionale n. 1 del* 2022, *Ibid.*, 61.

[21] Come viene chiarito dall' Avvocato Generale M. Bobek «nel diritto dell'Unione, sia a livello di diritto primario che di diritto derivato, è presente una manifesta dichiarazione di valore da parte dell'Unione, che può essere intesa nel senso che fornisce un orientamento interpretativo. Tuttavia, come avviene per altri valori, il benessere degli animali non è assoluto (…), ma deve essere ponderato con altri obiettivi (….)» Conclusioni relative alla causa *European federation for cosmetic ingredients*, C-592/14, presentate il 17 marzo 2016, EU:C:2016:179, par. 21.

[22] Con l'art. 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, introdotto con la modifica di Lisbona (2010), si impone ad Unione e Stati membri di considerare le esigenze degli esseri senzienti animali, nella duplice attività di formulazione ed attuazione delle politiche di integrazione.

[23] La Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sul valore dell'art. 13 nell'ambito dell'ordinamento europeo, da una parte, ha qualificato la tutela del benessere animale come un 'obiettivo legittimo di interesse generale' (sia dell'Unione che degli Stati membri), dall'altra, ha utilizzato il disposto dello stesso articolo come base giuridica per giustificare delle interpretazioni della normativa europea volte al favorire la protezione degli animali nel bilanciamento con altri interessi. *Inter alia*, sentenza 3 dicembre 2015, C-301/14, *Pfotenhilfe Ungarn*, EU:C:2015:793.

[24] R. Benigni, *La macellazione rituale nel diritto dell'UE. Vecchi e nuove ragioni di una deroga in favore della libertà religiosa* in E. Battelli, M. Lottini, G. Spoto, E.M. Incutti (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, Roma Tre Press, 2022, 131.

etico ed un valore[25] al quale le società democratiche contemporanee attribuiscono crescente importanza[26] e che dovrebbe essere preso in considerazione nel valutare le restrizioni imposte alla manifestazione esterna delle credenze religiose.
La Corte, oltre a proporre un'interpretazione estensiva del concetto di moralità pubblica, fa poi un importante passo in avanti, poiché specifica come non sia «necessario verificare se si possa affermare che la misura impugnata miri anche alla tutela dei diritti e delle libertà delle persone che tengono conto del benessere degli animali nella loro concezione della vita».
In altre parole, la tutela degli animali quale elemento della moralità pubblica è svincolata dalla sensibilità individuale, ma viene ancorata ad un insieme di valori che caratterizzano ciascuno Stato democratico. Sicché, è impensabile che nell'ambito di uno Stato moderno non si consideri contrario alla moralità pubblica infliggere inutili sofferenze agli animali.
La tutela dell'animale non deve essere garantita perché lede la sensibilità umana, ma perché non farlo rappresenta un disvalore *ex se*.
Questa posizione esplicitamente affermata si pone, per esempio, in contrasto con l'impostazione di alcuni articoli del Codice Penale italiano dove, invece, ancora, vengono ad essere sanzionati i delitti contro il 'sentimento per gli animali' (Titolo IX-bis)[27], oggetto ad oggi di una proposta di riforma[28] che, *inter alia*, va nel senso di riconoscere autonoma tutela agli animali prescindendo quindi dal 'sentimento' umano nei loro confronti.
Ancora.

---

[25] La riforma dell'art. 9 Cost. ha indicato la tutela degli animali quale compito della Repubblica; in argomento, cfr. M.S. D'Alessandro, *La tutela degli animali nel dibattito parlamentare sulle proposte di modifica della Costituzione nella XVIII legislatura*, in E. Battelli, M. Lottini, G. Spoto, E.M. Incutti (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, Roma Tre Press, 2022,. 83.
D. Cerini e E. Lamarque, *La tutela degli animali nel nuovo articolo 9 della Costituzione*, in *federalismi.it*, 24, 2023, 32, 64.

[26] F. Rescigno, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Giappichelli, Torino, 2005, *passim*; C.M. Mazzoni, *La questione dei diritti degli animali*, in S. Castoglione – L. Lombardi Vallauri (a cura di), *La questione animale*, in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, 281.

[27] A. Massaro, *I reati "contro gli animali" tra aspirazioni zoocentriche e ineliminabili residui antropocentrici*, in *Cultura e Diritti*, 2018, 79.

[28] Ddl. n.1308, *Modifica al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni per l'integrazione e l'armonizzazione della disciplina in materia di reati contro gli animali,* XIX Legislatura.

Le parti ricorrenti lamentano un trattamento discriminatorio, dato che attività come la caccia o la pesca non sono sottoposte allo stesso obbligo di previo stordimento.
La Corte conclude, in linea con la citata pronuncia della Corte di giustizia, che le attività di caccia, pesca o simili non sono assimilabili ad una macellazione rituale; conseguentemente, non ritiene violato alcun principio.
Ragionando a contrario, però, i ricorrenti mettono a fuoco un problema giuridico/filosofico dalla enorme portata[29].
Se gli animali incontrano sofferenze e patimenti mentre sono abbattuti negli allevamenti, non incontrano le stesse sofferenze se abbattuti durante eventi culturali, sportivi, caccia o pesca? Perché nel primo caso sono oggetto di tutela e non lo sono nel secondo caso? Può la sofferenza essere disciplinata diversamente a seconda delle esigenze umane? Esistono, quindi, diversi tipi di animali alcuni dei quali degni di tutela ed altri no?
Su questo la Corte non si pronuncia, come nel 2020 non si era pronunciata la Corte di giustizia, lasciando la questione alla politica.
Ad ogni modo, i summenzionati quesiti filosofici portano inevitabilmente ad altrettanti quesiti giuridici.
Per esempio. Può considerarsi compatibile con il nuovo impianto costituzionale europeo e nazionale, che qualifica gli animali come esseri senzienti e oggetto di tutela (doverosa), consentire l'utilizzo degli animali in manifestazioni sportive o consentire la caccia (o la pesca) a scopo ricreativo? Nella misura in cui la giurisprudenza nazionale ed europea è ormai unanime nel ritenere che gli interessi degli animali devono essere bilanciati con quelli umani attraverso il principio di proporzionalità, non può considerarsi in questa chiave illegittimo consentire l'uccisione di una animale per motivi puramente ludici?
Queste riflessioni diventano ancora più cogenti oggi alla luce della sentenza della Corte EDU, che ci ricorda come la tutela degli animali si entrata ormai di diritto nel patrimonio valoriale che caratterizza gli Stati moderni, tanto da essere inclusa nel concetto di 'morale pubblica' che può rappresentare finanche un limite alla libertà religiosa.

---

[29] In argomento, cfr.,T. Formichelli, *I diritti degli animali: uguaglianza intraspecifica ed uguaglianza interspecifica*, in E. BATTELLI, M. LOTTINI, G. SPOTO, E.M. INCUTTI (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, Roma Tre Press, 2022, 183.

Il dibattito settecentesco sulla giustizia criminale. Appunti di storia giuridica europea

Domenico Crocco
(Professore di ricerca t.d. di Storia del diritto europeo e comparato presso IERDISAF – Istituto europeo di ricerca e studio comparato del diritto e delle scienze amministrative e finanziarie)

Abstract

Il saggio esplora le trasformazioni giuridiche e sociali del Settecento europeo, evidenziando l'impatto dell'Illuminismo sul diritto. Il dibattito settecentesco sulla giustizia, in particolare sulle pratiche di giustizia criminale e sulla pena di morte, rappresenta infatti una delle più significative vicende della storia giuridica europea nell'Età moderna. Il contributo discute le sfide etiche e politiche legate al diritto di punire attraverso un'analisi critico-ricostruttiva delle opere di pensatori come Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Beccaria, Bentham, Kant e Filangieri, delineando un percorso che va dall'oscurità della tirannia verso una nuova concezione della giustizia, caratterizzata da razionalità e umanità. Beccaria e Bentham pongono le basi per un sistema penale più giusto e proporzionato, contribuendo con le loro teoriche alla prima abolizione della pena capitale nel Granducato di Toscana. In particolare, viene esaminato il ruolo cruciale della teorica di Filangieri nel mantenere il difficile equilibrio tra necessità dello Stato e tutela dei diritti individuali, riprendendo il tema della giustizia come custode della civiltà e proponendo una legge penale che protegga i valori civili. Viene così offerta una ulteriore prospettiva storica sul dibattito giuridico del Settecento, un tema certamente noto ma sempre fondamentale per comprendere le radici moderne del sistema di giustizia penale e dei diritti umani.

The essay explores the legal and social changes in 18th-century Europe, emphasizing the impact of the Enlightenment on law. The debate on justice, particularly criminal justice and the death penalty, was a major event in European legal history. The paper discusses the ethical and political challenges of punishing people, using the works of thinkers like Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Beccaria, Bentham, Kant, and Filangieri. These thinkers outlined a new conception of justice, based on rationality and humanity. Beccaria and Bentham contributed to a more just and proportionate penal system, helping to abolish

capital punishment in Tuscany. Filangieri's theories are examined, focusing on the balance between the state's needs and individual rights. Filangieri's theorizing about justice as a guardian of civilization is also discussed. This offers a new perspective on the eighteenth-century legal debate.

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** Oltre l'oscurità della tirannia. L'Illuminismo e la trasformazione del diritto e della società. **2.1.** Lumi sul diritto. La proposta di un nuovo ordine giuridico e la sfida alla giustizia criminale di Antico Regime. **3.** La bestia e la bilancia. Montesquieu e l'architettura della giustizia tra equilibrio del potere e armonia delle leggi. **4.** Dalla penna alla libertà. Voltaire e la lotta contro l'arbitrio e l'intolleranza. **5.** Il diritto che si fece libertà. Rousseau e la forza della volontà generale. **5.1.** La pena di morte fra necessità dello Stato e fragilità del governo. Il diritto di punire e il dilemma della grazia nel *Contratto sociale* di Rousseau. **6.** Oltre la crudeltà e verso la razionalità della pena: il nuovo volto della giustizia criminale. Beccaria, Voltaire e Bentham contro la tortura e la pena di morte. **7.** Dalla teoria alla pratica. L'abolizione della pena di morte nel Granducato di Toscana. **8.** La giustizia come imperativo morale. La difesa kantiana della pena di morte. **9.** Fra Locke e Hobbes. Gaetano Filangieri e la legge penale come custode della civiltà. **9.1.** Il patto infranto e la legge ritrovata. La dottrina penale di Filangieri. **9.2**. Il difficile equilibrio fra giustizia e tirannia nell'Antico Regime. Filangieri e la legittimità della pena di morte. **9.3.** La giustizia equa e proporzionata. Filangieri e la misura della pena. **10**. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il presente saggio tratta del dibattito settecentesco sulla giustizia, in particolare sulle pratiche di giustizia criminale e sulla pena di morte, mettendo in luce le tensioni tra ragione, potere e moralità che caratterizzarono la trasformazione del diritto in Europa. Il suo fine principale è dunque quello di offrire una riflessione critica su come gli Illuministi avessero influenzato le concezioni moderne della giustizia, analizzando le diverse posizioni dei pensatori dell'epoca.

Può la giustizia esistere senza equilibrio? E quale destino attende una società che affida il proprio ordine alla crudeltà della pena di morte? Queste domande, così attuali, furono al centro di un dibattito acceso nel XVIII secolo, epoca di rivoluzioni intellettuali e di rovesciamenti radicali. Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Beccaria, Filangieri: ognuno di loro lasciò un'impronta indelebile nella lotta per una giustizia più razionale, più umana, più consapevole del ruolo della legge nella costruzione di una società equa.

Montesquieu osservava il potere come una bestia selvaggia: senza limiti, avrebbe divorato la libertà, trasformando lo Stato in una macchina di oppressione. Il suo modello di separazione dei poteri fu quindi concepito come un baluardo contro il dispotismo, un tentativo di evitare che la giustizia fosse solo un'arma nelle mani dei sovrani. Ma bastava questo per garantire l'imparzialità delle sentenze?

Voltaire, con il suo spirito tagliente e polemico, denunciò le aberrazioni del sistema giuridico dell'Antico Regime. Per il filosofo francese la giustizia non poteva essere un atto di mera vendetta né uno strumento di mero esercizio del potere nelle mani di pochi eletti. L'arbitrio e l'intolleranza erano i veri nemici da combattere perché senza libertà e senza equità ogni società era destinata a soccombere

sotto il peso delle proprie ingiustizie.
La visione del diritto di Rousseau era invece intrecciata con quella della volontà generale. Il popolo, fonte ultima della legittimità, doveva dettare le regole, ma se il cittadino tradiva quel patto, lo Stato aveva il diritto di punirlo anche con la morte. La pena di morte, dunque, era un male necessario o un marchio indelebile dell'autoritarismo? Rousseau lasciava aperta la porta al seguente dilemma morale: può la legge ergersi a giudice della vita stessa?
Con Beccaria si assistette ad un vero e proprio colpo di scena. Il giovane giurista milanese non solo smantellò il concetto tradizionale di pena capitale, ma lo fece con un'argomentazione tanto lucida quanto rivoluzionaria: la crudeltà non generava ordine, così come la paura non garantiva giustizia. Il diritto doveva essere razionale, proporzionato, certo. Senza la certezza della pena la giustizia diventava un'ombra mutevole, incapace di offrire stabilità. Eppure, la battaglia abolizionista nei confronti della crudeltà delle pene, in genere, e della pena di morte, in particolare, fu accolta con diffidenza: erano davvero pronti i governi dell'epoca ad abbandonare un mezzo così brutale di controllo sociale?
Filangieri, da Napoli, guardava oltre il Settecento. La sua riflessione sulla pena di morte oscillava tra rigore giuridico e sensibilità politica. Esisteva un punto di equilibrio tra giustizia e tirannia? Poteva la legge essere forte senza diventare oppressiva? Il filosofo napoletano cercò una risposta nell'applicazione concreta del diritto, in un sistema che garantisse sicurezza senza sacrificare i principi di civiltà.
L'abolizione della pena di morte nel Granducato di Toscana fu un segnale di svolta, una dimostrazione che le idee non restavano solo sulla carta, ma potevano trasformarsi in cambiamenti tangibili.
Come è noto, il dibattito non si concluse con il Settecento. Ancora oggi le domande che questi filosofi posero rimangono vive, scottanti, più attuali che mai. La giustizia deve punire o correggere? Deve proteggere o vendicarsi? Il diritto è un meccanismo rigido o un organismo mutevole? La storia ha mostrato che le risposte cambiano con il tempo, ma il cuore del problema resta lo stesso: se possa la giustizia davvero esistere senza umanità.
Viene così offerta una ulteriore prospettiva storica sul dibattito giuridico del Settecento, un tema certamente noto ma sempre fondamentale per comprendere le radici moderne del sistema di giustizia penale e dei diritti umani. D'altronde, la storia del diritto, in quanto memoria degli accadimenti giuspolitici, possiede forti similitudini

con la musica, vivendo anch'essa di interpretazione. Meglio allora concedere più esecuzioni dello stesso spartito, piuttosto che lasciarlo scivolare nell'ombra dell'oblio. Inoltre, l'unicità di ciascuna orchestra e la sensibilità interpretativa di ogni direttore conferiscono alla medesima composizione sfumature distintive e finanche inaspettate: così anche il più esperto degli ascoltatori può cogliere – se vuole – nuove prospettive e accenti inediti, analogamente a un'opera d'arte che si rivela sotto una luce differente.

2. Oltre l'oscurità della tirannia. L'Illuminismo e la trasformazione del diritto e della società

Tra la Seconda Rivoluzione inglese (1688-89) e la Rivoluzione francese (1789) si diffuse in Europa un movimento culturale e filosofico che prese l'appellativo di Illuminismo, in quanto si rifaceva ai lumi della ragione e della scienza, considerati quali formidabili strumenti di lotta contro l'ignoranza e la superstizione e idonei a migliorare le condizioni di vita dell'umanità[1].

Fu un'epoca di scontri silenziosi e battaglie combattute non con spade, ma con idee. Da un lato, l'ombra delle monarchie assolute e delle antiche credenze religiose, che incatenavano la mente degli uomini in dogmi e superstizioni. Dall'altro, l'ardore dei filosofi ribelli, armati di penne e manoscritti, pronti a sfidare il potere con il fuoco della ragione.

Nei salotti di Parigi, Londra, Milano e Napoli filosofi, letterati e aristocratici 'progressisti' si riunivano, discutendo animatamente su idee che avrebbero cambiato il mondo.

Per gli illuministi la società di Antico Regime del XVIII secolo appariva come un barbaro retaggio dell'Età medievale che si fondava sull'ignoranza dei popoli e il pregiudizio e perciò andava sostanzial-

---

[1] Sull'Illuminismo, la letteratura si presenta oltremodo vasta e con accenti variegati. Oltre all'imprescindibile ricostruzione di Franco Venturi [il richiamo è, ovviamente, ai cinque volumi dal titolo *Settecento riformatore*: I, *Da Muratori a Beccaria*; II, *La chiesa e la repubblica dentro i loro limiti (1758-1774)*; III, *La prima crisi dell'Antico Regime (1768-1776)*; IV, *La caduta dell'Antico Regime (1776-1789)*, t. 1, *I grandi Stati dell'Occidente*, e t. 2, *Il patriottismo repubblicano e i grandi imperi dell'Est*, (trad. inglese Princeton 1989-1991); V, *L'Italia dei lumi (1764-1790)*, t. 1, *La rivoluzione di Corsica. Le grandi carestie degli anni Sessanta. La Lombardia delle riforme*, e t. 2, *La Repubblica di Venezia (1761-1797)*, Torino, 1969-1990], *ex multis* v. almeno D. Outram, *L'Illuminismo*, trad. it. a cura di G. Arganese, Bologna, 2014; V. Ferrone, *Il mondo dell'Illuminismo. Storia di una rivoluzione culturale*, Torino, 2019.

mente riformata grazie alle enormi potenzialità della ragione[2].
Nelle accademie e nelle stamperie clandestine, i *pamphlet* critici contro la tirannia circolavano come fiamme alimentate dal vento del cambiamento. Fra tutti, Voltaire e Rousseau, ciascuno con la propria voce, accendevano dibattiti che si estendevano ben oltre i confini delle loro dimore e delle loro epoche.
In sintesi, il dibattito culturale e filosofico sviluppato dai pensatori illuministi si poneva come obiettivo quello di sottoporre ad una critica radicale aspetti ben precisi della società di Antico Regime, formando così 'liberi pensatori' (*philosophés*) fortemente impegnati nell'azione politica e proiettati a realizzare concretamente una nuova era di felicità e benessere per l'umanità.
In ambito politico gli illuministi cercarono, seppure con accenti differenti gli uni dagli altri, di elaborare una teorica in grado di ricomporre i conflitti sociali in un contesto istituzionale che fosse favorevole alla soluzione contrattuale per fornire un criterio di legittimità dello Stato. È infatti in questo periodo che furono compiutamente definiti i concetti giuspolitici di 'contratto sociale', 'separazione dei poteri', 'rappresentanza' e 'costituzione'. E fu sempre l'Illuminismo ad elevare al rango di valori universali ed eterni, in quanto insiti nella immutabile natura dell'uomo, i concetti di libertà, ragione e uguaglianza che furono poi utilizzati a piene mani dal ceto borghese nella sua lotta contro i privilegi dell'aristocrazia e del clero. Tra i temi centrali del pensiero giuspolitico illuministico si colloca l'idea dei diritti naturali dell'uomo, ovvero quei diritti inalienabili che appartengono ad ogni individuo in virtù della sua natura umana, indipendentemente dalle leggi positive o dalle convenzioni sociali. Si tratta di una idea che affonda le sue radici nella filosofia giusnaturalistica sviluppatasi a partire dal XVII secolo con pensatori come Ugo Grozio, Samuel von Pufendorf e soprattutto John Locke, i quali sostenevano l'esistenza di leggi naturali di carattere universale, fondate sulla ragione, che precedono e trascendono le leggi umane. Tra questi, fu il filosofo inglese Locke ad identificare, nell'opera *Secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile* (1689)[3], tre diritti naturali fondamentali: la vita, la proprietà e la libertà. Secondo Locke questi diritti avevano carattere

---

[2] Cfr. F. Venturi, *Utopia e riforma nell'illuminismo*, Torino, 1970; nonché più recentemente V. Ferrone, *Il mondo dell'Illuminismo. Storia di una rivoluzione culturale*, cit., 69-137.
[3] J. Locke, *Il secondo trattato sul governo*, introduzione di T. Magri, trad. it. di A. Gialluca, Milano, 2024.

universale perché appartengono ad ogni individuo semplicemente per il fatto di essere umano.
La vita era il primo e supremo diritto, il dono essenziale che permetteva ogni altra aspirazione. Per il filosofo di Wrington essa non era solo un'esistenza biologica, ma la possibilità di svilupparsi, di costruire il proprio destino senza la minaccia della tirannia. Era la luce che ogni uomo portava dentro di sé, sacra e inviolabile, e nessun sovrano avrebbe mai dovuto spegnerla arbitrariamente. Proteggere la vita significava garantire sicurezza, giustizia e stabilità: un impegno imprescindibile per ogni governo legittimo.
La vita, in particolare, era vista come un diritto fondamentale essenziale per l'esercizio degli altri diritti. Pertanto essa era considerata sacra e inviolabile e la sua protezione era un obbligo morale di cui doveva farsi carico lo Stato, il cui scopo principale era garantire il benessere e la sicurezza dei cittadini, e quindi il diritto alla vita nella sua più ampia accezione.
Ma la vita senza libertà era una prigione a cielo aperto. Per Locke la libertà era la condizione naturale dell'uomo, il respiro stesso della dignità umana. Non era concessa da un sovrano benevolo, ma apparteneva a ogni individuo fin dalla nascita. Essere liberi significava poter esprimere il proprio pensiero, scegliere il proprio destino, opporsi all'oppressione e vivere senza paura di catene invisibili. Era un diritto intoccabile, che nessun potere avrebbe dovuto limitare.
Allo stesso modo anche la libertà senza la proprietà restava una pura astrazione concettuale. Infatti, la proprietà era il mezzo attraverso il quale gli uomini davano forma al mondo. Locke la vedeva come un'estensione del proprio essere: il frutto del lavoro e della dedizione, un rifugio sicuro contro l'arbitrarietà del potere. Ogni uomo aveva il diritto di raccogliere i frutti della propria fatica, di costruire, di creare, di rendere la realtà un riflesso delle proprie aspirazioni. La proprietà era il pilastro della libertà economica, la garanzia che nessun tiranno avrebbe potuto privare l'individuo dei suoi sogni e delle sue conquiste.
Nel XVIII secolo gli illuministi ripresero ed ampliarono quell'idea adattandola al generale contesto storico dell'epoca. In tal modo essi sostennero che tutti gli uomini erano uguali proprio in quanto titolari di pari diritti naturali 'universali', non essendovi alcun diritto naturale 'particolare' che riconoscesse la superiorità di uno rispetto ai molti[4]. Lo stesso concetto di potere rappresentava per gli illumi-

[4] F. Venturi, *Utopia e riforma nell'illuminismo*, cit., 35 ss.

nisti solo un limite alla capacità dell'uomo di comprendere la realtà in maniera assolutamente indipendente; un limite che assumeva una valenza negativa laddove era utilizzato per mantenere l'uomo nell'ignoranza e nella paura e impedire così al suo pensiero di svilupparsi pienamente, libero dalla tirannia e dall'oscurantismo religioso. Nello stesso contesto culturale furono elaborate anche le due concezioni della tolleranza religiosa e del progresso storico che diverranno di fondamentale importanza per la cultura giuridica europea moderna. La tolleranza implicava concettualmente una pacifica convivenza tra le diverse religioni, impedendo che la stessa religione potesse assurgere a strumento di oppressione e di potere nonché di discriminazione sociale.

L'Europa dell'Antico Regime era un luogo in cui il fuoco dell'Inquisizione ancora bruciava nelle piazze, dove il solo credere in una dottrina diversa da quella imposta decretava la condanna di un uomo al rogo. In quello scenario di intolleranza e paura gli illuministi si fecero portatori di una rivoluzione silenziosa, impugnando il potere delle parole contro la brutalità dell'oppressione. Voltaire, con il suo *Trattato sulla tolleranza*, divenne il simbolo della lotta contro l'oscurantismo religioso: attraverso le sue pagine non cercava solo di convincere i potenti, ma di accendere una luce nelle menti offuscate dall'odio.

La concezione del progresso storico, invece, individuava una possibilità di concreto miglioramento della conoscenza e quindi della vita singola e associata dell'uomo proprio nella storia, intesa come divenire dei fatti e accadimenti che potevano essere manipolati dalla volontà umana e che potevano essere indagati attraverso la filosofia (deputata a studiare la 'verità') e la filologia (che consentiva di conseguire, sulla base di testimonianze concrete, la 'certezza').

Era un'idea rivoluzionaria: la storia non era più vista come un destino immutabile, una sequenza di eventi scolpiti nella pietra, ma come un fiume modellabile, un corso che poteva essere deviato e plasmato dalla volontà umana. In tale contesto Montesquieu sosteneva che le leggi non fossero verità eterne, bensì il risultato del cammino dei popoli attraverso i secoli, e proprio su questo principio fondò la sua monumentale opera *Lo Spirito delle Leggi*, che cercava di comprendere le dinamiche giuspolitiche che potevano rendere una società più giusta[5].

Gli illuministi non si limitavano infatti a contemplare il passato:

[5] Cfr. F. Venturi, *Utopia e riforma nell'illuminismo*, cit., 123-162.

guardavano avanti, immaginando un mondo in cui la conoscenza fosse l'unico vero strumento di progresso, una torcia capace di rischiarare le ombre dell'ignoranza e guidare l'umanità verso un futuro più equo. Come artigiani della ragione, cesellavano idee destinate a sopravvivere ai secoli, gettando le fondamenta della società moderna[6].

2.1. Lumi sul diritto. La proposta di un nuovo ordine giuridico e la sfida alla giustizia criminale di Antico Regime

Per quanto concerne l'aspetto propriamente giuridico dell'Illuminismo deve osservarsi come, durante il Settecento, il diritto comune, che era in vigore da diversi secoli presso tutti gli Stati europei, mostrava ormai inequivoci segni di profonda crisi. Quella crisi era sia di certezza, a causa della moltitudine e della complessità interpretativa delle fonti giuridiche, sia di contenuti, perché le norme di diritto comune non erano più adeguate a disciplinare una società in rapida evoluzione rispetto al passato.
Era il crepuscolo di un vecchio ordine, un sistema giuridico che si reggeva su un mosaico frammentato di leggi arcaiche, come rovine di un impero ormai incapace di sostenere il peso del mondo moderno.
Le leggi erano diventate ormai labirinti oscuri in cui solo pochi privilegiati sapevano orientarsi, mentre il popolo restava intrappolato tra norme incomprensibili e decisioni giurisprudenziali fondate su interpretazioni arbitrarie.
Caratteristica peculiare del pensiero illuministico nel campo del diritto fu dunque la critica al sistema delle istituzioni giuridiche di Antico Regime, sostenendosi la necessità di vere e proprie riforme radicali che accordassero principalmente alla legge scritta una indubbia preminenza rispetto alle altre fonti giuridiche (consuetudini, diritto romano, diritto canonico, diritto regio e sentenze delle Corti sovrane di giustizia)[7].
In altri termini, la legge non doveva più essere un intricato labirinto accessibile solo ai privilegiati, ma una struttura chiara e armoniosa,

---

[6] V. Ferrone, *Il mondo dell'Illuminismo*, cit., pp. 86-112. Cfr. pure M. Vovelle (a cura di), *L'uomo dell'illuminismo*, Roma-Bari, 1992.

[7] Cfr. P. Alvazzi del Frate, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e 'riferimento al legislatore' nell'illuminismo giuridico*, Torino, 2000.

capace di guidare ogni cittadino con la luce della ragione. La critica al sistema giuridico dell'Antico Regime che ne seguì fu davvero severa: le consuetudini, spesso ambigue e influenzate da tradizioni locali, il diritto romano, carico di eredità ormai desuete, il diritto canonico e regio, legati a poteri che non rispondevano più alle esigenze della modernità, e le sentenze delle Corti sovrane, troppo spesso arbitrarie. Tutti questi elementi dovevano essere rivisti, superati, codificati, ricostruendo il diritto su fondamenta solide e chiare[8].

I filosofi giuspolitici del XVIII secolo volevano che le norme fossero cristalline, incise non sulla pietra di un passato immutabile, ma sulle pagine di codici accessibili a tutti. La legge positiva, dunque, non doveva essere altro che la traduzione concreta dei principi del diritto naturale, una sorta di bussola che doveva orientare la società verso un futuro più giusto e razionale. Essa non doveva più essere un privilegio di pochi, ma un faro di giustizia per tutti. Come un architetto che disegna un palazzo destinato a resistere al tempo, il pensiero illuminista cercava di modellare le istituzioni giuspolitiche con la precisione matematica della ragione[9].

La legge, per i filosofi illuministi, era infatti considerata quale manifestazione nel mondo materiale e sensibile della ragione, anzi la legge era la ragione stessa. Doveva soltanto diventare la voce della ragione incarnata nelle istituzioni, la spada che tagliava il nodo dell'arbitrarietà e dell'ingiustizia.

Tale concezione rivelava altresì il forte nesso esistente tra l'Illuminismo e il Giusnaturalismo: la legge poteva essere pienamente identificata nella ragione solo ove si riconoscesse l'esistenza di un diritto naturale universalmente valido e superiore a qualsivoglia legge positivamente data. Da ciò derivava la necessità che la legge fosse scritta, chiara e facilmente intellegibile in modo che gli organi di giustizia avessero potuto applicarla al caso concreto senza incorrere in abusi o comunque dare adito ad interpretazioni fuorvianti o del tutto arbitrarie[10].

Pertanto la giustizia (che della legge avrebbe dovuto costituire l'ap-

---

[8] Sui tentativi e progetti di codificazione derivati dalle idee dei filosofi illuministi, v. per tutti G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 191-222; P. Alvazzi del Frate, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo*, cit., 45 ss. Cfr. pure R. Ajello, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, I, *La vita giudiziaria*, Napoli, 1961.

[9] Sul punto, cfr. F. Venturi, *Utopia e riforma nell'illuminismo*, cit., *passim*.

[10] P. Alvazzi del Frate, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo*, cit., 105 ss.

plicazione concreta) non doveva più essere un'ombra mutevole, ma una struttura solida, un equilibrio perfetto tra equità e ragione. Come gli ingegneri costruiscono ponti per unire terre lontane, gli illuministi cercavano di colmare il divario tra il potere e il diritto, eliminando ogni ambiguità che potesse favorire il particolarismo giuridico e con esso la corruzione e l'arbitrarietà.
Furono personaggi come Montesquieu, Voltaire e Rousseau ad esercitare, più di altri, una profonda influenza sullo sviluppo delle idee illuministiche di riforma delle istituzioni giuspolitiche dell'Antico Regime e soprattutto di razionalizzazione del diritto nei vari regni europei.
Ognuno di loro non fu solo un pensatore, ma un rivoluzionario della ragione, che gettò le basi di una Europa in cui la legge sarebbe stata la luce che guidava la civiltà fuori dalle tenebre[11].

3. La bestia e la bilancia. Montesquieu e l'architettura della giustizia tra equilibrio del potere e armonia delle leggi

Charles-Louis de Secondat, barone di Montesquieu, semplicemente noto come Montesquieu, nell'opera *Lo Spirito delle Leggi* (1748)[12] contribuì in modo significativo allo sviluppo della teorica giuspolitica dell'Illuminismo attraverso la proposta della separazione dei poteri che avrebbe poi dato origine ad uno dei concetti fondamentali delle democrazie moderne. Egli sosteneva infatti che, per prevenire l'abuso di potere, le funzioni legislativa, esecutiva e giudiziaria dovessero essere tenute distinte l'una dall'altra e gestite da organi diversi[13]. Montesquieu, osservatore acuto della società e dei suoi meccanismi, concepiva lo Stato come una complessa architettura che doveva poggiare su un equilibrio perfetto, simile agli ingranaggi di un raffinato orologio.
Immaginava un mondo in cui nessun uomo, per quanto ambizioso, potesse detenere nelle proprie mani un'autorità assoluta. Il potere, come un fiume impetuoso, se lasciato libero di espandersi senza

[11] Con particolare riferimento all'influenza che tali pensatori ebbero sull'affermazione di una peculiare cultura illuministica nell'Italia degli ultimi decenni del Settecento, v. V. Ferrone, *I profeti dell'Illuminismo*, Roma-Bari, 2000.
[12] Montesquieu, *Lo Spirito delle Leggi*, introduzione e commento di R. Derathé, Milano, 2022.
[13] Sul pensiero politico-costituzionale di Montesquieu v. almeno J. Ehrard, *Politique de Montesquieu*, Paris, 1965; D. Felice (a cura di), *Leggere l'Esprit des lois. Stato, società e storia nel pensiero di Montesquieu*, Napoli, 1998.

argini, avrebbe finito con l'inghiottire ogni libertà, trasformando la società in un dominio di oppressione. La soluzione a questo pericolo era chiara: suddividere la sovranità in tre forze indipendenti, ciascuna con il compito di vigilare sulle altre e impedire che una sola potenza si imponesse sulle altre.
Così, Montesquieu configurò il potere legislativo, affidato a un›assemblea rappresentativa, custode delle leggi e della volontà popolare. Il potere esecutivo, incarnato dal governo, con la responsabilità di tradurre quelle leggi in azioni concrete, amministrando lo Stato con fermezza e misura. Infine, il potere giudiziario, con il compito di interpretare le leggi e garantire la giustizia, senza alcuna interferenza politica o istituzionale[14].
Questa tripartizione non era un semplice schema teorico, ma l'unico efficace baluardo contro la tirannia, una difesa contro il rischio di abuso e corruzione. Montesquieu guardava con ammirazione al sistema inglese, dove la monarchia, il parlamento e i tribunali operavano con una relativa indipendenza, equilibrandosi a vicenda come i pesi di una bilancia perfettamente calibrata.
Il potere, nella visione di Montesquieu, era una bestia selvaggia che, se lasciata libera, avrebbe divorato la libertà. La separazione delle funzioni statali, quindi, non era solo una misura tecnica, ma costituiva una barriera impenetrabile contro il dispotismo, una diga che impediva alla marea dell'autoritarismo di travolgere il diritto e la giustizia[15].
Solo attraverso la realizzazione di una condizione di equilibrio tra le funzioni dello Stato si sarebbe potuto garantire la libertà politica dei cittadini ed evitare i mali propri del dispotismo, in cui la «volontà» del sovrano superava e sostituiva l'«autorità» costante e certa della legge[16].
Per Montesquieu la legge doveva essere il cuore pulsante di un sistema giusto, una bussola capace di orientare i popoli sulla via della civiltà. Senza una giustizia regolata dalla ragione, lo Stato sarebbe stato come una nave alla deriva, in balia degli umori di sovrani ca-

[14] Cfr. E. Carcassonne, *Montesquieu et le probleme de la constitution française an XVVVVe siécle*, Paris, 1927; nonché D. Felice, *Oppressione e libertà. Filosofia e anatomia del dispotismo nel pensiero di Montesquieu*, Pisa, 2000.
[15] E. Carcassonne, *Montesquieu et le probleme de la constitution française an XVVVVe siécle*, cit., 172 ss. e *passim*.
[16] In argomento v. F. Battaglia, *Il problema della libertà in Montesquieu*, in *Civiltà Fascista*, V, 1938, 40 ss. Cfr. pure S. Goyard-Fabre, *Montesquieu, la nature, les lois, la liberté*, Paris, 1992.

pricciosi e delle tempeste della corruzione.
Il filosofo francese, autorevole esponente della nobiltà di toga e presidente del parlamento di Bordeaux, analizzò anche il modo in cui le leggi dovessero essere adattate alle diverse circostanze sociali e culturali, sostenendo inoltre che non esistesse un'unica forma di governo valida per tutte le società.
Non tutti i popoli potevano infatti vestire lo stesso abito giuridico. Come un sarto che confeziona abiti su misura per chi li indossa, Montesquieu riteneva che le leggi dovessero modellarsi sulle esigenze specifiche di ciascuna società. La giustizia non era un monolite immobile, ma un organismo vivo, mutevole e adattabile[17].
Montesquieu, spirito attento e indagatore, concepiva l'universo come una vasta sinfonia regolata dalla ragione, un maestoso intreccio di relazioni necessarie tra l'ordine superiore e gli esseri che lo abitano. In quella visione armoniosa le leggi non erano considerate come mere imposizioni, bensì come autentici riflessi della logica che regge il mondo, strumenti attraverso cui la società poteva raggiungere l'equità e la giustizia autentica.
La sua visione di un universo regolato dalla ragione, nel quale le leggi rappresentavano le relazioni necessarie tra la ragione regolatrice e i singoli esseri che nello stesso universo vivono, promosse l'idea che le leggi, proprio in quanto costituivano dei rapporti necessari e uguali per tutti, dovessero rispondere alle esigenze specifiche della collettività cui concretamente si riferivano, potendo contribuire così alla realizzazione di una giustizia più equa e rappresentativa. In tale prospettiva le leggi non si presentavano come un rigido schema universale, ma davano vita ad una costruzione flessibile, calibrata sulle specificità storiche, culturali e politiche di ciascun popolo. Solo così potevano realmente favorire un equilibrio sociale e una giustizia che non fosse un'astrazione teorica, ma una realtà tangibile e vissuta.
Affrontando in chiave relativistica il problema della giustizia criminale e del sistema delle leggi penali, Montesquieu rifiutava l'idea di principi assoluti e immutabili nel diritto penale[18].
Egli sosteneva infatti che non fosse possibile elaborare dei principi di azione universalmente validi, bensì che si dovesse individuare di volta in volta la legislazione più appropriata per ciascun diverso

---

[17] J. Graven, *Montesquieu et le droit pénal*, in B. Mirkine-Guetzévitch, H. Puget (a cura di), *La pensée politique et constitutionelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois (1748-1948)*, Paris, 1952, 209 ss.
[18] J. Graven, *Montesquieu et le droit pénal*, cit., 220-231.

regime politico. Ciò, del resto, era la conseguenza del modo in cui il filosofo percepiva la legge, ritenuta un organismo vivente e in quanto tale capace di adattarsi e trasformarsi in relazione al contesto politico in cui operava. Non vi era, dunque, una formula unica e valida ovunque, ma un ventaglio di normative che dovevano essere modellate secondo la struttura e la finalità di ciascun regime: il severo dispotismo, la solenne monarchia, la dinamica repubblica aristocratica o la vibrante democrazia. Ognuno di quegli assetti giuspolitici presentava esigenze e obiettivi distinti e la legislazione doveva rispecchiare tale diversità con intelligenza e misura[19].

La giustizia, nell'Antico Regime, era spesso un gioco pericoloso, una bilancia inclinata a favore di chi deteneva il potere. Le leggi non erano sempre scritte per proteggere, ma piuttosto per soggiogare. Montesquieu, con la precisione di un geologo che studia le stratificazioni della terra, analizzò il terreno instabile del diritto, distinguendo le forme di governo e le loro visioni della pena: il dispotismo puniva con il terrore, la monarchia con l'onore, la repubblica con la virtù. Ma quale era la vera giustizia? La risposta non poteva essere universale, doveva adattarsi al contesto, alla società, ai bisogni dell'uomo.

Nel complesso, l'autore de *Lo Spirito delle Leggi* sosteneva che le norme penali dovessero essere chiare ed accessibili a tutti, affinché i cittadini potessero comprenderle appieno e conseguentemente rispettarle. Veniva così sottolineata l'esigenza di certezza giuridica, considerata un requisito fondamentale per garantire un sistema giuridico davvero efficiente e razionale.

La certezza giuridica rappresentava la luce in un labirinto oscuro, una fiamma accesa contro l'arbitrarietà. Senza regole chiare il cittadino era un naufrago in un oceano di norme mutevoli, incapace di prevedere il proprio destino. Montesquieu sapeva che il diritto non poteva essere un'arma nelle mani di chi governava, ma doveva essere un codice di giustizia accessibile a chiunque, senza particolarismi e interpretazioni ambigue che favorissero solo i potenti.

Pur non criticando in maniera aspra e diretta il sistema giuridico francese vigente all'epoca (del quale, anzi, condivideva alcune peculiarità come la punizione dei c.d. 'crimini religiosi', e la differenziazione di trattamento giuridico in ragione del ceto di appartenenza), Montesquieu promuoveva comunque l'idea che l'amministrazione della giustizia dovesse essere scevra da abusi e da fenomeni di cor-

[19] Sul punto, nonostante i differenti accenti, v. la posizione di G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 418 ss.

ruzione nonché rispettosa del diritto di difesa dell'accusato.
Nel teatro della giustizia, ogni processo era uno spettacolo crudele in cui l'accusato veniva esposto al pubblico giudizio come un attore senza battute. Montesquieu denunciava le distorsioni di un sistema che trattava diversamente i potenti e gli umili, dove la nobiltà riceveva la clemenza e il popolo conosceva invece la ferocia delle sentenze di condanna. Era quindi necessario spezzare questo meccanismo perverso e costruire una giustizia che trattasse tutti con equità, senza privilegi né vendette.
Le stesse pene dovevano mostrarsi proporzionate ai crimini commessi, evitando l'inflizione al condannato di punizioni eccessive e oltremodo crudeli.
La pena doveva essere come un'ombra, né più grande né più piccola del crimine commesso. Nella sua analisi, Montesquieu si scagliava contro le punizioni sproporzionate, contro le torture che facevano del dolore una moneta di scambio per la giustizia. Secondo il filosofo di Le Brède la giustizia non doveva essere un mero spettacolo di sangue, ma piuttosto uno strumento di riequilibrio dell'ordine e della pace sociale[20].
In tale prospettiva veniva poi elaborata una sorta di decalogo dei crimini e delle relative pene, nel quale i crimini venivano classificati in ragione della loro gravità e per ciascuno di essi veniva indicata la relativa pena afflittiva.
Era come disegnare una mappa della giustizia, stabilendo confini tra i peccati più lievi e le colpe più gravi. Un codice che non doveva servire a intimidire, ma a istruire, insegnando ai cittadini che la legge era chiara, leggibile, prevedibile. Non più un tribunale che si divertiva a cambiare le regole, ma un sistema stabile, dove il castigo rispondeva alla ragione e non alla vendetta.
In buona sostanza, si trattava di un approccio che, nell'ambito specifico delle pratiche di giustizia criminale, mirava a ridurre notevolmente l'uso della tortura giudiziaria e della pena di morte, nonché delle pene corporali in genere, favorendo invece l'applicazione sempre più frequente di misure alternative come la detenzione.
Non più roghi, non più patiboli indiscriminati per ogni specie di crimine. La giustizia doveva abbandonare l'ombra delle esecuzioni pubbliche come la regola e trovare una nuova strada, più umana e meno brutale. Montesquieu immaginava un mondo in cui la pena non fosse un mero atto di vendetta dello Stato, ma un sostanziale

[20] M. A. Cattaneo, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*, Ferrara, 1974, 73.

strumento di vera giustizia e di redenzione, in grado di realizzare un ponte tra l'errore e la possibilità di cambiamento[21].
La pena di morte rappresentava nell'Antico Regime uno degli strumenti più severi di affermazione dell'autorità statale. Considerata un formidabile mezzo di controllo sociale e deterrenza, essa veniva spesso applicata con metodi brutali e senza una chiara proporzionalità rispetto ai crimini commessi. Montesquieu ebbe modo di riflettere sulla legittimità del potere punitivo dello Stato, ammettendo la necessità della pena di morte in certi casi, ma condannandone comunque la crudeltà e l'applicazione indiscriminata.
La domanda centrale che egli poneva era la seguente: il potere sovrano doveva limitarsi all'esercizio della giustizia o poteva legittimamente sconfinare nella più crudele vendetta? Montesquieu proponeva una visione in cui il principio di umanità si coniugasse con quello di necessità: il sovrano aveva certamente il diritto di punire, se del caso anche condannando a morte, ma solo in proporzione alla gravità del crimine commesso, evitando in ogni caso di ricorrere a metodi punitivi che umiliassero la dignità umana. Infatti, affermava che «ogni pena che va oltre la necessità è tirannica»[22].
Infatti l'applicazione della pena capitale nella società di Antico Regime era molto spesso arbitraria, usata non solo per punire reati gravi, ma anche per reprimere dissensi politici e consolidare il potere assoluto del monarca. La pubblica esecuzione serviva a terrorizzare il popolo e a riaffermare la superiorità dell'autorità sovrana. Tuttavia, quella pratica generava interrogativi profondi sulla legittimità dell'uso della violenza come strumento di governo: una giustizia basata sul terrore poteva davvero garantire ordine e stabilità? Montesquieu anticipò la sensibilità illuminista che avrebbe portato a un profondo ripensamento della giustizia penale. La sua posizione, per quanto non radicalmente abolizionista, aprì la strada a riflessioni che avrebbero influenzato pensatori come Beccaria, il quale sostenne con forza l'inutilità e l'ingiustizia della pena di morte. Dunque, sebbene Montesquieu non ne chiedesse l'eliminazione, il suo pensiero segnò comunque un passaggio fondamentale nella costruzione di una giustizia più razionale e meno brutale.
Nonostante fosse sostanzialmente un conservatore che si mostra-

---

[21] Cfr. ancora M. A. Cattaneo, *La filosofia della pena*, ult. loc. cit.

[22] Al riguardo v. diffusamente M. A. Cattaneo, *La filosofia della pena*, cit., 74-92. Cfr. inoltre G. Tarello, *Montesquieu criminalista*, in Id. (a cura di), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, V, 1975, 201-260.

va alquanto lontano dalle idee innovative di marca giusnaturalistica, Montesquieu ebbe un impatto significativo sul dibattito giuridico del suo tempo, contribuendo a gettare le basi per le riforme successive nell'ambito della legislazione penale.
Come un architetto della giustizia, egli disegnò i contorni di un diritto nuovo, capace di spezzare le catene del dispotismo e di porre fine agli eccessi di un sistema punitivo spesso cieco e crudele. Le sue idee non furono semplicemente teorie astratte, ma pietre miliari su cui si sarebbe edificata la moderna concezione del diritto penale. La sua opera di articolata razionalizzazione della materia penalistica ispirò profondamente il pensiero degli altri filosofi illuministi, influenzando l'evoluzione del diritto penale dei secoli successivi e rappresentando quindi una figura chiave nel processo di modernizzazione del sistema giuridico dell'Antico Regime.
La giustizia, prima di Montesquieu, era spesso una macchina spietata, un ingranaggio che si muoveva senza pietà, infliggendo pene sproporzionate ai crimini e utilizzando diffusamente la tortura come strumento di indagine. Egli fu tra i primi a concepire il diritto non come un'arma nelle mani dei potenti, ma come un equilibrio delicato tra libertà e ordine, un meccanismo che doveva funzionare con precisione matematica, senza lasciare spazio agli abusi[23].
Pertanto Montesquieu non fu soltanto un giurista e un filosofo, ma anche un fine narratore delle dinamiche che regolano il vivere umano, capace di cogliere l'essenza mutevole della giustizia e di delineare un sistema in cui la legge non opprimeva, ma sosteneva e orientava la vita della società civile[24].
Con il suo pensiero accese una scintilla che avrebbe incendiato i secoli a venire. Le sue riflessioni ispirarono infatti sovrani riformatori e giuristi, trasformando il diritto penale da una disciplina basata sulla paura e sulla punizione brutale in un sistema fondato su principi di equità e proporzionalità. Ogni legge, ogni codice successivo porta in un certo qual modo la sua impronta: il segno indelebile di un uomo che, cercando di comprendere il sottile equilibrio tra ragione, potere e giustizia, ha osato sfidare il passato per disegnare il futuro.

---

[23] M. A. Cattaneo, *La filosofia della pena*, cit., *passim*.
[24] Cfr. *amplius* il sempre valido ed interessante contributo di S. Cotta, *Montesquieu e la scienza della società*, Torino, 1953.

4. Dalla penna alla libertà. Voltaire e la lotta contro l'arbitrio e l'intolleranza

François-Marie Arouet, conosciuto con lo pseudonimo di Voltaire, famoso in tutta Europa per il suo spirito critico e la sua prosa particolarmente incisiva, sebbene non fosse un uomo di legge né avesse scritto opere o trattati specificamente giuridici, si oppose fermamente nei suoi scritti all'arbitrarietà e all'abuso di potere nell'amministrazione della giustizia, oltre che all'intolleranza religiosa[25].
Il filosofo parigino pubblicò tra l'altro un romanzo dal titolo *Candido, ovvero l'Ottimismo* (1759)[26], ove delineava in chiave romanzata una visione assolutamente disincantata del mondo, confutando la dottrina ottimista di Leibniz, che si riassumeva invece nella celebre frase «tutto va per il meglio nel migliore dei mondi possibili». Muovendo dunque dalle considerazioni svolta nel *Candido*, Voltaire sosteneva che bisognasse rifiutare il pessimismo indotto dalla Chiesa che, basandosi sull'idea del peccato originale, costringeva l'uomo a vivere in un perpetuo senso di colpa, ed essere invece «felici in questo mondo», considerato che «tutto si può migliorare», e guardare così al futuro con piena fiducia nel progresso razionale[27].
Nella sua produzione letteraria successiva, e specialmente nel *Commentario sullo Spirito delle Leggi* (1777)[28], espresse non poche critiche nei confronti dell'opera di Montesquieu (contestandone tra l'altro l'approccio fin troppo deterministico e l'eccessiva enfasi sull'influenza dei fattori ambientali o tradizioni arbitrarie sulle leggi e le istituzioni politiche), sostenendo invece che le leggi avrebbero dovuto essere fondate esclusivamente sulla ragione e sulla giustizia. Nel *Commentario* Voltaire criticò anche l'idea di Montesquieu che alcune forme di governo, come la monarchia francese, potessero essere intrinsecamente superiori ad altre, sostenendo invece che la

---

[25] Cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, II, *L'età moderna*, Bologna, 1968, 333 ss.; R. Fubini, *Introduzione agli scritti politici di Voltaire*, Torino, 1964, 11 ss.; nonché A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2016, 421 ss.

[26] Voltaire, *Candido o l'ottimismo*, introduzione di I. Calvino, Milano, 2013.

[27] I. O. Wade, *Voltaire and Candide. A Study in the Fusion of History, Art and Religion*, Princeton, 1959. Sul tema della posizione di Voltaire nei confronti del pensiero di Leibniz v. pure R. A. Brooks, *Voltaire and Leibniz*, Genève, 1964; nonché W. H. Barber, *Leibniz in France from Arnauld to Voltaire. A Study of French Reactions to Leibnizism*, 1670-1760, Oxford, 1955.

[28] Voltaire, *Commentario sullo Spirito delle Leggi*, a cura di D. Felice, Pisa, 2011.

bontà di un governo dipendesse esclusivamente dalla sua capacità di garantire la libertà e il benessere dei cittadini. Ricorrendo ad una scrittura caratterizzata da uno stile incisivo ed ironico, che rendeva il *Commentario* non solo un'opera di analisi politica, ma anche un fulgido esempio di abilità letteraria, il filosofo parigino ribadiva le sue posizioni espresse su temi come la tolleranza religiosa, la libertà di pensiero e l'opposizione al dispotismo, sostenendo la necessità di un sistema giuridico che fosse equo e razionale, in cui le leggi dovessero essere applicate dai giudici in modo uniforme e senza alcun favoritismo di sorta.

V'è da dire altresì che Voltaire non elaborò mai una compiuta teoria giuridica, ma all'interno della sua vasta produzione letteraria si rinvengono una molteplicità di osservazioni critiche nei confronti del sistema giuridico francese, ritenuto ormai obsoleto, che hanno consentito alla storiografia di ricostruire comunque la sua coerenza di pensiero[29]. Nel fervente clima intellettuale dell'Illuminismo Voltaire si ergeva come un instancabile vegliardo della ragione, osservando con occhio critico le strutture giuspolitiche antiquate della sua epoca. Le sue parole erano affilate come una lama e sferzavano con forza l'edificio ormai traballante del sistema giuridico francese[30]. Egli non si limitava alla critica: i suoi scritti erano fiaccole accese nel buio dell'intolleranza e dell'arbitrio, capaci di illuminare la via verso una società più giusta e razionale. Il tema centrale della sua filosofia giuridica era la libertà, quella fiamma incandescente che ardeva nel cuore dei grandi pensatori del tempo. L'affermazione della libertà in tutte le sue possibili declinazioni (libertà dall'ignoranza e dalla superstizione, libertà intellettuale e libertà religiosa) era vista da Voltaire non come un privilegio da concedere ai pochi, ma come un diritto inalienabile di ogni uomo, un faro destinato a dissipare le tenebre dell'ignoranza e della superstizione. Credeva fermamente che la separazione tra potere politico e religioso fosse una condizione imprescindibile per il progresso civile, dal momento che solo in una società libera dalla tirannia materiale e spirituale si sarebbero potuti garantire la libertà di espressione e il diritto di difesa, elementi indispensabili per la realizzazione di una società giusta[31]. Nel suo incessante duello con le istituzioni Voltaire si scagliò contro i privilegi del clero e dell'aristocrazia, soprattutto in ambito giudiziario, e fu un

---

[29] G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 300.

[30] In tal senso, v. *amplius* R. Craveri, *Voltaire, politico dell'illuminismo*, Torino, 1937.

[31] J. A. Perkins, *Voltaire's Concept of International Order*, in *Studies on Voltaire*, 1963, XXVI, 75 ss.

forte sostenitore dell'uguaglianza giuridica tra gli individui[32]. Le aule di giustizia, a suo dire, non dovevano essere teatro di processi costruiti sull'ossatura marcia del pregiudizio, bensì luoghi sacri di equità e imparzialità. La sua penna divenne allora un'arma sottile ma oltremodo letale: il *Trattato sulla tolleranza* (1763)[33] non era soltanto un'opera filosofica, ma un'accorata denuncia delle storture di un sistema che, sotto il pretesto della giustizia, perpetuava invece l'ingiustizia. Secondo Voltaire la società civile doveva garantire il rispetto dei diritti naturali dell'uomo, validi in ogni epoca e luogo, come se fossero scolpiti nella pietra di un tempio eterno[34]. Per farlo, era necessario promuovere una cultura della tolleranza, realizzando dunque una 'laicizzazione' delle leggi e, conseguentemente, smantellando la giustizia fondata su dogmi religiosi e sostituendola con principi razionali. Le leggi dovevano essere l'espressione della ragione, non l'eco di superstizioni antiquate[35]. La sua teorica politica dell'organizzazione dello Stato collocava al vertice dello stesso un governo di un sovrano illuminato volto a perseguire il benessere dei propri sudditi e il pieno soddisfacimento delle esperienze concrete della società; una figura di monarca ideale che, proprio come un giardiniere attento, avesse il compito di estirpare le erbacce dell'ingiustizia e seminare nel cuore dei sudditi i germogli della prosperità[36]. Tuttavia, la struttura giuridica dell'Antico Regime era un labirinto inestricabile e Voltaire auspicava con fervore che il sovrano avviasse una radicale semplificazione del *corpus* normativo. Le leggi, disperse in mille frammenti, dovevano essere ricomposte in un sistema unitario e coerente, per garantirne un'applicazione uniforme e giusta da parte delle varie Corti di giustizia e eliminarne gli aspetti marcatamente obsoleti e ridondanti, incidendo così drasticamente sull'eccessiva complessità e proliferazione delle norme giuridiche, tanto sostanziali quanto processuali[37]. Infine, il sagace autore del *Trattato* sosteneva che la codificazione del diritto dovesse ispirarsi ai principi universali del diritto naturale, anche contro il parere del ceto togato. Solo in tal modo la giustizia avrebbe potuto

---

[32] J. A. Perkins, *Voltaire's Concept of International Order*, loc. cit. Cfr. anche G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 304-309 e 309-311, rispettivamente sulla posizione anticonfessionale e antiaristocratica di Voltaire.

[33] Voltaire, *Trattato sulla tolleranza*, a cura di L. Bianchi, Milano, 2015.

[34] R. Fubini, *Introduzione*, cit., 28 ss., partic. 32-35.

[35] Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 305-306.

[36] R. Fubini, *Introduzione*, cit., pp. 40-65. Cfr. pure R. Pomeau, *Politique de Voltaire*, Paris, 1963, 7-51.

[37] V. ancora G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 313-318; R. Fubini, *op. cit.*, 45-49.

cessare di essere il baluardo dei potenti e diventare la roccaforte della libertà. Attraverso quell'opera di riforma egli vedeva l'opportunità non solo di rafforzare il ruolo del sovrano e dello Stato nella produzione e applicazione del diritto, ma anche di restituire dignità e equità alla società. Voltaire sognava un diritto universale, non frammentato in mille interpretazioni arbitrarie. Le leggi, pensava, dovevano essere le stesse per tutti, uguali sotto il cielo di ogni nazione e persino, in un audace slancio di idealismo, per tutta l'umanità[38]. Immaginava una società in cui il processo fosse snello e rapido, senza i meandri interminabili dei cavilli giurisprudenziali. Anzi, dove possibile, le controversie tra privati dovevano trovare soluzione in pacifiche e veloci procedure di composizione, evitando l'asprezza di interminabili dispute giudiziarie. Per il grande filosofo il diritto non doveva più mostrarsi come un astratto esercizio di potere, ma divenire la chiave per spalancare le porte di un futuro più giusto e luminoso.

5. Il diritto che si fece libertà. Rousseau e la forza della volontà generale

Jean-Jacques Rousseau rappresentò invece il momento più radicale e innovativo della cultura illuministica, teorizzando una società in cui il potere non si imponeva dall'alto come un decreto inappellabile, ma nasceva dal consenso e dalla partecipazione di tutti. Una società in cui ogni cittadino era artefice del proprio destino, non un semplice spettatore soggetto a leggi scritte da pochi. Era quella l'utopia concreta di Rousseau, il pensatore che più di ogni altro rivoluzionò il modo di concepire il diritto e il potere politico[39].
Nell'opera *Il contratto sociale, o Principi di diritto politico* (1762)[40] sostenne che la legittimità del potere politico derivasse da un accordo tra cittadini e Stato, un vero e proprio contratto, che aveva la funzione di garantire la protezione dei diritti naturali degli individui.
In tal modo Rousseau scardinò le fondamenta dell'Antico Regime, proclamando un principio tanto semplice quanto rivoluzionario: la legittimità del potere derivava dall'accordo tra governanti e governati. Il

---

[38] Cfr. M. A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, 34 ss.
[39] Cfr. R. Derathè, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, 1950, partic. 25 ss.; nonché il sempre valido contributo di G. Del Vecchio, *Sui caratteri fondamentali della filosofia politica del Rousseau*, Genova, 1914.
[40] J.J. Rosseau, *Il contratto sociale*, introduzione di A. Burgio, trad. it. di J. Bertolazzi, Milano, 2018.

potere, dunque, non era più un dono divino né un'eredità dinastica, ma il mero frutto di un patto collettivo volto a garantire la protezione dei diritti naturali di ogni individuo. Non è forse questa la base di ogni democrazia moderna? Eppure, a quel tempo, la sua idea era vista come una provocazione inaccettabile, una minaccia alle strutture secolari del dominio monarchico[41].

Rousseau non si limitò a criticare il sistema giuridico dell'epoca, lo smantellò pezzo dopo pezzo attraverso un ragionamento implacabile. Le leggi, per il filosofo ginevrino, non dovevano essere strumenti di oppressione manovrati da un sovrano, ma il riflesso della 'volontà generale', un interesse che non era la mera somma delle preferenze individuali, ma rappresentava un interesse collettivo che mirava al bene comune. Come poteva un re, un'aristocrazia o comunque un gruppo ristretto di individui arrogarsi il diritto di decidere per tutti? La legge, secondo Rousseau, era l'incarnazione della volontà del popolo e solo attraverso la partecipazione diretta ogni cittadino poteva garantire la propria libertà[42].

Tale concetto implicava che ogni cittadino, partecipando attivamente alla vita politica, contribuisse a formare quella volontà generale, che era essenziale per la legittimità delle leggi stesse.

Rousseau enfatizzava inoltre l'importanza della partecipazione attiva dei cittadini (non più meri sudditi) alla vita politica, ritenendo che soltanto tramite la partecipazione diretta si potesse garantire efficacemente la libertà e l'uguaglianza. In tal senso la democrazia diretta era vista come la forma ideale di governo, in cui i cittadini non delegavano il loro potere, ma lo esercitavano direttamente.

La democrazia diretta, ideale supremo del ginevrino, rompeva dunque con il concetto di suddito e trasformava ogni individuo in parte attiva del sistema politico. Non doveva essere un'élite privilegiata a stabilire le regole, ma la comunità stessa. Quell'approccio ebbe un impatto significativo sullo sviluppo delle idee di democrazia e di diritti umani, ponendo le basi per l'elaborazione delle future teorie giuridiche che avrebbero cercato di garantire la giustizia sociale nell'ambito dello Stato moderno[43].

Inoltre, Rousseau sosteneva che la legge dovesse essere espressione

---

[41] È l'osservazione di R. Derathè, *op. cit.*, p. 56. Cfr. pure P. Riley, *The General Will. The Transformation of the Divine into the Civic*, Princeton, 1986.

[42] Sul punto v. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 323 ss.

[43] Così si esprime J. N. Shklar, *Men and Citizen. A Study of Rousseau's Social Theory*, Cambridge, 1969.

della volontà generale e che ogni cittadino, obbedendo alle leggi, non facesse altro che obbedire a sé stesso, poiché quelle leggi erano state create attraverso il consenso collettivo[44]. In altre parole, ogni cittadino, obbedendo alle leggi, non si sottometteva a un'autorità esterna, ma rispettava una norma che egli stesso aveva contribuito a creare e alla quale per ciò stesso doveva obbedienza. Non era forse questa vera e propria «autonomia», che costituiva la più pura forma di libertà? D'altronde, sosteneva il filosofo, essere autonomi non significava fare ciò che si voleva, ma vivere secondo principi condivisi e giusti. Un tale legame tra legge e libertà era centrale nel pensiero rousseauiano, in quanto la vera libertà si realizzava nel rispetto delle leggi che ciascuno aveva contribuito a creare.

Ma Rousseau non si fermò qui. Guardò alla società con occhio profondamente critico e scoprì il grande inganno della disuguaglianza[45]. La povertà e le disparità sociali non erano inevitabili, bensì il risultato di convenzioni artificiali che avvantaggiavano solo una minoranza. Per questo il diritto non doveva essere un semplice strumento di controllo, ma un mezzo per ristabilire l'uguaglianza e garantire la giustizia sociale. Se le leggi fossero state realmente espressione della volontà generale, avrebbero lavorato per il bene di tutti, non solo per gli interessi dei potenti[46].

Un altro aspetto fondamentale del pensiero di Rousseau era la sua concezione dell'educazione civica, riconosciuta come vero e proprio pilastro portante di una società equa.

Egli riteneva che per raggiungere una società giusta fosse necessario educare i cittadini alla virtù e al senso civico, affinché potessero riconoscere e perseguire il bene comune.

I cittadini non potevano essere lasciati nell'ignoranza e nel torpore politico: dovevano quindi essere formati alla virtù e al senso di comunità affinché la società democratica potesse prosperare. Senza un'educazione solida, senza un popolo consapevole, come si potevano garantire la giustizia e la libertà?

L'educazione, quindi, non diveniva per Rousseau un mero processo formativo individuale, ma un elemento cruciale per la formazione

---

[44] V. ancora G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 327-329. Cfr. anche P. Riley, *The General Will*, cit., 112 ss.

[45] Vedi *amplius* A. Burgio, *Eguaglianza interesse unanimità. La politica di Rousseau*, Napoli, 1989.

[46] Cfr. ancora A. Burgio, *Eguaglianza interesse unanimità*, cit., 232 ss.

collettiva di una società democratica e giusta[47].
In sintesi, il pensiero di Rousseau sulla legge e sulla politica ha avuto un'influenza duratura, contribuendo a plasmare le idee moderne di democrazia, partecipazione e giustizia sociale. Le sue teorie hanno ispirato non solo le rivoluzioni del XVIII secolo, come quella francese, ma anche i movimenti per i diritti civili e l'uguaglianza nel corso dei secoli successivi. La sua visione della legge come espressione della volontà collettiva continua a essere un punto di riferimento per il dibattito sulla legittimità del potere e sul ruolo dei cittadini nella società contemporanea.

5.1. La pena di morte fra necessità dello Stato e fragilità del governo. Il diritto di punire e il dilemma della grazia nel *Contratto sociale* di Rousseau

Rousseau affrontava nell'opera *Il contratto sociale,* un tema particolarmente spinoso: la pena di morte. Egli si chiedeva: ma come poteva uno Stato, nato per proteggere i suoi cittadini, arrogarsi il diritto di toglier loro la vita? Non era forse una contraddizione in termini? A tali domande il filosofo ginevrino forniva una risposta tanto chiara quanto netta.
Lo Stato esisteva solo perché gli individui avevano accettato di unirsi in un patto sociale, rinunciando a parte della loro libertà per garantirsi protezione reciproca. Ma che accadeva se qualcuno rompeva questo patto, se tradiva la comunità commettendo atti criminali? In tal caso costui diventava un vero e proprio nemico dello Stato, un corpo estraneo che minacciava l'equilibrio collettivo della società civile. A quel punto la sua esclusione – che poteva significare l'esilio o, nei casi estremi, la morte – non poteva essere considerata un atto di vendetta, ma una necessità per la sopravvivenza stessa della società civile[48].
La logica di Rousseau appariva senz'altro cruda ma comunque coerente: chi entrava in un contratto sociale lo faceva per garantirsi sicurezza; una sicurezza che implicava anche l'accettazione di tutti i possibili rischi che ad essa erano connessi. Se lo Stato doveva proteggere la comunità, doveva avere anche gli strumenti per eliminare le minacce più gravi e tra questi vi era quello di punire con la morte. Da ciò conseguiva per il filosofo ginevrino la piena legittimità dello

[47] A. Burgio, *Eguaglianza interesse unanimità*, cit., 250-255.
[48] J.J. Rosseau, *Il contratto sociale*, cit., Cap. V, 104-105.

ius vitae ac necis dello Stato. Non era forse vero che un individuo, per salvarsi, poteva rischiare la vita? E il diritto dello Stato di punire con la morte non rimandava allo stesso principio applicato su scala più ampia? Eppure, Rousseau era consapevole del peso che una simile decisione comportava. La frequenza con cui uno Stato ricorreva alla pena di morte era, secondo l'autore de *Il contratto sociale*, indice rivelatore della sua debolezza: un governo forte, giusto, avrebbe dovuto avere pochi criminali, non molte esecuzioni. La vera giustizia non consisteva infatti nel punire, ma nel prevenire il crimine, dal momento che una società giusta non aveva bisogno di un continuo ricorso alla violenza per mantenersi stabile.
Riconoscere la legittimità del diritto di punire con la morte i criminali significava però anche interrogarsi sul diritto di grazia, che Rousseau considerava come un vero dilemma, posto che tale diritto poteva far vacillare le stesse fondamenta della giustizia. Nel pensiero del filosofo ginevrino la grazia non era un semplice atto di misericordia, ma qualcosa di molto più complesso e pericoloso. Solo il sovrano, cioè colui che era al di sopra dei giudici e delle leggi, poteva legittimamente esercitare quel potere. Eppure, il filosofo stesso ammetteva che si trattasse di un diritto oscuro, raro, che si prestava a molte interpretazioni. In un mondo ideale lo Stato ben governato non avrebbe avuto bisogno di elargire indulgenze. Il suo sistema sarebbe stato così efficace, così saldo nelle sue leggi, che il crimine stesso avrebbe costituito una rarità e le punizioni sarebbero risultate limitate. Ma cosa sarebbe accaduto qualora i crimini fossero aumentati? Rousseau rispondeva a tale interrogativo ritenendo che si sarebbe generato un circolo vizioso: più colpevoli, più indulgenze, più impunità. In tal modo la legge avrebbe perso forza e conseguentemente l'intero sistema della giustizia sarebbe vacillato. Rousseau guardava all'antica Roma e specificamente all'Età repubblicana, dove il senato e i consoli non si piegavano alla concessione della grazia. Il popolo stesso, depositario del potere, non era incline al perdono, ritenendo che una società stabile non potesse vivere di eccezioni, bensì di regole chiare e rispettate da tutti. Anche alla luce dell'esempio storico dell'antica Roma, il filosofo non poteva non porsi una domanda fondamentale: il perdono era davvero un atto di giustizia oppure rappresentava solo il segnale che un governo stava perdendo la propria autorità? Se chi infrangeva la legge avesse saputo di poter sperare nella clemenza, sarebbe stato davvero incentivato a rispettarla? Rousseau, con un senso di inquietudine, ha lasciato

aperta la riflessione, affidandola a coloro che, con la loro condotta, non hanno mai avuto bisogno di chiedere perdono[49].

6. Oltre la crudeltà e verso la razionalità della pena: il nuovo volto della giustizia criminale. Beccaria, Voltaire e Bentham contro la tortura e la pena di morte

Il pensiero illuministico non si limitò a invocare riforme politiche e giuridiche. Esso penetrò nelle radici più profonde della società di Antico Regime, scuotendone i codici etici e morali, sfidando dogmi secolari e ridefinendo il concetto stesso di giustizia. La promozione dei diritti umani e la denuncia delle punizioni crudeli, in particolare la tortura giudiziaria e la pena di morte, diventarono il cuore pulsante del dibattito giuspolitico del XVIII secolo. Come una fiaccola accesa nelle tenebre dell'assolutismo, il garantismo illuminista irradiava una luce nuova sulle storture del sistema penale, mettendo in discussione le sue pratiche più brutali e proponendo una giustizia che non fosse sinonimo di vendetta, ma di equità e razionalità.
La tortura giudiziaria, una delle più feroci eredità del passato, appariva agli illuministi come uno strumento probatorio del processo penale assolutamente inaffidabile: non solo crudele quindi, ma anche intrinsecamente fallace. Si trattava di una pratica legale utilizzata nell'ambito del processo penale di Antico Regime per acquisire (*rectius*: estorcere) informazioni da un testimone o addirittura far confessare un imputato. Scopo principale della tortura applicata all'imputato era infatti ottenerne la confessione, considerata la *regina probationum*, dal momento che in molti sistemi giuridici dell'epoca essa era oltremodo necessaria per emettere legittimamente una sentenza di condanna, oppure far rivelare i nomi di eventuali complici o altri dettagli del crimine. Inoltre, esistevano due forme principali di tortura: quella preparatoria e quella preventiva. La prima (*quaestio preparatoria*) veniva applicata nei confronti di un imputato per indurlo a confessare di essere effettivamente l'autore del crimine contestatogli, quando le prove della sua colpevolezza erano pressoché insufficienti, ma sussistevano invece forti e concordanti *indicia*. La seconda (*quaestio preventiva*) veniva invece inflitta dopo l'intervenuta pronuncia giudiziale di condanna per costringere il reo a rivelare il nome di eventuali complici. In ogni caso non si trattava di una pratica criminale meramente arbitraria, ma che seguiva delle pro-

[49] J.J. Rosseau, *Il contratto sociale*, cit., Cap. V, 106.

cedure attuative ben codificate[50]. Pur essendo infatti molto diffusa essa doveva sottostare a regole ben precise: per poter sottoporre legittimamente ai *tormenta* della tortura preparatoria un imputato era necessaria la presenza di specifici *indicia ad torturam* che, secondo Farinacci, dovevano essere «*verisimilia, probabilia, non levia aut presunctoria, sed gravioria et urgentia, certa, clara, imo et luce, ut aiunt meridiana clariora*»[51]. Nondimeno, restava sempre al libero apprezzamento del giudice (*arbitrium iudicis*) la valutazione della sussistenza o meno di tali *indicia*, sicché l'abuso era spesso all'ordine del giorno. Inoltre, il giudice non soltanto aveva il potere di disporre tale pratica, ma aveva anche la responsabilità della vita dell'individuo torturato per tutta la durata del supplizio[52]. Pertanto egli doveva assistervi e doveva vigilare che il boia, incaricato di infliggere i *tormenta* al malcapitato, non eccedesse provocandone inavvertitamente la morte. A tale scopo, assieme al magistrato doveva presenziare alla tortura un medico che avrebbe dovuto costantemente verificare il livello di sopportabilità dei *tormenta*[53].

Proprio in relazione alla *prattica* della tortura Cesare Beccaria, con il suo *Dei delitti e delle pene* (1764)[54], scardinò con impietosa logica l'idea che la sofferenza potesse generare verità: un uomo sottoposto a dolore estremo, sosteneva il giurista lombardo, avrebbe confessato qualsiasi crimine, reale o immaginario, pur di far cessare l'atroce tormento che l'affliggeva. In quel perverso meccanismo la giustizia si trasformava in una *roulette* della disperazione, dove l'innocenza e la colpevolezza si confondevano nell'ombra della paura. In altre parole, per gli illuministi la tortura si rivelava un mezzo punitivo intrinsecamente irrazionale, oltre che profondamente immorale, non distinguendo in alcun modo tra colpevoli e innocenti, ma pro-

---

[50] Sul tema v. *amplius* G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, in Aa. Vv., *Storia del diritto italiano*, diretta da P. Del Giudice, III, parte 2, Milano, 1927, 475 ss.; F. Calasso, voce *Tortura*, in *Enciclopedia italiana Treccani*, XV, Roma, 1937, 74 ss.

[51] P. Farinacci, *Praxis et theorica criminalis*, Lugduni, 1613-1616, *Quaestio* 37 n. 3.

[52] Cfr. N. Eymerich, F. Peña, *Il manuale dell'inquisitore* (1973), trad. it. a cura di L. Sala-Molins, Roma, 2000, 230 ss.

[53] Sul tema, *ex multis*, v. P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, I e II, Milano, 1953-1954; M. Sbriccoli, *Tormentum idest torquere mentem. Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in J. C. Maire Vigueur, A. Paravicini Bagliani (a cura di), *La parola all'accusato*, Palermo, 1991, 17-33; M. Meccarelli, *Tortura e processo nei sistemi giuridici dei territori della Chiesa. Il punto di vista dottrinale (secolo XVI)*, in B. Durand (a cura di), *La torture judiciarie. Approches historiques et judiciaries*, II, Lille, 2002, 677-701.

[54] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di A. Burgio, Milano, 2024.

ducendo semplicemente dichiarazioni dettate dalla disperazione. Lungi dall'essere uno strumento di indagine, la tortura giudiziaria diventava così soltanto un brutale teatro in cui le vittime venivano costrette a recitare un copione imposto dalla loro sofferenza.
Anche Voltaire, con il vigore di un pensatore che mai piegò la testa davanti agli abusi del potere, fu tra i più ardenti oppositori di questa barbarie. Per il filosofo parigino la tortura era un insulto alla ragione, una vergogna che negava i principi fondamentali del diritto: il processo equo e la presunzione di innocenza. Con sarcastico ardore egli denunciò l'assurdità di un sistema in cui l'accusato era costretto a provare la propria innocenza anziché l'accusatore dimostrare la sua colpevolezza[55]. D'altronde, quel ribaltamento dei principi di 'giustizia naturale' era proprio il segno evidente di una società ancora prigioniera dei suoi peggiori istinti, un mondo in cui il diritto si mescolava alla vendetta e il tribunale somigliava più a un'arena di gladiatori che a un tempio della legge.
Non sorprende che la tortura fosse uno strumento cardine del procedimento inquisitorio dell'Antico Regime, un'eredità del diritto medievale destinata a perpetuare il dominio dell'autorità assoluta sulla libertà individuale. Nelle Corti regie, la giustizia inquisitoria, mutuata dai procedimenti contro gli eretici celebrati innanzi alla Inquisizione romana, si nutriva del sospetto e della coercizione, incarnando un modello giuridico che rovesciava il senso stesso della ragione. Era l'eco distorta della logica del potere, un sistema che preferiva il supplizio alla prova, il terrore alla verità, la brutalità alla certezza giuridica[56].
Nel fervore riformatore dell'Illuminismo la tortura giudiziaria emerse come uno dei bersagli più ferocemente denunciati dai *philosophes*, simbolo di una giustizia arcaica che, lungi dal perseguire la verità, si trasformava in un crudele strumento di oppressione. Montesquieu, ne *Lo Spirito delle Leggi*, ne condannò la brutalità, sottolineando come essa riducesse l'essere umano a mera carne da tormento, annullan-

---

[55] Tale principio di presunzione di innocenza era stato formulato per la prima volta da Hobbes. Cfr. T. Hobbes, *Leviathan. Sive de materia, forma, et potestate civitatis acclesiasticae et civilis (1651)*, in *Thomae Hobbes Malmesburiensis Opera philosophica quae latine scripsit omnia in unum corpus nunc primum collecta studio et labore Gulielmi Molesworth*, London, 1839-45, ristampa: Scientia Aalen, III, London, 1961, 134.
[56] Cfr. ancora M. Sbriccoli, *Tormentum idest torquere mentem. Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, cit., pp. 30-33; M. Meccarelli, *Tortura e processo nei sistemi giuridici dei territori della Chiesa. Il punto di vista dottrinale (secolo XVI)*, cit., 698 ss.

done la dignità e svuotandolo della sua essenza razionale[57]. In quel senso, la tortura si configurava come il residuo di un'età barbara e selvaggia, un macabro residuo di un potere punitivo cieco e vendicativo, incompatibile con i principi di progresso e civiltà propugnati dagli illuministi.

L'umanizzazione delle pene e la costruzione di un sistema giuridico che rispettasse i diritti naturali dell'individuo divennero così nodi centrali del pensiero illuministico.

Oltre all'aspetto etico, i pensatori illuministi contestarono l'inefficacia della tortura come deterrente. Beccaria, in particolare, affermò con decisione che non era la crudeltà della pena a prevenire il crimine, bensì la sua certezza: una giustizia severa ma incerta generava più insubordinazione di quanta ne scoraggiasse[58]. La tortura, dunque, non solo violava i principi fondamentali del diritto naturale, ma alimentava un clima di terrore che minava la fiducia nella legge stessa, rafforzando gli abusi di potere e legittimando la sopraffazione come metodo di governo[59].

In quello scenario la battaglia contro la tortura non fu semplicemente una questione giuridica, ma una rivoluzione morale che ridefinì i confini della stessa giustizia criminale. L'Illuminismo, con il suo ardente desiderio di progresso, non si limitò a denunciare o a proporre riforme tecniche, ma si fece portavoce di una nuova etica, in cui la giustizia non doveva più essere strumento di dominio, bensì garanzia di equità e dignità per ogni individuo. Ciò segnava il tramonto di un modello processuale inquisitorio fondato sulla paura e sull'arbitrio e l'alba di una giustizia fondata invece sulla ragione e sulla certezza delle norme giuridiche, in cui il diritto penale non si sarebbe più manifestato nella mano armata del boia, ma nel giudizio imparziale di un tribunale finalmente libero dalle catene della crudeltà.

Nell'Europa del Settecento, attraversata da venti di cambiamento e fermento intellettuale, accanto al tema della tortura anche la questione della pena di morte si levava come un macigno nel dibattito

---

[57] Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 415 ss. V. pure G. Stoss, *Montesquieus Kriminalpolitik. Aus dem "Geist der Gesetze" zusammengestellt*, in *Reveu pénale suisse*, 1919, 22 s.

[58] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. III.

[59] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. XVI. Cfr. pure G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 475; nonché A. Manzoni, *Storia della colonna infame (1848)*, a cura di C. Riccardi, Milano, 1984, partic. 32.

intellettuale. Era il lascito di una giustizia oltremodo brutale, un rito di sangue che si consumava nelle piazze, sotto gli sguardi attoniti o indifferenti di popoli ormai assuefatti alla violenza del potere assoluto del sovrano[60].

Le esecuzioni capitali erano veri e propri scenari di potere e terrore, rappresentazioni pubbliche in cui la giustizia si mescolava alla dimostrazione brutale della supremazia dello Stato. Non si trattava solo di infliggere una punizione, ma di scolpire nella mente della collettività un avvertimento indelebile: il sovrano deteneva il diritto assoluto sulla vita dei suoi sudditi, un potere che si manifestava in un connubio tra giustizia, fede e autorità. La sorte del condannato variava a seconda del crimine commesso, con una gradazione di crudeltà che sembrava calibrata per massimizzare la sofferenza e la risonanza del castigo. I nobili godevano di una fine 'dignitosa' attraverso la decapitazione, il colpo netto della spada o della scure che poneva termine alla loro esistenza con un'apparenza di rispetto. Per i plebei, invece, l'impiccagione rappresentava la soluzione più comune, mentre gli eretici e le streghe venivano abbandonati alle fiamme del rogo, simbolo di una pena purificatoria della loro presunta corruzione spirituale. I traditori subivano lo squartamento, un supplizio che faceva a pezzi non solo il corpo, ma anche ogni residuo di onore. E poi c'era la ruota, la morte inflitta a suon di colpi di mazza su un corpo distorto, e l'annegamento, il silenzioso abbraccio delle acque che inghiottivano il condannato senza possibilità di appello. Quale che fosse stata la modalità prescelta dalla sentenza di condanna, l'esecuzione era orchestrata secondo un cerimoniale preciso e teatrale: il condannato, trascinato verso il patibolo su un carro, era accompagnato da un religioso che, per tutto il tragitto, lo esortava a pentirsi, come se l'espiazione potesse riscrivere un destino già segnato. Spesso il percorso era studiato per attraversare i luoghi del crimine, un viaggio della vergogna che metteva in scena l'ultimo atto della tragedia. Le esecuzioni si svolgevano nelle piazze più affollate, teatri all'aperto dove la folla si radunava con il morboso interesse riservato agli spettacoli più inquietanti. Il boia, figura sinistra e imprescindibile di quella tragica rappresentazione del potere, o più spesso un ufficiale leggeva la sentenza, mentre il condannato, posto di fronte al popolo e a Dio, doveva riconoscere la propria colpa e chiedere misericordia. Dopo il colpo finale, il corpo poteva rimanere esposto, mutilato o integro, a monito per i futuri trasgressori: le

[60] I. Mereu, *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale*, Roma, 2007.

teste mozzate infilzate su picche, le membra rinchiuse in gabbie di ferro, i resti infine destinati a fosse comuni, privati anche dell'onore di una sepoltura cristiana[61]. Eppure, talvolta, il destino concedeva un'ultima possibilità: un intervento d'alto rango, la clemenza di un ecclesiastico o del sovrano stesso, poteva trasformare la sentenza da morte in prigionia o esilio, riscrivendo così all'ultimo istante il capitolo finale di un'esistenza già condannata ad una morte atroce.
Ma fu in tale macabro contesto che alcuni pensatori illuministi – vere e proprie anime ribelli della ragione – osarono sfidare la tradizione, mettendo in discussione la legittimità della pena di morte come castigo definitivo e irreversibile. Fra questi, Cesare Beccaria si ergeva come una voce dirompente contro la pena capitale. Con la lucidità impietosa di un matematico che calcola le variabili della giustizia, egli dimostrò che la condanna a morte non era solo un abominio morale, ma anche una violazione del contratto sociale. Gli uomini, argomentava il giurista lombardo, non avrebbero mai acconsentito a concedere allo Stato il diritto assoluto di vita e di morte su di loro: un patto civile basato sulla razionalità non poteva ammettere la cessione di un potere così smisurato e definitivo[62]. Egli sosteneva altresì che l'inflizione della morte come punizione per un crimine, anche il più odioso ed efferato, non fosse efficace come deterrente, poiché la sua crudeltà spesso «desensibilizzava» soltanto la popolazione (che diveniva così sempre più assuefatta alle atrocità) anziché prevenirne i comportamenti devianti. Il popolo, lungi dal temerla, ne diventava solo uno spettatore insensibile, vedendo la brutalità legale come una fatalità, anziché un monito.
Beccaria, con il rigore di chi credeva che la giustizia dovesse essere guidata dalla ragione e non dalla vendetta, propose un'alternativa: la schiavitù perpetua, una punizione severa ma priva della crudeltà irreversibile della morte, una pena che non privava lo Stato della possibilità di correggere i propri errori. Più ancora, l'autore dell'opera *Dei delitti e delle pene* esaltava l'importanza dell'educazione come unico vero antidoto contro il crimine, convinto che fosse la cultura, e non il terrore, a rendere gli uomini virtuosi[63].
Oltre le Alpi, un'altra mente illuminata raccoglieva il testimone di

---

[61] Cfr. I. Mereu, *La morte come pena*, cit., 83 ss.
[62] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. XXVIII. In argomento v. C. Cattaneo, *Della pena di morte nella futura legislazione italiana (1860)*, in Id., *Storia universale e ideologia delle genti. Scritti 1852-1864*, a cura di D. Castelnuovo Frigessi, Torino, 1972, 191-192.
[63] Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 478.

questa battaglia abolizionista: Voltaire, il filosofo parigino che con la penna denunciava le ombre più oscure della società e, tra queste, il sistema di giustizia criminale, mosso dalla ferma convinzione che il diritto penale non dovesse essere uno strumento di terrore, ma un pilastro di civiltà e ragionevolezza. Egli immaginava un mondo in cui le pene fossero miti e comunque proporzionate, dove la giustizia non si nutrisse della crudeltà ma della saggezza[64]. Nelle segrete dei tribunali non si doveva più udire il gemito dei condannati a torture insensate, ma il sommesso brusio di un processo equo e razionale. Non più roghi e ferri incandescenti, ma leggi penali chiare e soprattutto applicate con imparzialità[65]. Così, fortemente influenzato dall'opera di Beccaria, il filosofo parigino non si limitò a teorizzare contro la pena di morte, ma ne evidenziò le storture attraverso il racconto di casi concreti di condanne ingiuste, mostrando come il patibolo fosse molto spesso il teatro di soprusi e di vendette mascherate da giustizia. Attraverso i suoi scritti, Voltaire descriveva l'arbitrio delle esecuzioni, evidenziando come la pena capitale fosse usata più come strumento di oppressione politica che come vero deterrente contro i crimini. Secondo il filosofo parigino, la società civile doveva fondarsi sulla ragione e sulla giustizia, non sulla brutalità e sulla vendetta legalizzata. La sua polemica attraversò l'Europa come una tempesta, scuotendo le coscienze di sovrani e giuristi, trasformando la lotta contro la pena di morte in una questione di civiltà.

Jeremy Bentham, filosofo e politico inglese, si unì a quella battaglia con una visione particolarmente pragmatica. Per Bentham la giustizia non era un'entità mistica, né il riflesso di ordini divini scolpiti nella pietra e quindi immutabili; essa doveva essere il mero prodotto di un pensiero razionale e concreto, forgiato sulla base di un principio cardine: l'utilitarismo. La massima felicità per il maggior numero di individui: questo era il criterio supremo con cui il diritto doveva essere forgiato e applicato. Ogni legge, ogni istituzione e ogni pena dovevano essere valutate non per la loro aderenza alla tradizione, ma per la loro capacità di migliorare la condizione umana. La sua critica feroce si scagliava contro la concezione del diritto naturale, un'idea che a suo avviso era poco più che un costrutto teorico privo di fondamento empirico. La società, sosteneva il filosofo londinese, non poggiava su diritti innati e immutabili, ma sulla regolazione ra-

[64] G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 316 ss.

[65] G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 317.

zionale dei comportamenti umani, necessaria per assicurare ordine, sicurezza e benessere. La legge non doveva dunque essere un manifesto ideologico, bensì un meccanismo calibrato sulle reali esigenze della collettività, uno strumento affinato con il criterio dell'utilità e non con dogmi astratti[66].

In tale ottica il sistema giuridico non doveva più rispondere a principi vaghi e idealistici, bensì a un calcolo attento delle conseguenze delle norme sulla felicità collettiva. Il diritto, nella visione benthamiana, doveva essere un meccanismo chiaro e accessibile a tutti, privo della complessità e delle ingiustizie del sistema giuridico britannico dell'epoca. La sua opera di riforma era animata dall'intento di rendere la legge comprensibile e utile, abolendo cavilli interpretativi e formalismi inutili. La legge (soprattutto quella penale) non doveva essere scritta per confondere, ma per servire la comunità nella sua interezza.

Il filosofo inglese immaginava infatti un futuro in cui la giustizia non fosse appannaggio di pochi giuristi, ma un bene comune al servizio della collettività. Fu proprio nell'ambito della giustizia penale che Bentham lasciò un segno indelebile. Nell'*Introduzione ai principi della morale e della legislazione* (1789)[67], criticò aspramente le pene crudeli e sproporzionate, ritenendole inutili e dannose. Secondo Bentham la punizione, per essere efficace, doveva essere calibrata in funzione della sua capacità di prevenire il crimine, non di infliggere sofferenze gratuite. Essa doveva scoraggiare il crimine senza trasformarsi in una vendetta cieca. Perciò era necessario un sistema equo, trasparente e funzionale, che permettesse la riabilitazione dei detenuti anziché la loro mera reclusione. In questa prospettiva nacque la teorizzazione del *Panopticon*, un carcere ideato per garantire la sorveglianza continua dei prigionieri, inducendoli all'autodisciplina e al miglioramento del comportamento senza ricorrere alla brutalità. Nei *Principi del codice penale* (1802)[68] il filosofo dimostrò inoltre che la pena capitale era assolutamente inefficace anche dal punto di vista dell'utilità sociale: essa non massimizzava il benessere della collet-

---

[66] Cfr. J. Dinwiddy, *Bentham*, Oxford, 1989, pp. 34-56; A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, cit., 428 ss.

[67] J. Bentham, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, trad. it. a cura di O. Marcacci, Roma, 2020, *passim*.

[68] Cfr. J. Bentham, *Principes du code pénal* (1802), in E. Dumont (a cura di), *Oeuvres de Jérémie Bentham jurisconsulte anglais*, t. I, *Traités de Lègislation civile et pénale*, Bruxelles, 1840, 117-220.

tività, ma privava la società di un individuo che, se punito in una maniera più adeguata, avrebbe ben potuto contribuire alla comunità in modo produttivo. Invece di annientare fisicamente il condannato, Bentham pensava infatti che fosse più utile impiegarlo in lavori forzati, affinché il suo debito con la collettività fosse ripagato con il lavoro, anziché con la morte. In sintesi, la giustizia, nella visione benthamiana, doveva essere misurata non sulla crudeltà della pena, ma sulla sua capacità di garantire l'ordine e assicurare il beneficio comune. Il suo pensiero non era semplicemente una teorica da trattato accademico, ma una visione concreta di un diritto al servizio della società, in grado di evolversi con il progresso e di rispondere alle esigenze della felicità collettiva[69].
Così, nel secolo dei lumi, l'idea della pena di morte iniziò a vacillare. La voce di Beccaria, la penna di Voltaire, il pragmatismo di Bentham contribuirono a dissacrare la violenza istituzionalizzata, ridisegnando il volto della giustizia con i tratti della ragione e dell'equità.

7. Dalla teoria alla pratica. L'abolizione della pena di morte nel Granducato di Toscana

Il dibattito sulla pena di morte non fu solo di carattere teorico, ma ebbe ripercussioni concrete sulle riforme legislative e giudiziarie del Settecento europeo. In particolare, le idee di Beccaria e di Voltaire influenzarono movimenti per l'abolizione della pena capitale e per la riforma dei sistemi penali.
Nel cuore del Granducato di Toscana, in un tempo in cui il patibolo rappresentava lo strumento più crudele di cui poteva avvalersi la giustizia criminale, Pietro Leopoldo I d'Asburgo-Lorena decise di spezzare una catena secolare[70]. La pena di morte, fino ad allora considerata il supremo baluardo dell'ordine sociale e primario strumento di potere del sovrano assoluto, venne dichiarata non solo inadeguata, ma irrimediabilmente ingiusta. Il Granduca, illuminato dagli insegnamenti di Beccaria, osservava con orrore la facilità con cui le sentenze capitali venivano pronunciate anche per crimini di lieve entità e decise così di intervenire sulla legislazione penale per renderla più umana, razionale e conforme ai principi di giustizia e

[69] Cfr. ancora J. Bentham, *Principes du code pénal*, cit., 225 ss.
[70] Nel XVIII secolo il Granducato di Toscana era già un territorio relativamente avanzato dal punto di vista culturale e giuridico, ma il sistema di giustizia criminale era ancora basato su pratiche punitive severe, tra cui la pena di morte e la tortura.

di utilità sociale. La giustizia criminale, sosteneva il giovane sovrano, non poteva essere ridotta a un atto di cieca punizione, ma doveva rispondere a princìpi di equità e proporzionalità. Una condanna doveva servire a riparare il danno subito dal privato e dalla collettività, correggere il colpevole e garantire la sicurezza di tutti.
Ma l'esecuzione capitale negava ogni possibilità di redenzione: non offriva alcuna correzione per il reo, solo un istante di terrore per la folla e un irrevocabile marchio di sangue sulla coscienza dello Stato. La pena, invece, doveva essere utile, non solo esemplare. E quale utilità poteva avere un morto? Nella sua visione rivoluzionaria Pietro Leopoldo individuò allora nella condanna ai lavori forzati per fini di pubblica utilità la vera alternativa alla pena capitale. Una condanna che non si consumava in un solo istante, ma che continuava nel tempo, offrendo alla società un esempio duraturo e al colpevole la possibilità di trasformarsi in un cittadino utile. Il patibolo incuteva paura, ma spesso generava solo compassione e indignazione; i lavori forzati, invece, mostravano la vera forza dello Stato, che si concretizzava in una punizione effettiva, tangibile, che manteneva intatta però la speranza della rieducazione del condannato e di un suo reinserimento sociale.
Così, il 30 novembre 1786, con l'emanazione della *Legge di riforma della legislazione criminale in Toscana*, meglio nota come *Codice leopoldino*[71], il

[71] Art. 51 Codice leopoldino: «Abbiamo visto con orrore con quanta facilità nella passata Legislazione era decretata la pena di Morte per Delitti ancora non gravi, ed avendo considerato che l'oggetto della Pena deve essere la soddisfazione al privato ed al pubblico danno, la correzione del Reo figlio anche esso della Società e dello Stato, della di cui emenda non può mai disperarsi, la sicurezza nei Rei dei più gravi ed atroci Delitti che non restino in libertà di commetterne altri, e finalmente il Pubblico esempio, che il Governo nella punizione dei Delitti, e nel servire agli oggetti, ai quali questa unicamente diretta, è tenuto sempre a valersi dei mezzi più efficaci col minor male possibile al Reo; che tale efficacia e moderazione insieme si ottiene più che con la Pena di Morte, con la Pena dei Lavori Pubblici, i quali servono di un esempio continuato, e non di un momentaneo terrore, che spesso degenera in compassione, e tolgono la possibilità di commettere nuovi Delitti, e non la possibile speranza di veder tornare alla Società un Cittadino utile e corretto; avendo altresì considerato che una ben diversa Legislazione potesse più convenire alla maggior dolcezza e docilità di costumi del presente secolo, e specialmente nel popolo Toscano, Siamo venuti nella determinazione di abolire come Abbiamo abolito con la presente Legge per sempre la Pena di Morte contro qualunque Reo, sia presente, sia contumace, ed ancorché confesso, e convinto di qualsivoglia Delitto dichiarato Capitale dalle Leggi fin qui promulgate, le quali tutte Vogliamo in questa parte cessate ed abolite». Testo estratto dal manoscritto originale della legge, conservato in *Archivio Stato Firenze*, Segreteria di gabinetto, Appendice, 62, ins. 40.

Granducato di Toscana si fece pioniere in tutta Europa di una riforma senza precedenti: la pena di morte venne abolita per sempre, per qualunque delitto, indipendentemente dalla gravità o dalla confessione del reo. Si faceva così del carcere il principale strumento di punizione dei crimini proprio perché si trattava di una pena flessibile e facilmente graduabile, prendendo in tal senso ispirazione dai principi e dalle teoriche elaborate in materia dagli illuministi. In tal modo, con un tratto di penna, Pietro Leopoldo cancellava secoli di esecuzioni, dimostrando che si poteva governare senza ricorrere al sangue. In sintesi, la riforma legislativa leopoldina, che fece della Toscana il primo Stato al mondo ad abolire la pena capitale, prevedeva l'abolizione della pena di morte e la sua sostituzione con pene detentive e lavori forzati; l'eliminazione della tortura come strumento di investigazione e punizione; l'introduzione di un sistema penale più umano, basato sulla proporzionalità delle pene e sulla riabilitazione dei condannati. Tale riforma rappresentò dunque un momento di svolta nella storia del diritto penale, dimostrando che le idee illuministe potevano essere tradotte in pratica e influenzando non solo la Toscana ma anche altri Stati europei. Il *Codice leopoldino* fu celebrato come un trionfo della ragione e dell'umanità e contribuì a consolidare la reputazione di Pietro Leopoldo I come uno dei sovrani più progressisti del suo tempo,[72] riflettendo una visione della giustizia come strumento per proteggere la società e migliorare le condizioni umane dei condannati, piuttosto che come mezzo di mera repressione dei crimini e oppressione dei sudditi.

Ciò nondimeno, deve essere evidenziato che la decisione illuminata del Granduca di Toscana ebbe vita breve, dal momento che la pena capitale fu reintrodotta nel 1790 per la punizione del crimine di lesa maestà (e per gli altri crimini politici) ed estesa poi da Ferdinando III, successore di Pietro Leopoldo, nel 1795 anche all'omicidio e ad altri reati comuni.

8. La giustizia come imperativo morale. La difesa kantiana della pena di morte

Non tutti i pensatori dell'epoca furono però pienamente favorevoli all'abolizione della pena capitale. Come si è detto, Montesquieu

[72] Per la letteratura, v. per tutti C. Bianchi, *Toscana e Austria: cenni storico-politici*, Firenze, 1859; G. Alessi, *Questione giustizia e nuovi modelli processuali tra '700 e '800: il caso leopoldino*, in L. Berlinguer, F. Colao (a cura di), *La "Leopoldina" nel Diritto e nella Giustizia in Toscana*, Milano, 1989. Cfr. pure M. R. Di Simone, *Istituzioni e fonti normative dall'Antico Regime al fascismo*, Giappichelli, Torino, 2007.

e Rousseau ne ammettevano il mantenimento, sia pure temperato; figure come Immanuel Kant, pur sostenendo i principi cardine dell'Illuminismo, si schierarono convintamente a difesa della piena legittimità dello *ius vitae ac necis* dello Stato, ritenendo il suo esercizio un coerente atto di giustizia, oltremodo necessario per il mantenimento dell'ordine morale e giuridico della società.
Nel pensiero di Kant si ritrova la difesa della pena di morte come una forma di giustizia retributiva, basata sul principio che il crimine deve essere punito in modo proporzionale alla sua gravità, senza considerazioni utilitaristiche o compassionevoli. Per il filosofo tedesco, che concepiva il diritto come una struttura che non può vacillare sotto il peso di considerazioni meramente pragmatiche, la giustizia non poteva essere piegata ai calcoli utilitaristici né contaminata da sentimenti di compassione: essa doveva rispondere a un principio assoluto e immutabile, quello della retribuzione. Il crimine, nella sua essenza, era un atto che sovvertiva l'equilibrio morale e sociale, un affronto alla razionalità della legge che doveva necessariamente trovare un contrappeso adeguato nella punizione[73].
L'idea di una giustizia retributiva implicava che il colpevole, avendo tratto un vantaggio ingiusto dalla sua azione criminosa, dovesse restituire ciò che aveva sottratto, e se ciò che aveva tolto era una vita, nulla poteva pareggiare quel debito se non la sua stessa esistenza. Nessun compromesso, nessuna attenuante. La giustizia doveva essere come una bilancia perfetta, in cui ogni crimine doveva trovare la sua punizione secondo l'applicazione di un criterio proporzionale, senza deviazioni dall'assoluto dovere morale che reggeva l'universo normativo. Muovendo da tale presupposto quella forma di giustizia proponeva concettualmente un sistema penale che si concentrava esclusivamente sulla punizione, piuttosto che sulla deterrenza, sulla prevenzione di crimini futuri, o sulla riabilitazione dei delinquenti.
Particolarmente nell'opera dal titolo *Metafisica dei costumi* (1797)[74] Kant sostenne che la pena di morte fosse ben giustificata nei casi di omicidio. Secondo il filosofo tedesco era l'idea stessa di giustizia a richiedere che chi commetteva un crimine così grave come l'omicidio dovesse necessariamente subire una punizione equivalente. Punire il colpevole con la stessa misura del crimine commesso non era un atto di vendetta, ma il riflesso di una legge morale che esi-

[73] Cfr. A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, cit., 430-431.
[74] Immanuel Kant, *La metafisica dei costumi*, note e cura di Giovanni Vidari, Roma-Bari, 2016.

geva una risposta coerente. Per Kant, dunque, la pena capitale non rappresentava solo un mezzo efficace per mantenere l'ordine sociale, ma un vero e proprio imperativo morale: la società civile aveva infatti il «dovere» di punire il colpevole in modo proporzionato alla gravità del crimine commesso, indipendentemente da qualsivoglia riflessione utilitaristica. Nella visione kantiana, la giustizia non era uno strumento da maneggiare con la flessibilità dell'opportunismo politico, ma un vero e proprio principio morale che imponeva una rigorosa simmetria: chi aveva spezzato la vita di un altro, doveva a sua volta perdere la propria.

In altri termini, l'applicazione della pena di morte costituiva un dovere morale per soddisfare l'esigenza intima dell'uomo (concepita in termini di «legge morale») che giustizia fosse fatta, anche se la morte del colpevole non portava alcun beneficio pratico alla società[75].

Tale impostazione si inseriva perfettamente nel sistema etico-deontologico kantiano, dove il dovere e la legge morale prevalevano su qualsiasi altra considerazione. La legge morale che albergava nell'interiorità di ciascun uomo rappresentava così il senso innato di giustizia e correttezza che guidava (*rectius*: «doveva» guidare) tutte le azioni e decisioni umane e che, così facendo, tracciava il confine tra il bene e il male, tra il giusto e l'ingiusto. È facile comprendere allora come la giustizia, per Kant, non fosse un contratto sociale negoziabile, ma una realtà inscritta nella razionalità umana, un principio che guidava ogni scelta e che tracciava con nettezza il confine tra il bene e il male. La pena di morte, in tale prospettiva, non era quindi un semplice mezzo per garantire sicurezza o ordine, ma un atto necessario per ristabilire la giustizia, affinché l'equilibrio etico del mondo non fosse spezzato senza conseguenze.

Tuttavia, Kant si opponeva fermamente alla strumentalizzazione della pena capitale per meri fini utilitaristici. La morte di un criminale non poteva essere giustificata come deterrente per la società, perché ogni individuo, per quanto colpevole, conservava la propria dignità umana. L'uomo non poteva essere usato come mezzo per raggiungere uno scopo, fosse anche la prevenzione del crimine. La giustizia retributiva kantiana era dunque severa e inflessibile, ma mai cinica o opportunistica: puniva perché «doveva», non perché «conveniva».

Così, il sistema giuridico kantiano si presentava come una costruzione rigorosa e priva di compromessi, un meccanismo in cui ogni

[75] Cfr. ancora A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, ult. loc. cit.

ingranaggio doveva muoversi in perfetta coerenza con la legge morale. Nella sua visione del mondo, la giustizia non era un principio che poteva essere adattato alle circostanze, ma un vero e proprio «imperativo morale» che, in quanto tale, doveva essere obbligatoriamente rispettato in ogni caso, senza esitazione e senza eccezioni.

9. Fra Locke e Hobbes. Gaetano Filangieri e la legge penale come custode della civiltà

La storiografia[76] ha evidenziato come, tra gli esponenti dell'Illuminismo giuridico italiano, Gaetano Filangieri abbia sviluppato nella sua monumentale opera intitolata *Scienza della Legislazione* (1780-1791)[77] una teorica del tutto autonoma, evidenziando la sussistenza di una perfetta continuità fra lo stato di natura e la società civile[78]. Il filosofo napoletano infatti sosteneva che lo stato civile o politico non fosse una nuova fucina di diritti inesplorati, ma piuttosto il custode che ne assicurava la perpetuazione, come un faro che illumina e protegge le leggi preesistenti dai marosi del caos sociale. Tale prospettiva, a ben vedere, rifletteva la stessa impostazione garantista di Locke, il quale vedeva nello stato politico una fortezza eretta per difendere più efficacemente i diritti già posseduti dagli uomini nello stato di natura, evitando che venissero dispersi come foglie al vento dell'anarchia. Vi era infatti una profonda affinità tra la concezione giusnaturalistica di Filangieri e quella di Locke: per quest'ultimo la società civile (o politica) non era una frattura con lo stato naturale, né una sua negazione, ma piuttosto la sua evoluzione, un raffinamento che

---

[76] F. Venturi, *Gaetano Filangieri. Nota introduttiva*, in *Illuministi italiani*, t. V, *Riformatori napoletani*, Napoli, 1962-1963. Cfr. pure D. Ippolito, *La Scienza della legislazione. Introduzione al pensiero giuridico di Gaetano Filangieri*, in *Historia et Ius*, 24, 2023, *Paper* 2, 1-29.

[77] G. Filangieri, *La Scienza della legislazione* (1780-1791), edizione critica diretta da V. Ferrone, 7 voll., Venezia 2003-2004 [vol. 1: libro I, *Delle regole generali della scienza legislativa* (1780), a cura di A. Trampus; vol. 2: libro II, *Delle leggi politiche ed economiche* (1780), a cura di M.T. Silvestrini; vol. 3: libro III, *Delle leggi criminali*. Parte prima, *Della procedura* (1783), a cura di F. Toschi Vespasiani; vol. 4: libro III, *Delle leggi criminali*. Parte seconda, *Dei delitti e delle pene* (1783), a cura di G. Tocchini e A. Trampus; vol. 5: libro IV, *Delle leggi che riguardano l'educazione, i costumi e l'istruzione pubblica* (1785), a cura di P. Bianchini; vol. 6: libro V, *Delle leggi che riguardano la religione* (1791), a cura di G. Tocchini; vol. 7, *La genesi e le edizioni della «Scienza della legislazione»*, di A. Trampus, e Indici].

[78] Cfr. M. A. Cattaneo, *Alcuni aspetti della dottrina penalistica di Gaetano Filangieri*, in L. D'Alessandro (a cura di), *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, Napoli, 1991, 262 ss., partic. 269; nonché più recentemente F. Berti, *Garanzie processuali e diritti dell'uomo nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri*, in *Historia et Ius*, 2, 2012, *Paper* 18, 19 ss.

avrebbe levigato la pietra grezza dell'umanità senza distruggerne la forma originaria. Filangieri affermava quella continuità seguendo il tracciato già solcato dal pensatore inglese, come un viandante che ripercorre le antiche strade della ragione. Egli concepiva lo stato di natura non alla maniera di Hobbes come un'arena di conflitti in cui imperava il principio della «lotta perpetua» di tutti contro tutti (*bellum omnium contra omnes*), ma come un campo in cui l'uomo, grazie alla sua razionalità e all'innata inclinazione alla socialità, viveva almeno inizialmente in armonia con gli altri individui, come strumenti di un'orchestra che, pur senza un direttore, trovano un naturale equilibrio nella melodia dell'esistenza.

La visione giusnaturalistica di Filangieri, in armoniosa convergenza con il pensiero lockiano, si contrapponeva nettamente all'impostazione dei giusnaturalisti di matrice assolutista, rappresentati da Hobbes. L'adozione di un modello basato sul diritto naturale consentiva al filosofo napoletano di riabbracciare l'idea garantista dei diritti enunciata da Locke: diritti che dovevano essere assorbiti dall'architettura giuridica e, nello specifico, dall'ordinamento penale.

Nel cuore pulsante della Napoli del tardo Settecento, tra le strade intrise di storia e i palazzi che respiravano il tempo, si agitava il pensiero di Filangieri. Da un lato, l'ombra di Thomas Hobbes incombeva come una tempesta sul mare, con il suo Leviatano che tutto inghiottiva, il suo Stato assoluto che divorava diritti e speranze, lasciando agli uomini nient'altro che l'assoluta sottomissione. Dall'altro, il lume della ragione brillava nel pensiero di John Locke, il custode di un'idea radicale e audace: i diritti naturali non dovevano essere concessi dall'alto, ma riconosciuti e garantiti dalla legge[79].

Fu così che Filangieri, intento a sfidare l'autoritarismo, abbracciò il modello giusnaturalistico, non per sottomettersi integralmente ad esso, ma per innalzare una nuova architettura giuridica. Una cattedrale di norme e principi, dove i diritti dell'uomo – la vita, la libertà, la proprietà – non fossero pietre d'inciampo, ma vere e proprie colonne portanti della giustizia.

Nel suo disegno il diritto non era un freddo ingranaggio del potere, bensì il baluardo di una società civile degna di chiamarsi tale. E così, attraverso il contratto sociale, gli uomini avrebbero ceduto il potere di punire alla collettività, non per alimentare un Leviatano insaziabile, ma per rendere la giustizia davvero tale, strumento di equilibrio e salvaguardia. Inoltre, così facendo, sarebbe stato tutelato l'insieme

[79] In argomento v. N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, Torino, 1963.

di diritti civili acquisiti mediante il patto fondativo dello Stato. In tal modo la comunità politica avrebbe ereditato la stessa facoltà che, nello stato di natura, il singolo poteva esercitare nei confronti degli altri.

Filangieri sapeva che il suo sogno era audace, un'idea che sfidava i secoli e il potere assoluto dei sovrani, ma il suo cuore ardeva della certezza che nessuna civiltà poteva dirsi tale senza il rispetto e la protezione dei diritti inalienabili dell'uomo. La sua filosofia giuridica non era solo teoria, ma un battito costante, il ritmo di un progresso che mai si sarebbe fermato.

L'orientamento garantista e liberale dell'impianto contrattualista si fondeva, nel pensiero del giovane filosofo napoletano, con la prospettiva democratico-repubblicana, configurandosi come il tassello finale di un mosaico ideologico volto alla costruzione di un sistema giuridico equo e saldo. Il suo schema rappresentava un ponte verso una società in cui il diritto non era solo norma, ma baluardo di libertà e giustizia[80].

Lo Stato che deteneva il diritto di punire si configurava come il tempio della cittadinanza libera ed eguale, un'arena in cui il potere punitivo non era prerogativa di un sovrano distante, ma l'emanazione diretta della volontà collettiva. Le giurie, simbolo della partecipazione attiva alla giustizia, si ergevano come custodi di un ordine fondato non sulla mera imposizione, ma sulla legittimazione del giudizio popolare. Come il diritto di accusare era un vessillo della condizione civica, così il diritto di punire si traduceva essenzialmente in un atto di sovranità condivisa[81].

Il diritto di infliggere pene era la conseguenza inevitabile di questo potere: nel tessuto dello stato civile la necessità della sanzione si insinuava come un meccanismo di equilibrio tra libertà e giustizia. L'uomo, figura ambivalente che oscillava tra il richiamo selvaggio dell'indipendenza e la consapevolezza della responsabilità collettiva, percepiva che la sottrazione di una porzione della propria libertà naturale diventava il prezzo da pagare per la conquista della stabilità e della felicità comune. Egli nascondeva nel profondo del suo spirito l'ambiguo disegno di affidare le leggi agli altri come baluardo della propria sicurezza, mentre tentava segretamente di sottrarsi alle loro

---

[80] F. Berti, *Garanzie processuali e diritti dell'uomo*, cit., 20. Cfr. pure N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, cit., 197 ss.

[81] F. Berti, *Garanzie processuali e diritti dell'uomo*, cit., 21-22; M. A. Cattaneo, *Alcuni aspetti della dottrina penalistica di Gaetano Filangieri*, cit., 271-279.

maglie esclusivamente per il proprio vantaggio personale.
Così, in questa dialettica tra ordine e trasgressione, tra libertà e giustizia, lo Stato si ergeva come il crocevia di tensioni eterne, dove la pena non è mera afflizione, ma necessaria misura di protezione e garanzia di una convivenza destinata a mantenere il fragile equilibrio tra individualità e comunità.
Nel tessuto primordiale dello stato di natura Filangieri scorgeva un diritto che pulsava come un battito originario e che rappresentava un'eco inalterata della volontà umana: il diritto di punire (*ius puniendi*). Non si trattava di un'invenzione artificiale del potere, bensì tale diritto era una prerogativa insita nella stessa esistenza dell'uomo, un diritto che si dispiegava nella sua universalità, un vincolo che legava ciascun individuo alla collettività e che si imponeva con la stessa forza della necessità.
L'influenza di Locke, architetto di una filosofia giusnaturalista che esaltava la libertà e la reciprocità, attraversava le pagine del pensiero filangieriano come un solco profondo nella terra della ragione[82]. La sua teoria si innestava sulla convinzione che la legge di natura, per non risultare vana, esigeva un garante, un custode che la rendesse effettiva. In tale orizzonte, Filangieri riprendeva il principio lockiano per sostenere la legittimità della pena capitale, opponendosi alle riflessioni di Beccaria e riaffermando che, se nello stato di natura ogni uomo era libero ed eguale, allora ogni uomo era il legittimo titolare del diritto di esercitare la punizione.
Ma l'imperfezione dello stato di natura, secondo il filosofo napoletano, non derivava dall'assenza di questo diritto bensì dalla sua stessa precarietà, dall'incapacità di renderlo un meccanismo regolato e giustiziabile. Il diritto di punire si configurava, dunque, non come un impulso arbitrario ma come un cardine necessario per l'edificazione dell'ordine civile, una fiamma che, disciplinata dal vincolo giuridico, illuminava il sentiero della giustizia senza incenerire la dignità dell'uomo.
In tale contesto la sanzione penale si configurava come l'ago della bilancia che regolava l'equilibrio fragile tra il dovere sociale e il diritto individuale. Essa rappresentava quel segmento della legge in cui al cittadino veniva posta una scelta cruciale: seguire il solco della responsabilità collettiva o accettare supinamente la privazione di un diritto come conseguenza del proprio agire.
Priva di tale presidio, la società sarebbe stata esposta alla corrosione

[82] F. Berti, *Garanzie processuali e diritti dell'uomo*, cit., 22.

dell'impunità, in cui il crimine, libero da vincoli, si sarebbe replicato senza freno e il contagio del cattivo esempio sarebbe divenuto una fiamma indomabile che avrebbe incendiato le coscienze. La pena, dunque, non si riduceva a mera vendetta né si cristallizzava in un rituale di espiazione. Al contrario, essa assumeva il volto severo della dissuasione, il carattere della prevenzione speciale e ancor più della prevenzione generale, esercitando un monito che riverberava oltre il singolo colpevole[83].
Da quella concezione della sanzione penale Filangieri traeva il principio di proporzionalità tra delitto e pena, che a sua volta culminava nella mitezza del diritto: la sofferenza inflitta doveva essere minima, ma la sua capacità di scoraggiamento massima, affinché la giustizia non si fosse trasformata in cieca afflizione, ma fosse restata vigile custode della civiltà, proteggendo la libertà senza mai soffocarla[84].

9.1. Il patto infranto e la legge ritrovata. La dottrina penale di Filangieri

Filangieri, con acume e lungimiranza, travalicava la rigida impostazione meramente utilitarista del diritto, scardinando l'idea che la pena dovesse fondarsi esclusivamente su un principio intimidatorio. La sua teorica della pena si fondava sul primato inviolabile dei diritti dell'uomo, disegnando confini precisi entro cui il potere punitivo dello Stato poteva legittimamente operare.
Il filosofo napoletano affermava con fermezza che il legislatore, nell'assegnare le pene alle diverse forme di crimine, doveva mantenersi entro un delicato equilibrio: concedere solo quel grado di severità indispensabile per scoraggiare il crimine, senza mai oltrepassare la soglia che separava la giustizia dalla tirannia. Qualora tale limite fosse stato varcato, la sanzione si sarebbe trasformata in arbitrio, e il potere, anziché proteggere la società, avrebbe finito per erodere i diritti fondamentali degli individui, sacrificando più di quanto fosse necessario per garantire la sicurezza collettiva. In tale prospettiva Filangieri si faceva paladino di un sistema giuridico che non erigeva mura di repressione, ma piuttosto ponti di equità, bilanciando la necessità di ordine con il rispetto della dignità umana.
Nel suo ambizioso progetto giuridico, contenuto nella *Scienza della*

---

[83] Cfr. *amplius* M. A. Cattaneo, *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990, 105 ss.
[84] F. Berti, *Garanzie processuali e diritti dell'uomo*, ult. loc. cit.

Legislazione, Filangieri modellava la teoria della pena come un sofisticato meccanismo di equilibrio, in cui la sanzione non era una mera retribuzione, bensì il riflesso armonico della violazione commessa. Con sguardo penetrante e metodo originale, il filosofo napoletano ridefiniva il concetto stesso di pena, partendo da un'interpretazione innovativa del contratto sociale, cioè un accordo primordiale che, lungi dall'essere un monolite giuridico immutabile, si frammentava in una serie di patti distinti, di cui le leggi costituivano l'espressione concreta[85]. Queste ultime, simili a pilastri che sorreggevano l'edificio della convivenza civile, delineavano i doveri del cittadino, quale prezzo necessario per i benefici acquisiti nella società.
Pertanto, ogni trasgressione non si limitava a violare una norma positiva, ma incrinava il fondamento stesso del patto sociale, minando quell'equilibrio delicato tra diritti e doveri. Se le leggi rappresentavano le formule che esprimevano tali accordi, la loro violazione equivaleva alla rottura di un patto essenziale per la coesione comunitaria[86].
Con la precisione di un architetto della giustizia, egli suddivideva poi le pene in cinque categorie, ciascuna specchio fedele dei diritti fondamentali sanciti dal patto sociale (diritto alla vita, diritto all'onore, diritto alla proprietà, diritto alla libertà personale, diritto alle prerogative civiche), quasi fossero tessere di un mosaico che componeva la struttura normativa della convivenza civile[87].
Le pene capitali rappresentavano la cesura ultima del diritto alla vita, la soglia invalicabile oltre la quale il patto sociale stesso si dissolveva, privando l'individuo della sua stessa esistenza.
Le pene infamanti, invece, si manifestavano come un'ombra che si allungava sull'onore del cittadino, erodendone il capitale simbolico e relegandolo ai margini della considerazione sociale.
Filangieri identificava poi le 'pene pecuniarie', che incidevano sulla proprietà reale, simili a un vento impetuoso che disgregava le fondamenta materiali della sicurezza individuale.
Seguivano le pene privative o sospensive della libertà personale – carcere, esilio, deportazione – che, come catene invisibili, imprigionavano l'autodeterminazione dell'individuo, restringendo i confini

---

[85] Nello stesso senso, v. F. Berti, *Garanzie processuali e diritti dell'uomo*, cit., 22. Cfr. pure M. A. Cattaneo, *Alcuni aspetti della dottrina penalistica di Gaetano Filangieri*, cit., 279-280.
[86] Cfr. F. Berti, *Garanzie processuali e diritti dell'uomo*, loc. ult. cit.
[87] Sul punto, v. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2002, 384 ss.

della sua libertà fisica e morale.
Infine, le pene privative o sospensive delle prerogative civiche colpivano i diritti di cittadinanza, escludendo il condannato dalla vita pubblica e dalle dinamiche partecipative della comunità, quasi fosse un naufrago alla deriva fuori dai confini dell'ordine sociale.
In quella visione complessiva profondamente razionale e calibrata, la pena non era dunque concepita come una semplice sanzione punitiva, bensì come una misura proporzionata, modellata con la stessa precisione con cui un legislatore plasmava le leggi. Ogni crimine commesso determinava una perdita commisurata al diritto violato, garantendo che la giustizia non si trasformasse in arbitrio, ma rimanesse fedele a quel principio di equità che Filangieri poneva al centro della sua dottrina penale[88].
In tale contesto si collocava infine la questione della educazione dei detenuti a scopo riabilitativo. Muovendo infatti dalla considerazione che fra tutte le categorie di pene fosse da preferire, per quanto possibile, la pena privativa della libertà, il filosofo poneva l'accento sull'educazione, unico aspetto che avrebbe potuto consentire un'effettiva riabilitazione del detenuto. Secondo Filangieri una pena giusta e soprattutto efficiente non poteva basarsi solo sulla privazione della libertà, ma doveva essere sostenuta da un'educazione morale e giuridica. Le giornate in prigione avrebbero dovuto includere vere e proprie lezioni etiche e lo studio attento del codice penale, in un binomio pensato per guidare il condannato verso un percorso educativo di piena redenzione. Così, lungi dall'essere uno strumento di oppressione o comunque meramente sanzionatorio, per il filosofo napoletano la pena si configurava come un meccanismo regolatore fondato sul binomio «espiazione-rieducazione», un contrappeso necessario per ristabilire l'equilibrio sociale compromesso e preservare l'integrità stessa del contratto sociale[89].

9.2. Il difficile equilibrio fra giustizia e tirannia nell'Antico Regime. Filangieri e la legittimità della pena di morte

Filangieri, in un acceso confronto intellettuale con Beccaria, giungeva a una posizione che scuoteva le fondamenta del pensiero penalistico illuminista: la legittimità della pena di morte. Se Beccaria

[88] Cfr. ancora F. Berti, *Garanzie processuali e diritti dell'uomo*, cit., 22-23.
[89] Cfr. P. Lapi, *La legislazione criminale sostanziale nel pensiero di Gaetano Filangieri*, in Filangieri, *Esegesi*, partic. 59.

la condannava senza riserve, Filangieri ne riconosceva invece la legittimità anche se esclusivamente come *extrema ratio*. Per il giovane filosofo il diritto di condannare a morte un individuo (*ius vitae ac necis*) costituiva un rimedio estremo che lo Stato poteva impiegare ma con parsimonia, senza mai lasciarlo divenire strumento di abuso[90]. Era come un ferro rovente che il legislatore doveva maneggiare con cautela, poiché, se usato sconsideratamente, anziché consolidare l'ordine sociale, lo avrebbe corroso dall'interno.

Numerosi studiosi hanno dedicato pagine dense di analisi al dibattito generato dalle argomentazioni di Filangieri a favore della pena capitale, ma nel contesto del garantismo penale diviene cruciale evidenziare la sua posizione restrittiva: quella forma suprema di sanzione doveva essere riservata esclusivamente a due fattispecie di reato, l'omicidio e la lesa maestà[91]. In altri termini, egli non concepiva la pena di morte come un dispositivo di repressione indiscriminata, ma come l'ultimo baluardo contro crimini che minavano irrimediabilmente la sicurezza collettiva e la stabilità istituzionale.

Il filosofo napoletano, con acuta lungimiranza, metteva in guardia dai pericoli derivanti da un uso spropositato della pena capitale. «Per poco che se ne abusi», osservava con tono severo, «degenera in un veleno micidiale che può insensibilmente condurre il corpo politico alla dissoluzione e alla morte». La sua metafora suggeriva l'immagine di un farmaco potente ma pericoloso: somministrato con misura, preservava l'organismo sociale, ma se impiegato oltre il necessario, lo avvelenava irreversibilmente.

Filangieri, dunque, non difendeva la pena di morte come soluzione abituale, ma come un meccanismo da impiegare solo nei casi più estremi, con il rigore di chi comprendeva che ogni condanna capitale non era soltanto la fine di un individuo, ma un colpo inferto alla stessa credibilità del sistema giuridico. L'abuso della pena capitale (il cui esercizio da parte dello Stato era però astrattamente considerato legittimo dal giovane filosofo) non era comunque ammissibile: se la giustizia si fosse trasformata infatti in un'arena di sangue, il patto

---

[90] Cfr. F. Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1985, 532 ss.

[91] Il richiamo, tra gli altri, è all'opera di I. Mereu, *La morte come pena*, cit., 121 ss. Cfr. pure N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1987, 183 ss.; M. R. Di Simone, *Gaetano Filangieri e i criminalisti italiani della prima metà dell'Ottocento*, in A. Trampus (a cura di), *Diritti e costituzione. L'opera di Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, Bologna, 2005, 199 ss.; D. Luongo, *Al tramonto della respublica dei togati. Dibattiti giuspolitici nel Settecento napoletano*, Napoli, 2023, 250 ss.

sociale avrebbe perduto la propria ragion d'essere, cedendo il passo alla paura e al disordine, laddove il diritto avrebbe invece dovuto essere strumento di equilibrio e garanzia per la collettività.
Con la lucidità di un legislatore capace di scrutare le dinamiche più profonde della società, poi, il filosofo napoletano denunciava con fermezza i pericoli insiti nell'abuso della pena di morte. Egli non si limitava a una condanna astratta, ma ne analizzava con rigore le conseguenze, mettendo in luce il paradosso di uno strumento che, lungi dal reprimere il crimine, ne diveniva spesso involontario amplificatore. L'eccessivo ricorso all'esecuzione capitale, sosteneva il filosofo napoletano, produceva tre effetti deleteri: l'aumento di delitti particolarmente efferati, l'impunità di crimini minori e la perdita di valore (e quindi dell'efficacia deterrente) della stessa pena agli occhi della società.
Sul primo punto Filangieri riprendeva un argomento già sollevato da Tommaso Moro e altri illustri pensatori: punire il furto con la morte significava spingere i ladri a trasformarsi in assassini. Se la pena per il furto e l'omicidio era la medesima, il criminale si trovava dinanzi a una scelta razionale e brutale: eliminare il testimone per sfuggire alla cattura. «Il ladro dunque diviene quasi sempre assassino», ammoniva Filangieri, «poiché il secondo delitto, senza esporlo ad una pena maggiore, lo libera da un testimonio importante». Era l'applicazione distorta della cosiddetta «logica del rischio calcolato», dove la severità ingiustificata della sanzione punitiva diventava un incentivo all'efferatezza.
L'impunità era il secondo pericolo che derivava da una giustizia implacabile e cieca[92]. Se la pena di morte fosse diventata una sanzione ordinaria, la società stessa si sarebbe opposta alla sua esecuzione, provocando un cortocircuito nel sistema giuridico. Filangieri evidenziava il caso del furto domestico: di fronte alla prospettiva di vedere impiccato un ladro sotto la soglia della propria casa, il padrone preferiva tacere, occultando il crimine, piuttosto che esporre sé stesso e la propria famiglia alla riprovazione pubblica. Così la pena estrema, anziché fungere da deterrente, si trasformava in un ostacolo al normale corso della giustizia criminale, poiché il terrore della sua applicazione spingeva i cittadini a nascondere i reati piuttosto che denunciarli.
Infine, Filangieri rifletteva sulla perdita di vigore della pena capitale quando questa diventava frequente e abituale. Le pene, osservava il

[92] Cfr. D. Luongo, *Al tramonto della respublica dei togati*, cit., 253.

filosofo, avevano un doppio valore: uno assoluto, determinato dalla loro severità intrinseca, e uno di opinione, ossia la percezione che esse suscitavano nella coscienza collettiva. Se la morte di Stato si trasformava in uno spettacolo ricorrente, il suo effetto dissuasivo si dissolveva, riducendosi a un macabro rituale che non generava più quella sensazione di terrore e gravità necessaria per incutere rispetto. «Non si può dubitare», scriveva Filangieri nella *Scienza della Legislazione*, «che le impressioni più forti perdano il massimo loro vigore allorché sono frequenti». Un patibolo innalzato troppo spesso cessava di essere monito e si tramutava in una scena ormai priva di significato, divenendo l'esecuzione pubblica della pena capitale un mero evento che il popolo contemplava con indifferenza, svuotandolo del suo potere fortemente simbolico[93].
Filangieri non solo criticava l'eccessivo ricorso alla pena capitale, ma ne decifrava il fallimento strutturale, mostrando come la giustizia dovesse misurarsi non solo sull'intensità della punizione, ma sulla sua efficacia nel preservare l'ordine sociale. Un sistema punitivo equilibrato, sosteneva il filosofo, era come un corpo che doveva regolare le proprie febbri senza avvelenarsi con dosi eccessive di rimedi estremi. Se la giustizia degenerava in crudeltà, essa non soltanto reprimeva il crimine, ma addirittura lo alimentava, trasformando lo Stato da custode dell'ordine in complice involontario delle sue stesse distorsioni.

9.3. La giustizia equa e proporzionata. Filangieri e la misura della pena

Nel labirinto della teoria penale illuminista Gaetano Filangieri tracciò una mappa in cui le pene non erano semplici strumenti di punizione, ma architetture costruite per ristabilire l'equilibrio sociale. Fra queste, egli considerava universali – e come tali applicabili a ogni cittadino e in ogni tipo di società – le pene privative o sospensive della libertà personale, baluardi di controllo e disciplina che avevano la delicata funzione di regolare il comportamento senza oltrepassare i confini della crudeltà. Al riguardo la recente storiografia ha evidenziato come Filangieri, nella sua *Scienza della Legislazione*, non lasciasse spazio a dubbi: le pene privative e sospensive della libertà personale rappresentavano, ai suoi occhi, la soluzione più efficace per punire la maggior parte dei crimini. Ma perché proprio quelle misure? Qua-

[93] Cfr. ancora D. Luongo, *Al tramonto della respublica dei togati*, cit.,254.

le forza le rendeva così incisive nella lotta contro l'illegalità?
Innanzitutto la libertà era considerata il bene più prezioso per ogni individuo. Togliere a qualcuno ciò che più desiderava significava infliggere una punizione sentita, capace di lasciare un segno profondo. In più, la flessibilità di tali pene permetteva di calibrarle con precisione, adeguandole alla gravità del reato attraverso variazioni di durata, modalità e rigore. Inoltre tali pene potevano essere applicate a tutti, indipendentemente dal ceto sociale o dal ruolo ricoperto, rendendole in tal modo strumenti di vera e propria giustizia universale.
Non si trattava solo di reprimere, ma anche di correggere. Chi subiva la privazione della libertà aveva l'occasione di riflettere sui propri errori e sulle conseguenze delle proprie azioni. La società, nel frattempo, si tutelava da ulteriori minacce, perché i criminali venivano isolati per il tempo necessario alla loro riabilitazione oppure definitivamente, quando i crimini commessi rendevano impossibile ripristinare la fiducia nei loro confronti.
Peraltro, deve sottolinearsi come Filangieri non trascurasse nemmeno l'aspetto economico: una pena privativa della libertà poteva trasformarsi in un'opportunità per lo Stato, impiegando i detenuti in attività produttive volte alla crescita delle ricchezze nazionali.
Tra le pene sospensive della libertà personale, poi, il carcere occupava una posizione centrale. Doveva essere applicato con giudizio: la detenzione, che non doveva superare i tre mesi, era prevista per reati di minore entità, come una rissa senza spargimento di sangue, insulti tra persone dello stesso rango sociale o disobbedienza alle direttive di un magistrato[94].
Il carcere, nelle intenzioni di Filangieri, non doveva mai diventare una prigione eterna, ma una parentesi breve e calibrata che serviva a ricondurre l'individuo sulla retta via. Per i crimini più gravi egli preferiva pene più tangibili e trasformative: la condanna ai lavori forzati per pubblica utilità, che incideva sulla fatica e sul contributo sociale, e la deportazione, cioè un esilio forzato che segna il distacco irreversibile dal tessuto comunitario[95]. L'esilio in patria, poi, assumeva una funzione particolarmente significativa per i reati legati alle passioni amorose, quasi fosse una pena su misura per chi aveva violato le leggi del cuore prima ancora di quelle dello Stato.
Sul piano della varietà sanzionatoria, Filangieri recuperava alcuni

[94] Cfr. D. Luongo, *Al tramonto della respublica dei togati*, cit., 258-259.
[95] Cfr. F. Berti, *Garanzie processuali e diritti dell'uomo*, cit., 24.

principi fondamentali della riflessione montesquieiana, sottolineando come le pene dovessero essere adattate alla relatività storica, culturale e politica. Ogni epoca e ogni società viveva sotto leggi mutevoli, e le punizioni, per conservare il loro potere regolatore, dovevano accordarsi alla sensibilità del tempo e del luogo. Ma oltre alla dimensione contestuale, il pensatore napoletano introduceva anche un criterio di retribuzione, non per il fine della pena, ma per la sua distribuzione: ogni diritto violato doveva comportare una perdita proporzionata, stabilendo così un equilibrio tra colpa e castigo.
In tal modo, le pene d'infamia erano efficaci solo se applicate a crimini che, nell'immaginario collettivo, già suscitavano disprezzo. Nell'analisi di quella particolare tipologia di pene Filangieri, nella sua *Scienza della Legislazione*, trovava anche un nuovo motivo per opporsi con fermezza al dispotismo. Qual era la differenza tra un governo tirannico e uno moderato? La risposta, secondo il filosofo, risiedeva nell'uso del potere: i regimi assolutisti e dispotici si affidavano esclusivamente alla coercizione fisica, infliggendo sensazioni dolorose senza considerare il peso delle opinioni. Dove regnava la tirannia, solo il concreto (cioè i privilegi e le punizioni materiali) aveva valore, mentre le idee, mutevoli e fragili, erano manipolate dal volere di un solo individuo, trascinando con sé il pensiero dell'intera popolazione. Nei governi moderati, invece, la repressione non si basava solo sulla forza bruta. Uno strumento altrettanto efficace era il timore dell'infamia, ossia la perdita del diritto alla stima sociale che veniva riconosciuto dalla pubblica opinione. Ciò perché in questi sistemi esisteva un saldo fondamento di valori, non plasmabile a piacimento dai detentori del potere. L'opinione pubblica, quindi, non era una massa informe da modellare, ma una forza autonoma capace di influenzare il comportamento dei cittadini. In tale prospettiva, allora, Filangieri non si limitava a sottolineare l'importanza della reputazione come deterrente, ma proponeva una vera e propria graduazione di punizioni infamanti. La più lieve era la semplice dichiarazione di infamia, che costituiva una sorta di marchio sociale[96]. Più severa era invece l'affissione di un cartello in una piazza pubblica, che riportava il nome del condannato, il crimine commesso e la pena inflitta. Salendo di grado, il delinquente vedeva la propria effigie trascinata per le strade della città ed esposta così al giudizio collettivo. Infine la misura estrema consisteva nell'umiliazione pubblica della persona: il colpevole, per giorni, sarebbe stato esposto al pubblico ludibrio e costretto a subire gli insulti della folla. La giustizia, in questo caso, non avrebbe fatto altro che tradurre

[96] Cfr. D. Luongo, *Al tramonto della respublica dei togati*, cit., 255-257.

in legge un sentimento diffuso, rendendo pubblica la condanna che la società aveva già implicitamente decretato.
Le pene pecuniarie seguivano una logica simile: dovevano colpire chi si era macchiato di crimini legati all'avidità di denaro, quasi come un contrappasso dantesco che restituiva all'ingiusto la pena che più gli pesava. Tuttavia, Filangieri superava l'aspetto proprio della pura vendetta e affermava che tali sanzioni dovevano essere proporzionate al reddito del condannato, affinché la punizione non diventasse un peso insostenibile per i più deboli e di converso una semplice formalità per i ricchi. Attraverso la sua analisi delle sanzioni pecuniarie, il filosofo napoletano sollevava tra l'altro questioni di primaria importanza: come bilanciare giustizia ed equità nella distribuzione della ricchezza? E in che modo il sistema giudiziario poteva garantire pene proporzionate alla condizione economica del reo? Il giovane filosofo affrontava tali interrogativi prendendo le mosse da un'obiezione ricorrente: le multe sarebbero state giuste solo nelle fasi iniziali di una società, quando la ricchezza era equamente suddivisa e colpiva tutti indistintamente. Ma con la perdita di tale uguaglianza, non avrebbero finito per gravare in maniera sproporzionata sui cittadini più indigenti? Una critica legata a questa riguardava l'incidenza variabile delle sanzioni economiche in relazione alla situazione finanziaria di una popolazione.
Filangieri replicava con una soluzione che mirava a rendere la pena pecuniaria equa e incisiva, ritenendo che essa doveva essere applicata solo ai crimini legati all'avidità di denaro e proporzionata al patrimonio del condannato. In quel modo si sarebbe andati oltre le cautele previste dal sistema legislativo inglese, che il filosofo napoletano poneva come esperienza giuspolitica di riferimento e che stabiliva come l'ammontare della sanzione non dovesse mai compromettere l'attività di un agricoltore, di un mercante o di un affittuario. Ma come garantire quella proporzionalità senza lasciare margine di arbitrio ai giudici? Filangieri immaginava un sistema in cui i giudici del fatto avrebbero verificato la situazione patrimoniale del reo sulla base dei dati forniti dall'accusatore, mentre i giudici del diritto avrebbero stabilito concretamente l'entità della sanzione. Si trattava di un metodo rigoroso che, oltre a prevenire abusi, impediva manipolazioni: i giudici del fatto non avrebbero potuto falsare la realtà senza essere scoperti, mentre quelli del diritto non avrebbero potuto decidere arbitrariamente l'importo della multa, essendo vincolati da disposizioni legislative precise[97].

[97] Cfr. D. Luongo, *Al tramonto della respublica dei togati*, cit., 257-258.

In sostanza la compresenza di quelle due figure giudiziarie, cui sarebbero spettati ben distinti compiti, avrebbe contribuito a garantire l'equità nell'applicazione delle pene pecuniarie, evitando punizioni eccessive e preservando un equilibrio interno al sistema giuridico. Tuttavia, il filosofo napoletano non aveva dubbi: laddove il patrimonio del reo fosse stato troppo esiguo per permettere una sanzione monetaria adeguata, si sarebbe dovuto ricorrere in sostituzione della pena pecuniaria ad un'adeguata pena afflittiva. Un concetto che confermava la sua visione secondo cui solo il possesso di beni materiali era condizione necessaria per una piena cittadinanza.
Le pene privative o sospensive delle civiche prerogative – ancora una volta in un'ottica retributiva – erano particolarmente adeguate per coloro che hanno abusato del potere pubblico, una punizione che si abbatte sulle colonne portanti dello Stato per impedire che la corruzione lo devasti dall'interno[98]. Filangieri, con la sagacia di un politico e la finezza di un giurista, comprendeva che il valore sociale di una pena mutava a seconda della forma di governo in cui veniva concretamente applicata: l'esilio dalla patria, per esempio, che comportava la sospensione dall'esercizio dei diritti civici per colui al quale veniva comminata, aveva un impatto significativo solo nelle aristocrazie, dove la nobiltà era la sola depositaria dei diritti di cittadinanza. In una democrazia, invece, quella sanzione colpiva ogni ceto sociale, poiché ogni cittadino partecipava alla sovranità, mentre in una monarchia assoluta essa perdeva integralmente il suo significato, giacché il potere risiedeva esclusivamente nelle mani di un sovrano e quindi nessuno dei relativi sudditi disponeva di diritti civici che sarebbero stati inibiti dalla condanna all'esilio.
Filangieri, con quella visione profonda e articolata, non proponeva dunque un sistema punitivo immobile e dogmatico, ma un ingranaggio fluido che si modellava sulle necessità della società, un codice di equilibrio in cui la pena non era un colpo inflitto dal potere, ma una misura calibrata, un peso esatto sulla bilancia della giustizia.

10. Considerazioni conclusive

Il dibattito illuministico sulla giustizia criminale e sulla pena di morte fu molto più di una disputa accademica: fu una rivoluzione silenziosa, un terremoto che scosse le fondamenta del diritto e ridefinì

[98] F. Berti, *Garanzie processuali e diritti dell'uomo*, loc. ult. cit. Cfr. pure M. Boscarelli, *Riflessioni sul pensiero penalistico di Gaetano Filangieri*, in L. D'Alessandro (a cura di), *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, cit., 249.

la concezione stessa della giustizia. Può davvero esistere un sistema giuridico equo se le leggi si piegano ai capricci del potere? Può la pena essere soltanto vendetta o deve rappresentare un equilibrio tra ordine e umanità? Quegli interrogativi attraversarono il pensiero giuridico dell'Europa del XVIII secolo, dando origine a un processo di trasformazione radicale che avrebbe influenzato profondamente la modernità.

L'Illuminismo fu infatti un'epoca di articolate idee giuspolitiche, un processo di mutamento che influenzò il diritto moderno e la concezione stessa della giustizia, affermandosi come un movimento culturale e filosofico che ridefinì le basi della società europea per i secoli a venire, opponendosi all'oscurità della superstizione e dell'assolutismo con la luce della Ragione e della Scienza. I filosofi illuministi, ciascuno con la propria visione, lottarono così contro le contraddizioni di un sistema giuridico frammentato, contro leggi oscure e interpretabili secondo il volere dei potenti. Era giusto che la giustizia fosse un labirinto in cui solo pochi privilegiati potevano orientarsi? Doveva continuare ad essere una spada brandita da chi dominava, piuttosto che una bilancia che garantisse equilibrio? La risposta era chiara: la legge doveva essere accessibile e scritta in modo che tutti potessero conoscerla e rispettarla. Doveva riflettere i principi del diritto naturale e non essere un'arma di oppressione. Gli illuministi condussero quindi la loro battaglia intellettuale contro le oppressive strutture di giustizia dell'Antico Regime, promuovendo un netto processo di rinnovamento delle istituzioni e dei principi giuridici. Del resto, il diritto comune europeo, consolidatosi nei secoli precedenti, era entrato già da tempo in una profonda crisi di certezza e di contenuti. La complessità delle fonti giuridiche e la loro interpretazione arbitraria rendevano il sistema giuridico dell'Antico Regime inefficace per una società in rapido mutamento. La frammentazione normativa e la predominanza di consuetudini, diritto romano, canonico e regio, unite alle sentenze delle Corti sovrane, determinavano un'assenza di uniformità e trasparenza, con il diritto trasformato in un intricato labirinto accessibile solo ai giuristi e alle élites. Gli illuministi denunciarono quell'incertezza e sottolinearono la necessità di una preminenza assoluta della legge scritta. Il diritto doveva essere chiaro, accessibile e modellato sulla razionalità, eliminando l'arbitrio nelle interpretazioni giurisprudenziali e garantendo la certezza della norma. La legge

positiva, nella loro concezione, non era una mera formulazione normativa, ma una traduzione concreta dei principi del diritto naturale, inteso come espressione universale e immutabile della Ragione. Tale prospettiva evidenziava tra l'altro il forte legame tra Illuminismo e Giusnaturalismo: la Legge, per essere giusta, doveva riflettere la razionalità e l'universalità del diritto naturale, superando ogni forma di particolarismo giuridico e le arbitrarie disposizioni del passato. La codificazione del patrimonio giuridico divenne quindi una necessità imprescindibile per garantire giustizia ed equità, evitando ogni possibile specie di abusi di potere. D'altronde il pensiero giusnaturalistico, sviluppatosi con Grozio, Pufendorf e Locke, aveva consolidato l'idea dei diritti naturali dell'uomo – vita, libertà e proprietà – intesi come universali e inalienabili. Locke, in particolare, identificò la vita come il diritto supremo, la libertà come l'essenza della dignità umana e la proprietà come manifestazione del lavoro individuale, tutti principi destinati a influenzare profondamente la cultura giuridica europea.

I concetti di tolleranza religiosa e progresso storico furono altrettanto centrali. Se Voltaire si levò contro l'intolleranza dogmatica della religione e delle istituzioni giuspolitiche, Montesquieu mise in discussione la staticità delle leggi, concependole come risultato di un'evoluzione storica e culturale. La storia, in quella prospettiva, non era il frutto di un destino immutabile, ma un percorso che poteva essere incisivamente determinato dalla volontà umana. Montesquieu, Voltaire e Rousseau furono tra i principali artefici di quella rivoluzione giuridica, ciascuno contribuendo alla formulazione di principi fondativi per un nuovo ordine giuridico e istituzionale. Montesquieu elaborò la dottrina della separazione dei poteri per arginare il dispotismo. Voltaire lottò contro l'intolleranza religiosa e la violenza giuridica, denunciando le aberrazioni della giustizia dell'Antico Regime. Rousseau invece teorizzò il concetto di volontà generale e affidò la sovranità nelle mani del popolo, ponendo un interrogativo cruciale: la legge poteva essere giusta se non esprime la volontà di chi la deve rispettare? La separazione dei poteri, la lotta contro l'intolleranza e l'idea di volontà generale costituirono dunque i pilastri teorici su cui si sarebbe costruita la modernità giuridica. In quella visione il diritto non era più un privilegio di pochi, ma una garanzia fondamentale per tutti, un faro che avrebbe guida-

to la civiltà fuori dalle ombre dell'arbitrio e dell'oppressione. Il diritto penale, in quella rivoluzione del pensiero, divenne il cuore di una riflessione più ampia sulla legittimità del potere punitivo dello Stato. La tortura e la pena di morte, emblemi della brutalità del potere assoluto, divenivano così il fulcro di una riflessione profonda e vennero messe in discussione. Montesquieu non ne chiedeva la totale abolizione, ma ne metteva in discussione la crudeltà e l'uso indiscriminato. Il potere sovrano doveva punire, ma non vendicarsi; colpire con giustizia, non con cieca ferocia. Le esecuzioni pubbliche non erano esempi di giustizia, ma meri spettacoli di terrore che servivano a riaffermare il dominio del sovrano. Pur non avendo una posizione radicale, Montesquieu anticipò la sensibilità illuministica che avrebbe rivoluzionato la giustizia penale. Il suo pensiero aprì la strada alle riflessioni di Beccaria e di altri riformatori, contribuendo alla costruzione di un sistema giuridico più equo e razionale. Beccaria, con la sua opera *Dei delitti e delle pene*, mostrò tra l'altro l'inutilità della tortura e della pena capitale, sostenendo che la giustizia non poteva fondarsi sul terrore che tali pratiche provocavano nella collettività.

Oltre a Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Beccaria, anche altri protagonisti di questa rivoluzione del pensiero giuridico misero in discussione le fondamenta stesse del sistema giuridico settecentesco, interrogandosi sulla giustizia e sulla legittimità della pena capitale, delineando soluzioni e modelli diversi, talvolta in contrasto tra loro, ma sempre accomunati dall'idea di fondo che il diritto dovesse essere razionale, proporzionato e capace di garantire la libertà e la dignità umana. L'abolizione della pena di morte nel Granducato di Toscana fu una dimostrazione pratica della forza di quelle idee, mostrando come il dibattito intellettuale sulle pratiche più crudeli della giustizia criminale dell'Antico Regime non fosse solo un esercizio teorico, ma un potente strumento di cambiamento sociale. Bentham, Kant e Filangieri con lo sviluppo delle loro dottrine giuspolitiche contribuirono poi a un nuovo concetto di giustizia che non si limitava a punire, ma mirava prima di tutto a correggere e prevenire, affinché lo Stato non fosse un mero esecutore di sentenze, ma il garante di un equilibrio tra sicurezza e diritti.

Filangieri, in particolare, nel monumentale edificio giuridico della *Scienza della Legislazione*, concepì la pena non soltanto come un mero strumento di retribuzione, bensì come un delicato meccanismo di equilibrio, un contrappeso armonico che ristabiliva la giustizia lad-

dove essa fosse stata violata. Nel quadro di tale teorica la sanzione non era dunque semplice castigo, ma una risposta ponderata alla rottura dell'ordine sociale, un tentativo di ricomporre il fragile intreccio di diritti e doveri su cui si reggeva la comunità. Peraltro, alla base di quella visione vi era un'interpretazione del tutto innovativa del contratto sociale: non un'entità monolitica e immutabile, ma un tessuto dinamico di accordi distinti, di cui le leggi rappresentavano l'espressione concreta. Come colonne portanti di un edificio, esse sorreggevano la convivenza civile, delineando con precisione i doveri del cittadino, i quali si ergevano a prezzo necessario per i benefici garantiti dalla società. L'illuminista napoletano vedeva la trasgressione non come una mera violazione normativa, ma come una crepa che incrinava le fondamenta del patto sociale, mettendo in pericolo l'equilibrio stesso della comunità. In tal modo qualunque crimine, dal più efferato al meno grave, diveniva un colpo inferto alla stabilità collettiva, una frattura che doveva essere sanata attraverso una pena proporzionata, capace di ripristinare l'armonia spezzata. La legge, in questa prospettiva, non era più soltanto una formula giuridica, ma un vero e proprio atto di razionalità e giustizia, un vincolo che legava gli individui fra loro e li spingeva alla costruzione di una società più giusta. L'intero sistema penale diveniva così non un meccanismo di vendetta, ma un ponte verso la restaurazione dell'equilibrio violato dalla commissione del crimine. La stessa pena di morte, che diversamente da Beccaria o da Bentham era considerata legittima da Filangieri, non poteva essere però una soluzione abituale, ma doveva invece essere impiegata solo nei casi più estremi, dal momento che ogni condanna capitale non rappresentava soltanto la morte di un individuo, ma un colpo inferto alla stessa credibilità del sistema giuridico.

Eppure, come abbiamo già accennato nell'introduzione al presente saggio, il dibattito sulla giustizia criminale e sulla pena di morte non si è affatto esaurito nel Settecento. Ancora oggi, le società moderne affrontano dilemmi simili, lacerate tra la necessità di punire e il dovere di garantire la dignità dei condannati. In tal senso il contributo di quei pensatori è ancora vivo, continuando a influenzare il diritto contemporaneo e le politiche penali. Alla fine, può dirsi che il nodo centrale rimane lo stesso di allora: è possibile costruire un diritto penale che sia al tempo stesso forte e giusto, implacabile ma privo di crudeltà? La storia ha dimostrato come il diritto sia un organismo mutevole, capace di adattarsi alle esigenze della civiltà. Ciò che i

pensatori illuministi del XVIII secolo ci hanno lasciato resta dunque una lezione eterna: la giustizia non è solo una questione di norme, ma di principi. Ed è su questi principi che si continua, ancora oggi, a costruire il futuro del diritto.

Gender equality nelle professioni: la normazione e le strategie europee per attuarla

Fabiana Falato
(Professore associato di Diritto Processuale Penale, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II)

Abstract

L'uguaglianza tra le donne e gli uomini rappresenta uno dei principi fondamentali sanciti dal diritto unionale. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009, l'uguaglianza tra le donne e gli uomini è stata formalmente riconosciuta tra i valori fondanti dell'Unione europea (stabilita dall'articolo 2 del Trattato sull'Unione europea) e la Carta dei diritti fondamentali (firmata a Nizza il 7 Dicembre 2000) nell'articolo 23 "Parità tra uomini e donne", guadagnando forza giuridica vincolante, è divenuta un autorevole documento di riferimento anche per il proseguimento della consolidata politica comunitaria di pari opportunità. L'interesse verso il principio di uguaglianza tra le donne e gli uomini ha, infatti, radici profonde nella Comunità/Unione europea (CEE/UE) e il desiderio di costruire una società basata sulla piena partecipazione dei generi alla vita economica, sociale, politica, culturale degli Stati Membri era insito nel progetto di edificazione di un'Europa unita. Anche se il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE), firmato a Roma il 25 marzo 1957 ed entrato in vigore l'anno seguente, aveva riconosciuto una nozione molto circoscritta di uguaglianza tra i sessi, sarà grazie ad esso che la condizione femminile e le pari opportunità costituiranno temi di interesse sempre crescente nel processo di integrazione europea.

Equality between women and men is one of the fundamental principles enshrined in EU law. With the entry into force of the Treaty of Lisbon on 1 December 2009, equality between women and men was formally recognised as one of the founding values of the European Union (established by Article 2 of the Treaty on European Union) and the Charter of Fundamental Rights (signed in Nice on 7 December 2000) in Article 23 "Equality between men

and women", gaining binding legal force, has become an authoritative reference document also for the continuation of the consolidated Community policy of equal opportunities. The interest in the principle of equality between women and men has, in fact, deep roots in the European Community/Union (EEC/EU) and the desire to build a society based on the full participation of genders in the economic, social, political and cultural life of the Member States was inherent in the project of building a united Europe. Although the Treaty establishing the European Economic Community (EEC), signed in Rome on 25 March 1957 and which entered into force the following year, had recognised a very limited notion of gender equality, it was thanks to it that the condition of women and equal opportunities would become issues of ever-increasing interest in the process of European integration.

Sommario: 1. Premesse **2.** La centralità del diritto dell'Unione europea **3.** La prospettiva *de iure condito* **4.** ... e quella *de iure condendo.* Conclusioni

1. Premesse

La situazione e il ruolo della donna nel settore professionale si collocano nell'ambito di una linea di pensiero e di un'azione sociale e politica che interseca la dimensione giuridica del fenomeno della parità di genere.
Nonostante la *gender equality* nella professione forense sia conquista antica - l'avvocatura nel corso del VII Congresso giuridico nazionale tenutosi a Roma nel 1911 si espresse, per bocca di Vittorio Scialoja, a favore dell'abolizione dell'autorizzazione maritale, poi codificata con la legge 17 luglio 1919, n. 1776 che rinnegò l'esecranda interpretazione sulla legge professionale – evidentemente, se ancora oggi si avverte l'urgenza di organizzare un convegno di studi sul *gender gap* è naturale affermare che, purtroppo, contraddizioni e pregiudizi ancora allignano nella società occidentale contemporanea; tuttora pesa il retaggio storico di un'emarginazione dura a morire; è attualmente difficile – per ogni persona che in quanto donna voglia partecipare alla *vita activa* – dare il proprio contributo libero e consapevole e riceverne, in cambio, considerazione e apprezzamento.
Insomma, rimane imponente il divario tra la situazione di diritto e la situazione di fatto.
Eppure, i due contesti sono strettamente connessi: i diritti della donna nella famiglia e nel lavoro costituiscono i prodromi della posizione della donna che esercita una professione che è portatrice – senza dubbio – di diritti in quanto donna, ma è contestualmente titolare di diritti – che si aggiungono ai primi, irrobustendoli – in quanto avvocato[1].
Le iniziative legislative nell'esperienza italiana si sono mosse sia sul versante dell'efficacia che su quello della effettività: la rimozione delle discriminazioni è stata affidata alle *posizioni del diritto* accompagnate dai *modi* della loro effettività. E in questa traccia si inserisce senza dubbio il decreto legislativo n. 198 del 2006, meglio noto come il Codice delle pari opportunità[2].

---

[1] P. Chirulli, *Una problematica sentenza additiva di principio della Corte costituzionale in materia di maternità delle libere professioni*, in *Giur. cost.*, 2005, 3793 ss.
[2] P. Cerullo, *Le modifiche al Codice delle pari opportunità (dlgs. 138/2006). Nuove disposizioni in*

Meritano, tuttavia, particolare attenzione, pure le iniziative recenti assunte nell'assetto sovranazionale; contesto in cui, più che in altri, la parità tra uomini e donne rappresenta un obiettivo fondamentale del legislatore.

2. La centralità del diritto dell'Unione europea

Non a caso, negli anni, la legislazione, la giurisprudenza e le modifiche dei trattati UE hanno contribuito a consolidare il principio e la sua applicazione all'interno dell'Unione europea; infatti, il Parlamento europeo ne è stato – e ne è – uno strenuo difensore.
Lo dimostra la vasta codificazione dedicata; nemmeno recente.
Si consideri, a proposito dell'ultima affermazione – e in via esemplificativa – che il principio di parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro, o per un lavoro dello stesso valore, è sancito dai trattati sin dal 1957 (e, attualmente, dall'art. 157 TFUE).
In via generale, il versante giuridico sovranazionale è fecondo; analizzarlo nel suo complesso e nella sua complessità non è possibile in questa sede.
Perciò, nel prisma della linea normativa che lo rappresenta – scandita dagli artt. 2 e 3, paragrafo 3, TUE; dagli artt. 8, 10, 19, 153 e 157 TFUE e dagli artt. 21 e 23 CDFUE – mi limiterò ad individuare alcune disposizioni che, più delle altre – a parer mio – dimostrano l'interesse dell'Unione europea ad assicurare una tutela effettiva delle *posizioni del diritto* in materia di parità di genere[3].
Tutela effettiva – e sul punto è necessario porre attenzione – che accorsa, arricchisce, rafforza l'effettività delle *posizioni del diritto nazionale,* posti gli obblighi di conformità dettati dall'art. 117, comma primo, Cost.
Si aggiunga, che il diritto UE beneficia di ingresso automatico nell'ordinamento interno in forza dell' art. 11, secondo cui l'Italia "consente, in condizioni di parità con gli altri stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni".

---

tema di gender gap sul lavoro, in *Lavoro Diritti Europa, Rivista nuova del diritto del lavoro*, 2021. Cfr., Commissione europea*, Riflettori puntati su l'azione dell'UE per le donne*, 2020; Dipartimento per le Pari Opportunità, luglio 2021, *Strategia nazionale per la Parità di Genere.*
Per una ricostruzione del principio di uguaglianza, M. Barbera, *Principio di eguaglianza*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria,* Torino, 2020, 5-84.
[3] E. Tira, *Il ruolo delle istituzioni europee nella realizzazione della parità di genere*, 2019, in *www.forumcostituzionale.it* Cfr. Global Gender Gap Report 2020, WEF, 2021.

Dunque, le norme.
Sicuramente, l'art. 8 TFUE che attribuisce all'Unione europea il compito di assicurare l'*integrazione della dimensione di genere,* eliminando le ineguaglianze e promuovendo la parità tra uomini e donne in tutte le sue declinazioni.
Immediatamente connesso, appare l'art. 153 TFUE che la legittima a intervenire nel perimetro delle pari opportunità e della parità di trattamento nelle questioni relative all'occupazione e, nel contesto, l'art. 157 TFUE che autorizza pure l'azione positiva finalizzata alla emancipazione femminile.
Ancora. L'art. 19 TFUE che prevede, altresì, l'adozione di provvedimenti legislativi per combattere tutte le forme di discriminazione, incluse quelle fondate sul sesso.
Siffatti indirizzi sono presidiati dalla Carta di Nizza che si apre, significativamente, con la proclamazione dei diritti della persona, individuando nella dignità, nella libertà, nell'uguaglianza, nella cittadinanza e nella giustizia i pilastri fondanti dell'Unione europea.
Nello specifico, nell'assetto di questo quadro di valori, l'art. 21 vieta qualsiasi discriminazione fondata sul sesso; l'art. 23 assicura come imperativo del diritto unionale la parità tra uomini e donne in tutti i campi e, in particolare, in materia di occupazione, lavoro e retribuzione.
Valori e principi, a loro volta, si riflettono sugli altri aspetti della vita individuale, associativa, collettiva e politica, nella vita familiare e professionale (art. 33), nel momento del consumo (art. 38) e nell'esercizio delle libertà, tra le quali significativo rilievo riceve la libertà professionale (art. 15), intesa nel senso di libertà di esercitare una professione liberamente scelta.
I risultati ottenuti, per lo più mediante la procedura legislativa ordinaria, sono significativi e costanti nel tempo.

3. La prospettiva de iure condito

Recente è la direttiva 2019/1158/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio: "Le politiche in materia di equilibrio tra attività professionale e vita familiare dovrebbero contribuire al conseguimento della parità di genere promuovendo la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e l'equa

ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne, e colmando il divario di reddito e retributivo di genere. Tali politiche dovrebbero tener conto dei cambiamenti demografici, compresi gli effetti dell'invecchiamento della popolazione" (Considerando 6).
È un provvedimento particolarmente interessante, giacché nonostante l'Unione europea abbia da sempre promosso il modell *dual-earner dual-carer* la maggior parte delle iniziative promosse e realizzate fino a questo momento ha focalizzato l'attenzione sul miglioramento della partecipazione femminile al mercato del lavoro, lasciando in ombra il tema della condivisione delle responsabilità di cura tra entrambi i genitori[4].
Al contrario, la direttiva *de qua,* richiamando l'urgenza dell'accrescimento del ruolo attivo dei padri nell'assistenza alla stregua di strumento capace di incidere positivamente, tra l'altro, sul potenziamento delle possibilità per le madri di mantenere e rafforzare la propria posizione nel mercato del lavoro, mira a promuovere il cambiamento dei ruoli di genere**,** attraverso l'adozione di politiche di de-genderizzazione relative all'equilibrio tra lavoro e vita privata.
Ancora. La direttiva 2023/970/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione.
La Direttiva si innesta sulla direttiva 2006/54/CE con l'obiettivo di rendere effettivo il principio di parità retributiva ivi enunciato[5]. La valutazione effettuata nel 2020 dalla Commissione, anche alla luce del processo di consultazione degli Stati Membri e confluita nella Comunicazione del 5 marzo 2020 contente la strategia per la parità

---

[4] M. R. Gheido, A. Casotti, *Il principio di uguaglianza tra coniugi attivo grazie alla sentenza della Consulta*, in *Guida al dir.*, 6 marzo 2010, n. 10, 72 ss ; S. Costantini, *Contrattazione collettiva azionale e conciliazione fra lavoro e vita familiare: un rapporto difficile*, in *Lavoro e dir.*, 2009, n. 1, 121 ss.; M. Garattoni, *La tutela del padre lavoratore in Italia*, in L. Calafà (a cura di), *Paternità e lavoro*, Bologna, 2007, 63 ss.; A. Dodaro, *Riconoscimento dell'indennità di maternità anche ai padri*, in *Giur. merito*, 2009, 495 ss.

[5] Direttiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione). Cfr. Dlgs. 25 gennaio 2010, n. 5, Attuazione della direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

di genere 2020-2025, ha messo in evidenza un persistente e grave divario retributivo di genere nell'UE, che si attesta al 13%, con variazioni significative tra gli Stati e ricadute sui livelli pensionistici. Tale divario trova la sua causa in diversi fattori: persistere di stereotipi di genere, perdurare di forme di segregazione verticale e orizzontale, ineguale distribuzione fra uomini e donne delle responsabilità di assistenza familiare e parentale. A questi fattori si aggiunge un'altra criticità riferibile al lavoro femminile, niente affatto nuova, ma svelatasi in tutta la sua gravità con la pandemia di COVID-19, vale a dire la sottovalutazione grave e strutturale dei lavori svolti prevalentemente dalle donne. Si tratta di lavori che riguardano la dimensione della cura delle persone – assistenza sanitaria, pulizie, assistenza all'infanzia, assistenza sociale e assistenza nelle strutture residenziali per anziani e adulti non autosufficienti – il cui valore straordinario per il benessere delle società è accompagnato paradossalmente da scarsa visibilità e scarso riconoscimento economico e sociale. Alle menzionate ragioni generatrici di diseguaglianza si accompagnano tre criticità che riguardano gli strumenti finora introdotti per realizzare la parità di genere nel lavoro: la mancanza di trasparenza nei sistemi retributivi, l'incertezza giuridica sul concetto di lavoro di pari valore, gli ostacoli procedurali incontrati dalle vittime di discriminazione.

Ebbene, tale atto interviene proprio su questi aspetti, obbligando gli Stati UE ad allestire misure finalizzate ad annullare, o quanto meno a ridurre, il divario retributivo, contrastando le discriminazioni economiche dirette e indirette.

Infine. Meno recente, ma sicuramente degna di nota, è la direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, attuata con Decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216 ("Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro").

La direttiva si basa sul principio di parità di trattamento fra le persone, vietando qualsiasi discriminazione diretta o indiretta, nonché le molestie qualsiasi comportamento che obblighi una persona a discriminare un'altra persona e la vittimizzazione. E si applica a tutte le persone e a tutti i settori di attività, per quanto riguarda: l'accesso all'occupazione; le condizioni di lavoro, ivi inclusa la promozione, la remunerazione e il licenziamento; l'accesso alla formazione profes-

sionale; la partecipazione a organizzazioni di lavoratori o di datori di lavoro e a qualsiasi organizzazione professionale; l'accesso alla protezione sociale e all'assistenza sanitaria; l'istruzione; le prestazioni sociali; l'accesso a beni e servizi, compreso l'alloggio.

4. … e quella *e iure condendo.* Conclusioni

Tra gli altri, il Piano strategico per la parità di genere 2020-2025.
Il 5 marzo del 2020, la Commissione europea ha presentato la Strategia per la parità di genere 2020- 2025, approvata dal Parlamento europeo il 21 gennaio 2020.
In occasione del voto in Parlamento, Maria Noichl, relatrice per la Commissione per i diritti delle donne e l'uguaglianza di genere del Parlamento ha dichiarato: «Oggi il Parlamento europeo rimette all'ordine del giorno l'uguaglianza di genere. Diciamo sì a una società paritaria di genere e no alla violenza contro donne e ragazze di ogni estrazione sociale. Se non cambia nulla nell'UE, ci vorranno più di 65 anni per raggiungere l'uguaglianza di genere. La strategia per la parità di genere e le azioni proposte rappresentano una via più rapida verso la parità tra uomini e donne. Rafforzano inoltre la nostra posizione sulla contrapposizione contro i diritti delle donne che si sta verificando in diversi Stati membri. Lo Stato di diritto in Europa può esistere solo con la parità di genere – senza di essa, la democrazia è in ritardo».
Lo scopo della strategia è dunque quello di dare nuovo slancio all'uguaglianza tra donne e uomini, con l'obiettivo di costruire un'Europa garante della parità di genere in cui non esistano più discriminazione sessuale e disuguaglianza strutturale, attraverso azioni funzionali al raggiungimento, entro il 2025, dell'obiettivo della parità di genere in tutti i settori individuati dalla Strategia all'interno dell'Unione europea. A tal fine, la Commissione ha indicato un duplice binario sul quale dovrà procedere la strategia: da una parte, misure specificatamente volte al perseguimento della parità nei diversi settori (lotta alla violenza di genere, diseguaglianza in ambito economico e nei ruoli dirigenziali della società) e, dall'altra, «una maggiore integrazione della dimensione di genere», il cd. mainstream. Significativo e apprezzabile è anche il fatto che l'intersezionalità, cioè «la combinazione del genere con altre caratteristiche o identità personali e il modo in cui tali intersezioni contribuiscono a determinare esperienze di discriminazione specifiche», sia indicato quale

principio cardine intorno al quale si svilupperà la strategia.
Purtroppo, i desiderata europei non sempre – o, almeno, finora – si sono tradotti in lavori di ristrutturazione seri ed efficaci capaci di dare all'Europa europea nuove, più uguali, fondamenta.
I dati – seppure non del tutto demoralizzanti – lo dimostrano.
L'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere – deputato a monitorare i divari tra uomini e donne in diversi ambiti, nei Paesi membri, nonché a valutarne i progressi nel tempo e a valutare l'effetto delle politiche vigenti – ha elaborato l'indice di uguaglianza di genere che permette di monitorare la disparità tra uomini e donne nei principali ambiti in cui tale disparità può articolarsi.
Ciò che emerge dall'ultima rilevazione, pubblicata nel 2023 – ma riferita principalmente a dati del 2021 – è che l'indice di uguaglianza di genere in Europea è in aumento, raggiungendo, per la prima volta, un punteggio superiore a 70.
Precisamente corrisponde a 70,2 l'indice di uguaglianza di genere nei Paesi UE (2023).
L'Italia è 13^; è il Paese in cui tale indice è maggiormente aumentato nel corso dell'ultimo decennio, ponendosi a soli 2 punti di distanza dalla media europea.
Epperò, mentre l'Italia registra valori superiori alla media negli ambiti del potere (possibilità di ricoprire posizioni di potere) e della salute (parità di accesso a un'assistenza sanitaria moderna ed efficiente), in quelli della parità nell'ingresso al lavoro è 8,8 punti indietro, collocandosi ultima in Europa e dimostrando come sia ancora radicata – e ritorno al prodromo culturale – la considerazione della donna come la principale responsabile della cura della casa e, dunque, come siano resistenti la forza degli stereotipi sui ruoli sociali e una concezione tradizionalista della famiglia.
Resta, quindi, ancora molta strada da fare.

Valore pubblico e principio dell'inversione procedimentale: l'implementazione dell'art. 97 della Costituzione nel nuovo Codice dei contratti pubblici

(nota a sentenza Corte cost., sent. 30 maggio 2025, n. 77)

Lilla Laperuta
(Avvocato, specializzato in Diritto amministrativo e Scienza dell'Amministrazione)

Abstract

In materia di contratti pubblici l'istituto dell'inversione procedimentale costituisce una declinazione del paradigma dell'amministrare per risultati in quanto determina una riduzione dei tempi di durata delle procedure di aggiudicazione e agevola le attività delle stazioni appaltanti, consentendosi per tale via di esaminare le offerte economiche prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di idoneità e di capacità degli offerenti. Al riguardo la Corte costituzionale ha dichiarato la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR Campania (ord. 21 maggio 2024 n. 126) dell'art. 108, comma 12, del Codice dei contratti pubblici, che prevede la possibilità di variare la soglia di anomalia delle offerte fino all'aggiudicazione anche nel caso di inversione procedimentale. La sentenza offre lo spunto per una riflessione sulla nuova portata semantica dei canoni costituzionali di buon andamento e imparzialità nell'economia delle sfide imposte dall'attuazione degli obiettivi fissati in sede di Piano nazionale di ripresa e resilienza.

The procedural inversion mechanism represents a specific application of the results-based administration paradigm, as it accelerates procedural timelines by allowing the evaluation of financial offers prior to verifying the documentation concerning the bidders' eligibility and capacity requirements. In this regard, the Constitutional Court has ruled that the constitutional legitimacy challenges to article 108, paragraph 12, of the Public Contracts Code are unfounded. This provision allows for the adjustment of the threshold for identifying abnormally low bids up until the awarding stage, even in cases involving procedural inversion. The ruling provides an opportunity to reflect on the semantic scope of the

constitutional principles of good administration and impartiality in light of the challenges posed by the implementation of the goals set within the framework of the National Recovery and Resilience Plan.

Sommario 1. Il paradigma dell'amministrare per risultati **2**. L'ancoraggio costituzionale: l'art. 97 Cost. **3**. La neocodificazione a livello ordinario del principio del risultato **4**. L'inversione procedimentale quale declinazione del principio del risultato **5**. L'infondatezza delle questioni di illegittimità costituzionale e la salvaguardia del «valore pubblico» **6.** Riflessioni conclusive

1. Il paradigma dell'amministrare per risultati

Il moto riformista che sul finire del secolo scorso ha investito il sistema amministrativo pubblico nazionale è stato interessato da un processo di modernizzazione caratterizzato da una robusta somministrazione, sul piano normativo, di valori e regole di matrice aziendalistica. Nel corso degli anni si è, infatti, assistito ad un'evoluzione dei modelli della *governance* della Pubblica amministrazione, nel senso di un crescente impegno volto a disancorare l'esercizio della funzione amministrativa da una visione meramente legalistico-formale in vista dell'adozione di una logica gestionale improntata al raggiungimento del risultato[1].
Si acquisì la consapevolezza che il contenimento dei costi costituiva soltanto uno degli obiettivi da perseguire: diventava, invero, prioritario anche il miglioramento della qualità dei servizi e delle prestazioni offerte dalle amministrazioni pubbliche. L'obiettivo divenne allora — richiamando lo slogan del *National Performance Review*, lo straordinario programma di riforma amministrativa promosso negli stessi anni da Bill Clinton e Al Gore — "*un'amministrazione che faccia meglio e costi di meno e soprattutto al servizio della collettività e delle imprese*"[2].

---

[1] Come già rilevato da A. ROMANO TASSONE in *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo, in Principio di legalità e amministrazione di risultati*, M. IMMORDINO E A. POLICE (a cura di), Torino, 2004, 1, «la capacità di conseguire risultati utili per la collettività è un nuovo paradigma normativo dell'amministrazione, avente valore costituzionale, un autentico principio istituzionale destinato a incidere sull'organizzazione e sulla funzione amministrativa, la stessa ragion d'essere degli apparati pubblici».

[2] Il processo di modernizzazione della Pubblica Amministrazione non ha interessato soltanto l'Italia, bensì tutta Europa oltre che i Paesi extraeuropei di democrazia occidentale. Infatti, negli anni '90 le stesse logiche innovative hanno presieduto, con gli adattamenti richiesti dalle specificità dei singoli Paesi, ai programmi di riforma amministrativa varati dapprima nel Regno Unito, poi negli Usa e nei Paesi nordeuropei, quindi in Germania e infine, in questi ultimi anni, anche in Francia. Si è trattato di un processo di dimensione mondiale, un fenomeno noto come "*New Public Management*" (NPM), a significare la congiunzione tra il carattere pubblico delle organizzazioni e l'ispirazione aziendalistica delle tecniche di gestione. Sul tema si v. *amplius* C. HOOD,

Assumevano così una particolare importanza il tema della qualità dei servizi pubblici e il ruolo centrale del cittadino, non solo nella veste di destinatario dei servizi ma anche — secondo una logica di *customer satisfaction* — , quale risorsa strategica per valutare la rispondenza dei servizi erogati ai bisogni reali, così come percepiti dai soggetti fruitori.
Segnale evidente e positivo di questa tensione al rinnovamento è stata l'approvazione del d. lgs. 29/1993 (confluito nel vigente d. lgs. 165/2001, il Testo unico del pubblico impiego) dove si rinvengono gli elementi portanti del processo riformatore: separazione fra politica e amministrazione, principio di responsabilità, cultura del risultato, gestione per obiettivi, efficacia, efficienza, controlli, valutazioni. In particolare, si individuavano la partecipazione e l'ascolto dei cittadini quali strumenti utili e costruttivi per verificare la qualità e l'efficacia dei servizi prestati[3].
Lo stesso decreto è stato in seguito superato dal d.lgs. 286/1999 e implementato dal d.lgs. 150/2009 per la parte afferente alla sistemazione dell'insieme dei controlli, al processo di programmazione, alla valutazione della *performance* individuale e organizzativa e al controllo strategico (organicamente costituiti come sistema integrato con il controllo di gestione).
Si sono radicate, in sostanza, le premesse giuridiche affinché si adottassero nella Pubblica amministrazione strumenti e metodologie di pianificazione e di controllo, ottimizzando così, anche mediante tempestivi interventi di correzione, il rapporto costi/risultati[4].

A PublicManagement for all Seasons?, Public Administration, 1991, cit.,3–19.

[3] Si v. la successiva direttiva ministeriale 27 gennaio 1994 il cui art. 5 (Partecipazione) così recita:
«1. La partecipazione del cittadino alla prestazione del servizio pubblico deve essere sempre garantita, sia per tutelare il diritto alla corretta erogazione del servizio, sia per favorire la collaborazione nei confronti dei soggetti erogatori.
2. L'utente ha diritto di accesso alle informazioni in possesso del soggetto erogatore che lo riguardano. Il diritto di accesso è esercitato secondo le modalità disciplinate dalla legge 7 agosto 1990, n. 241.
3. L'utente può produrre memorie e documenti; prospettare osservazioni; formulare suggerimenti per il miglioramento del servizio. I soggetti erogatori danno immediato riscontro all'utente circa le segnalazioni e le proposte da esso formulate.
4. I soggetti erogatori acquisiscono periodicamente la valutazione dell'utente circa la qualità del servizio reso, secondo le modalità indicate nel titolo successivo».

[4] Si v. *amplius* C. D'ORTA, *La gestione per obiettivi nelle amministrazioni statali: progressi, criticità, prospettive*, I° Conferenza nazionale dell'alta dirigenza statale, 5 febbraio 2003; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in Dir

L'effetto sortito è stato quello di creare un vero e proprio patrimonio di metodologie e conoscenze per il *management* degli enti pubblici, con l'individuazione di nuove professionalità deputate allo svolgimento di tecniche gestionali concentrate sui risultati e sui programmi, piuttosto che sulle procedure[5].

2. L'ancoraggio costituzionale: l'art. 97 Cost.

Le tendenze riformiste di matrice aziendalista degli anni '90 erano, invero, perfettamente allineate alle coordinate tracciate negli anni addietro dal Costituente con la formulazione dell'art. 97.
Questa disposizione, infatti fornisce l'ancoraggio oltre che la chiave di lettura logico-ermeneutica delle riforme "a stampo aziendalista" messe in campo dal legislatore dal momento che «buon andamento e imparzialità» postulano, può ben dirsi, un certo modello di organizzazione e di azione amministrativa che richiede ragionevolmente lo sviluppo di tecniche gestionali concentrate anche nel soddisfare i bisogni del contesto socioeconomico in cui si opera. programmando obiettivi operativi specifici, come l'efficacia quanti-qualitativa, l'efficienza economico finanziaria, gestionale, sulla base di specifici *driver* come la semplificazione, la digitalizzazione, la piena accessibilità e le pari opportunità.
Come si è osservato, con efficacia pari ad autorevolezza, sebbene «buon andamento e imparzialità» nel testo costituzionale siano accoppiati, non costituiscono un'endiadi, ma due concetti distinti – efficienza e democraticità – che esprimono a loro volta «l'unico metodo che permetta all'amministrazione di conseguire la realizzazione della giustizia sostanziale ovvero di corrispondere effettivamente ai bisogni ed alle esigenze espressi dalla libera volontà del popolo»[6].

---

e con., 2017, 625 ss.; S. BATTINI E F. DE CAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2019, 293 ss.

[5] La visione partecipata dell'attività amministrativa è stata ampliata ulteriormente dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa, in G.U. 21 febbraio 2005 n.42. Per un'analisi cfr. P. FORTE, *Principles of administrative action after the recent reforms, in* M. P. CHITI*, (ed. by), General principles of Administrative Law,Bologna*, 2006, 81 e ss.; L. FERRARA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella disciplina del procedimento amministrativo,* in G.C. DI SAN LUCA, (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento,* Torino, 2005, 40-73.

[6] In tal senso U. ALLEGRETTI, voce *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione* in Dig. Disc. Pubbl., vol VIII, 1993, 132.

Nello specifico, con riferimento al buon andamento, va detto che, esso rappresentando secondo l'opinione prevalente un sinonimo di efficienza[7] e identificandosi gli obiettivi della pubblica amministrazione con il benessere della collettività, il principio viene definito e concretato dal conseguimento del massimo *profitto sociale* con il minimo *costo sociale*.

A questo proposito la dottrina rimarca la differenza fa efficienza ed efficacia, designando quest'ultima l'attitudine dell'azione semplicemente a raggiungere il risultato, il conseguimento dello stesso nel modo migliore, e cioè in tempi rapidi, senza sprechi di risorse, a costi ridotti, consentendo al massimo il pregiudizio di altri interessi, rimanendone fuori la valutazione circa le modalità attraverso le quali si perviene al risultato che costituisce, invece, tipico oggetto dell'efficienza[8].

Considerando, poi, la funzione amministrativa in modo oggettivo, scevra da influenze politiche, e alienandola da ogni possibile parametro ideologico la nozione dell'imparzialità viene ad identificarsi *stricto sensu* nella «necessità di ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati che possono essere direttamente toccati dall'agire amministrativo», escludendo ogni possibile arbitraria pretermissione o preclusione.

Ne consegue che anche in riferimento all'esercizio dell'attività negoziale della pubblica amministrazione i canoni costituzionali costituiscono il paradigma ermeneutico alla stregua del quale sono individuati i limiti che la discrezionalità amministrativa è tenuta a rispettare[9].

---

[7] Efficienza e buon andamento sono sinonimi secondo A. Saitta, *Il principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in Dir. e Soc., 1988, 54.

[8] G. Clemente di San Luca, *Libertà dell'arte e potere amministrativo*, Ed: Scient. 1993, Napoli, 143-159. Sul tema del risultato cfr. A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in Dir. amm., 1, 2007, 63, ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in Annuario AIPDA, Milano, 2002, 107 ss.; S. CASSESE, Presentazione del volume di D. OSBORNE e T. GAEBLER, *Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Milano, 1995; R. La BARBERA, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato,* Torino, 2003.

[9] La portata semantica dell'art. 97 può essere chiarita con un esempio pratico. Si consideri l'azione amministrativa volta al restauro di un edificio d'interesse storico-artistico: i lavori svolti dall'appaltatore saranno efficaci laddove esso sia stato ripristinato il suo stato originario ed efficienti se siano stati eseguiti nell'arco di cinque anni anziché dieci anni, spendendo 50 milioni di euro anzichè 100. Saranno stati eseguiti comportando

In altri termini, se il vigente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 36/2023 presenta, nel suo complesso, i tratti di una riforma economico-sociale, attuativa anche di «obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea»[10], i principi del buon andamento e dell'imparzialità impongono, al suo interno, il rispetto di istanze fondamentali di valore pubblico inteso quest'ultimo come «l'incremento del benessere collettivo, attraverso l'azione dei vari soggetti pubblici, che utilizzano risorse tangibili (risorse economico-finanziarie, infrastruttura tecnologica) e intangibili (capacità relazionale e organizzativa, prevenzione dei rischi e dei fenomeni corruttivi, ecc.)»[11].

---

dei disagi (inevitabili), o sacrificando degli interessi (pubblici o privati) ma, in ossequio al canone dell'imparzialità, nel soddisfacimento degli altri coinvolti, quegli stessi interessi sacrificati non dovranno essere stati pregiudicati o pretermessi arbitrariamente. L'Amministrazione pubblica, dunque, analogamente agli altri soggetti dell'ordinamento, gode di autonomia contrattuale e pertanto può stipulare negozi giuridici tipici e atipici nei limiti di quanto previsto dall'art. 1322 comma 2 c.c. Ne è una conferma quanto riportato al comma 1-*bis* dell'art. 1 L. 241/1990 nel punto in cui è previsto che «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente». Tuttavia è evidente che l'autonomia contrattuale non è libera nel fine ma teleologicamente orientata dalla finalità pubblica perseguibile *ex lege*. Peculiarità questa che si manifesta nei seguenti essenziali fattori limitativi dell'autonomia negoziale pubblica: la necessaria funzionalizzazione alla cura dell'interesse pubblico da parte dell'attività, anche privata, dell'amministrazione; l'esistenza di diverse disposizioni normative che talvolta impongono l'utilizzo di moduli di azione autoritativi in alcuni settori cardine; è il caso dell'obbligo di ricorrere all'evidenza pubblica per la scelta del contraente in materia di appalti.

[10] Corte cost., sentenza 28 gennaio 2022, n. 23.

[11] Come esplicitato nelle *Linee guida per il Piano della Performance* – Ministeri, n. 1, giugno 2017, il «Valore Pubblico» rappresenta il «miglioramento del livello di benessere economico-sociale rispetto alle condizioni di partenza della politica o del servizio». In generale esso si riferisce sia al miglioramento degli impatti esterni prodotti dall'Amministrazione verso l'utenza ed i diversi stakeholder, sia del benessere e della soddisfazione interne all'Ente (persone, organizzazione, relazioni); è dunque generato quando le risorse a disposizione sono utilizzate in modo efficiente e riescono a soddisfare i bisogni del contesto socioeconomico in cui si opera. Inoltre, al fine di proteggere il Valore Pubblico generato, è necessario programmare misure di gestione del rischio corruttivo e della trasparenza ed azioni di miglioramento della salute organizzativa e professionale.

3. La neocodificazione a livello ordinario del principio del risultato

I fermenti culturali di matrice aziendalista che hanno animato gli anni '90 e il correlato paradigma dell'amministrazione di risultato, sono stati a lungo tenuti fuori dal dibattito scientifico. Si temeva – come si è osservato - che «l'enfasi del risultato ponesse in pericolo il rispetto del principio di legalità, minandolo nei suoi stessi presupposti: il risultato non era elemento pertinente alla legittimità degli atti e dei comportamenti amministrativi», omettendo, invero, di considerare che il "risultato amministrativo" non potrebbe mai collocarsi al di fuori della legalità come elemento ad essa estraneo, in quanto «quando una norma di legge attribuisce ad un centro di competenza l'esercizio di un potere, ciò accade unicamente in vista della produzione di un effetto tipizzato nella stessa disposizione (e conformato nella regola del caso), ossia del conseguimento di un assetto degli interessi, un "risultato"»[12].

E' stato il PNRR il documento che, con tutta evidenza, ha spinto il *policy maker* e i diversi attori e *stakeholder* pubblici e privati a rivitalizzare il dibattito intorno al principio del risultato sino a condurlo alla sua recente codificazione sul piano positivo nell'ordito del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Sulla spinta dell'ambizione di traguardare gli obiettivi programmati e delle correlate sfide imposte dal *project management* il legislatore del d. lgs. 36/2023 ha dedicato una parte generale (la Parte I del Libro I) alla codificazione dei principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici[13]. In particolare, rileva l'innovativa introduzione sul pano positivo dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, la cui pregnanza assiologica è corroborata dalla stessa scelta topografica di collocarli all'inizio dell'articolato. Tali principi,

---

[12] Così M.R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in Federalismi.it n. 9/2024, 206-211.

[13] Come evidenziato da Cons. Stato., 7 dicembre 2022, Relazione allo Schema e Allegati, 12 «i principi generali di un settore esprimono, infatti, valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una "memoria del tutto" che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme».

vengono espressamente declamati quali criteri di interpretazione delle altre norme del codice e sono ulteriormente declinati in specifiche disposizioni di dettaglio. Nelle intenzioni del legislatore il principio del risultato (art. 1) è destinato ad operare sia come criterio prioritario di bilanciamento con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto, sia, insieme con quello della fiducia nell'azione amministrativa (art. 2), come criterio ermeneutico delle singole disposizioni del Codice dei contratti.
Il criterio del risultato assurge al rango d'interesse pubblico primario, ovvero la finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre perseguire nell'esercizio delle loro attività: l'affidamento del contratto e la relativa esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre in ossequio ai principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che vengono espressamente richiamati. In tale prospettiva la dimensione del valore della concorrenza e della trasparenza[14] dev'essere quella della funzionalità. La concorrenza, in particolare, diventa «il metodo funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti». Si collega, dunque, il risultato, inteso come fine, alla concorrenza, intesa come metodo, proprio ragionando sulla scorta di quanto avviene per l'art. 97 Cost., in cui il buon andamento è legato funzionalmente all'imparzialità[15].

[14] Come chiarito dalla Relazione illustrativa agli articoli e agli allegati del Codice dei contratti, in www.documenti.camera.it, la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice e ne assicura la piena verificabilità. Il riferimento espresso alla "verificabilità" evoca il concetto di *accountability*, inteso come responsabilità per i risultati conseguiti. In quest'ottica, la logica del risultato, attraverso la definizione degli obiettivi e il controllo trasparente sull'attività amministrativa, costituisce un mezzo per assicurare l'*accountability*, in un'ottica di crescente efficienza e responsabilizzazione delle amministrazioni pubbliche.

[15] L'innovativa codificazione dei principi, di natura fondante, rende palese una diversa gerarchia degli interessi di cui l'Amministrazione deve essere portatrice, con ciò costituendo un punto di svolta con la precedente Legislazione. Come analizzato da L. Mongiello, *Il primato del principio di risultato in materia di appalti pubblici e il ruolo strumentale del principio di tutela della concorrenza nel panorama giuridico europeo*, in www.ilcaso.it 2024, questo ribaltamento della gerarchia degli interessi emerge dall'analisi della legislazione europea in materia di contratti pubblici ove si osserva «come inizialmente gli sforzi del legislatore comunitario sono stati profusi soprattutto per la tutela della concorrenza e, in misura minore, per il conseguimento del miglior risultato, mentre gli atti legislativi più recenti denotano un mutamento d'ottica in cui quest'ultimo principio prevale sul primo il quale assume un ruolo strumentale al suo conseguimento». Si richiama Cons. Stato 29 dicembre 2023, n. 6467 ove si legge che «a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, in causa C-513/99, è acquisito il principio per cui la tutela

Il nesso tra "risultato" e "concorrenza", la seconda in funzione del primo, è già rafforzato dalla dizione del comma 1, dove si specifica che «non si persegue "un risultato purché sia", ma un risultato "virtuoso", che accresca la qualità, diminuisca i costi (economici e sociali) e aumenti la produttività»[16].
Una diversa impostazione, quella secondo cui la P.A. non cura più l'interesse pubblico, perché il suo obiettivo principale diventa la gara - *id est* la procedura - sarebbe in contraddizione con la volontà del Costituente[17]. L'idea che l'Amministrazione in materia di appalti

---

della concorrenza nel settore dei contratti pubblici implica anche la capacità dell'impresa di stare sul mercato offrendo prodotti competitivi per soddisfare una domanda pubblica qualificata, in relazione ai sottostanti interessi della collettività (secondo la logica del contratto pubblico come strumento a plurimo impiego). La positivizzazione di tale principio è scolpita nella direttiva 2014/24/UE laddove si prevede, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, che "le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che goli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità (art. 58, paragrafo 4), confermando l'impostazione secondo la quale la pubblica amministrazione ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, che garantiscano elevati standard qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazione oggetto di gara" (nello stesso senso cfr. Con. Stato sent. nn. 6829, 6831,6834,6835, 6837 e 6839 del 2021)».

[16] Si v. Relazione illustrativa agli articoli e agli allegati del Codice dei contratti *cit*.

[17] Significativa è la posizione assunta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 131 del 26 giugno 2020, sui rapporti tra tutela della concorrenza, da un lato, e solidarietà/sussidiarietà orizzontale dall'altro, dove si afferma che la concorrenza non è un fine, ma uno strumento, che può essere "sacrificato" se ci sono interessi superiori da realizzare. La dequotazione della concorrenza come fine da perseguire ad ogni costo è alla base, inoltre, anche della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 177 del previgente codice appalti (cfr. Corte cost. sent. n. 218 del 5 ottobre2021, laddove pure chiarisce che il perseguimento della tutela della concorrenza incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti). A propria volta, la Corte di giustizia, sempre sensibile agli aspetti sostanziali del singolo caso, non ha mai dato seguito ad approcci meramente formalistici, ispirati al solo rispetto della legalità o a una tutela fideistica della concorrenza. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE ha chiarito che l'ordinamento comunitario non pone limiti alla libertà, per le amministrazioni, di optare per un modello gestionale di autoproduzione, piuttosto che su un modello di esternalizzazione. In particolare, con la sentenza della Grande Sezione del 9 giugno 2009, in causa C-480/06, Commissione CE c. Governo della Germania federale, la Corte di giustizia ha puntualizzato che «un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e [può] farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche» (nell'occasione, la Corte di giustizia ha richiamato i princìpi già espressi con la sentenza della Terza Sezione del 13 novembre 2008 in causa C-324/07, Coditel Brabant).

debba perseguire solo la concorrenza rischia, infatti, di contrastare con il più generale principio di buon andamento, di cui il "principio del risultato" rappresenta una «derivazione evoluta»[18], sulle tracce di studi di autorevolissima dottrina, che ormai da decenni auspica e teorizza «l'amministrazione del risultato». Il risultato si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: adesso, tramite la sua giuridificazione, si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività. Questa tendenza al risultato è caratteristica ontologica di ogni azione amministrativa, perché nell'attribuzione ogni potere amministrativo è radicato un interesse pubblico da realizzare. Il comma 3, dell'art. 1 del Codice dei contratti, recependo gli approdi dei "teorici dell'amministrazione del risultato"[19], chiarisce che il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito *nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea*. Il successivo comma 4 prevede che il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto. Si conferisce quindi dignità di esistenza

[18] Così si legge nella Relazione illustrativa, *cit.*

[19] Sul punto si vedano in particolare L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in Scritti in onore di Elio Casetta, vol.II, Napoli, 2001; M. CAMMELLI, *op.cit.*, , 107 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Invalidità e risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 79 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in Annuario AIPDA, 2002, 127 ss.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2003; ID.,*Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione*", in Diritto e società, 2000, 101 ss.; A. POLICE, (a cura di), Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, 101 ss.; D. SORACE, *Sul risultato nel processo amministrativo: i due tipi di interesse legittimo e la loro tutela risarcitoria, in AA.VV., Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, 131. In particolare sulla codificazione del principio di risultato nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici cfr. U. BALDI, G. BALOCCO, V. BONTEMPI, A. CANCRINI, P. CLARIZIA, C. CICCIA ROMITO, F. D'ALESSANDRI, E.A.L. DELBARBA, V. FASCIANI, B. FIORUCCI, R. FRAGALE, F. GAVIOLI, E. GIARDINO, E. LEONETTI, G. NAPOLITANO, M. NUNZIATA, C.M. ORIOLO, L.R. PERFETTI, F. RUMMA, F. SIGILLÒ, F. VAGNUCCI, A. VITALE, L. ZANGHI BUFFI, "*Il nuovo codice degli appalti (D.lgs. n. 36/2023) Analisi delle novità, aspetti operativi e indicazioni pratiche*", Wolters Kluwer, Milano, 2023; B. BRUNELLA, M. MARIANI, E. TOMA, "*La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Commento al D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36", 2023, Giappichelli, Torino, 2023.

giuridica ad un principio-guida nella ricerca della soluzione del caso concreto, al fine di sciogliere la complessità, spesso inevitabile, che deriva dall'intreccio di principi e norme che spesso si sovrappongono delineando un quadro poco chiaro per l'operatore.

4. L'inversione procedimentale quale declinazione del principio del risultato

Diverse sono le declinazioni del principio del risultato che affiorano nell'intelaiatura del Codice dei contratti e, fra queste, emerge l'istituto dell'inversione procedimentale, una semplificazione procedurale contemplata ora dall'art. 107.

L'ordinaria scansione delle fasi della procedura di affidamento di contratti pubblici prevede l'apertura, per prime, delle buste contenenti la documentazione amministrativa comprovante il possesso dei requisiti che le imprese partecipanti devono possedere per partecipare alla gara. Tale documentazione viene sottoposta a verifica e, nel caso di documentazione irregolare o incompleta, è attivato il soccorso istruttorio. Si procede, poi, all'esclusione dei concorrenti che non hanno presentato documentazione idonea a dimostrare il possesso dei requisiti richiesti. Vengono, quindi, aperte le buste contenenti le offerte dei concorrenti rimasti in gara e, in base al valore delle offerte economiche presentate e al numero degli offerenti, si calcola la soglia di anomalia. Escluse le offerte anomale, si procede alla formazione della graduatoria, alla predisposizione della proposta di aggiudicazione e alla verifica del possesso dei requisiti in capo al soggetto individuato quale miglior offerente; superata positivamente tale verifica, viene adottato il provvedimento di aggiudicazione.

Ebbene, il meccanismo dell'inversione procedimentale interviene in deroga alla dinamica appena descritta[20]. Qualora, ai sensi del cita-

[20] L'inversione delle fasi di gara è presente nella direttiva 2014/24/UE per i settori ordinari (art. 56, par. 2) e nella direttiva 2014/25/UE per i settori speciali (art. 76, par. 7). Viene introdotta dal legislatore nazionale con la formulazione dell'art. 133 d.lgs. 50/2016 limitandone l'operatività, però, ai soli settori speciali. Nello specifico l'art. 133 comma 8 recitava: *Nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma*

to art. 107, comma 3, la stazione appaltante intenda utilizzare nelle procedure aperte il meccanismo dell'inversione procedimentale si prevede che – in deroga all'ordinaria scansione– le offerte dei concorrenti siano esaminate prima della verifica della documentazione comprovante l'idoneità a partecipare alla gara. Dunque, per effetto dell'inversione procedimentale, il momento di valutazione delle offerte è anteposto a quello della verifica della documentazione amministrativa. La *ratio* della disposizione è quella di semplificare e accelerare l'iter di gara e di ridurre il possibile contenzioso: qualora la stazione appaltante dichiari nel bando di volersi avvalere dell'inversione procedimentale, non sarà necessario effettuare nei confronti di tutti gli offerenti il controllo della documentazione amministrativa.

In conformità a quanto previsto dall'art. 107, comma 3, del d.lgs. n. 36 del 2023, la stazione appaltante è comunque tenuta a verificare in maniera «imparziale e trasparente» che gli offerenti siano in possesso dei requisiti prescritti. La disposizione non impone una specifica modalità di verifica, lasciando alle stazioni appaltanti la relativa scelta[21].

---

dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice. Successivamente il d.l. 32/2019 ha esteso la disciplina dell'art. 133 citato anche al settore degli appalti ordinari fino al 31 dicembre 2020, perimetro temporale prorogato prima fino al 31 dicembre 2021 (per la modifica introdotta dall'art. 8 comma 7 del D.L. 76/2020 convertito in L. 120/2020, cd. "Decreto Semplificazioni") e poi fino al 30 giugno 2023 dall'art. 52 del D.L. 77/2021 convertito dalla Legge 108/2021, cd. "Decreto Governance PNRR". Il d.lgs. 36/2023 ha messo a regime l'istituto con la formulazione dell'art. 107.

[21] Con il parere n. 2615 del 18 luglio 2024 il servizio di Supporto giuridico del MIT ricorda che l'art. 107 del d.lgs. 36/2023 stabilisce che l'istituto della inversione procedimentale, ormai di applicazione generalizzata in quanto non più limitato ai settori speciali, trovi applicazione nelle procedure aperte purché esso sia stato previsto nei documenti di gara. Pertanto, viene chiarito che l'istituto in esame può essere utilizzato nei contratti sottosoglia nei soli casi in cui la Stazione Appaltante utilizzi una procedura aperta (Circolare MIT 298/2023). La scelta è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, che dovrà puntualmente darne indicazione nei documenti di gara. Inoltre si puntualizza che, dal momento che la norma permette di anticipare l'apertura delle offerte rispetto alla "verifica dell'idoneità degli offerenti", si ritiene che con quest'ultimo sintagma debba intendersi, in conformità all'art. 56, par. 2, della direttiva 2014/24/UE, la verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale (artt. 94 – 98 del d.lgs. 36/2023) e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti (c.d. requisiti di carattere speciale ex artt. 100-103 d.lgs. 36/2023). Ne deriva che la fase di esame della documentazione amministrativa è ridotta, in quanto non si verifica la documentazione di tutti i concorrenti al fine, dunque, di snellire sensibilmente la durata

Quanto, poi, al principio di invarianza della soglia di anomalia, va premesso che sono anomale quelle offerte ritenute non attendibili e non affidabili in relazione alla concreta esecuzione dell'appalto. Dovendosi procedere all'esclusione degli operatori economici che hanno presentato simili offerte, la stazione appaltante deve individuare la soglia di anomalia, vale a dire il valore percentuale che esprime il punto di riferimento oltre il quale il prezzo di un appalto viene considerato anormale, in quanto esorbita dall'intervallo dei prezzi medi di mercato. La soglia di anomalia calcolata nell'ambito della procedura di affidamento di un appalto pubblico, essendo condizionata dal numero dei concorrenti e dall'importo dell'offerta da questi elaborata, può subire variazioni, qualora uno o più di uno dei concorrenti venga escluso ovvero riammesso in gara. Di norma, la rideterminazione della soglia, in applicazione del meccanismo della regressione procedimentale, comporta la rinnovazione degli atti di gara successivi alla individuazione della prima soglia e la conseguente modifica della graduatoria già predisposta. Il principio di invarianza consiste nella intangibilità della soglia di anomalia e nella conseguente immodificabilità della graduatoria, in deroga all'ordinario meccanismo della regressione procedimentale. In applicazione di tale principio non è dunque consentita la variazione della soglia già calcolata nel corso della gara, variazione derivante da provvedimenti amministrativi o giurisdizionali di esclusione (o anche di riammissione) dei concorrenti successivi all'aggiudicazione. La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il principio mira «a garantire "continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche […]» [22]. Nella specie il d.lgs. n. 36 del 2023 ha così disciplinato, al comma 12 dell'art. 108, il principio in esame: «ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia

della procedura di aggiudicazione.

[22] Cfr. Cons, Sez. V, sentenza 27 ottobre 2020, n. 6542.

di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara».

5. L'infondatezza della questione di legittimità costituzionale e la salvaguardia del valore pubblico

I dubbi di legittimità costituzionale sollevati dal TAR Campania ruotano intorno al dispositivo dell'art. 108, comma 12, d.lgs. 36/2023, limitatamente alla parte in cui stabilisce che il principio di invarianza della soglia di anomalia trova applicazione solo successivamente al provvedimento di aggiudicazione «tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale». La disposizione sarebbe, ad avviso del Collegio rimettente, in contrasto con l'art. 97 Cost., sotto il profilo del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, in quanto consentirebbe al concorrente sottoposto a verifica della documentazione prodotta di incidere sulla graduatoria e così influenzare l'esito della gara, attraverso la decisione di dare riscontro o meno alla richiesta di soccorso istruttorio[23]. La questio-

[23] Stante la disciplina recata dall'art. 101 del Codice dei contratti il soccorso istruttorio costituisce un sub-procedimento che permette all'operatore economico inadempiente di sanare determinate irregolarità e/o omissioni afferenti la domanda di partecipazione alla gara d'appalto. Un istituto questo che potrebbe sembrare in contraddizione con il canone di auto-responsabilità secondo cui chi dimentica di allegare una determinata documentazione o commette altro tipo di errore, dovrebbe poi affrontarne le conseguenze e non avere semplicemente la possibilità di "rimediare". In realtà emerge la volontà del legislatore di assecondare un approccio sostanzialista, affidando l'appalto all'operatore economico davvero meritevole, superando dimenticanze che non inficiano la qualità del servizio offerto, correndo il rischio di allungare i tempi di affidamento. Conclusioni cui è pervenuta anche la giurisprudenza amministrativa secondo la quale il soccorso istruttorio è espressione del «"giusto procedimento" e sottende una puntuale direttrice di valore: le regole precettive che disciplinano l'azione amministrativa non possono essere invocate per tutelare pretese che esulano dalla sfera di protezione degli interessi (pubblici e privati) che l'ordinamento, tramite di esse, intende presidiare. La procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta (in cui consiste la disciplina della contrattualistica pubblica) è informata a due principali *rationes*: da un lato, è volta a prevenire arbitrio o corruttela; dall'altra, ha lo scopo di emulare le dinamiche della concorrenza (ciò in quanto l'Amministrazione pubblica non è in grado di percepire, come i comuni operatori privati, il vincolo esterno del mercato). Lo scopo della gara è dunque quello di selezionare il concorrente che, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento. Il diritto pubblico ha lo scopo di premiare il "merito" degli operatori privati, stimolandone efficienza e innovazione, e non di minare e rallentare le missioni degli

ne non è stata ritenuta fondata dalla Consulta.
In punto di diritto il Guardiano delle leggi, allineandosi all'indirizzo espresso dalla giurisprudenza amministrativa di legittimità, rimarca che la *ratio* sottesa al principio di invarianza della soglia è quella di garantire continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti. In tale ottica sarebbero, quindi, precluse impugnazioni meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocati in graduatoria: un contenzioso che comporterebbe «una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara e un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche», così obliterando i precetti dell'art. 97 Cost. e annichilendo la dimensione storicizzata del valore pubblico. La finalità perseguita dal principio d'invarianza della soglia è inoltre giudicata espressamente dalla Consulta «coerente con il principio del risultato», richiamando anche le conclusioni riferite in altra occasione con la sentenza n. 132 del 2024. Tale principio – soggiungono i giudici - costituisce diretta attuazione del canone di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Il principio di invarianza della soglia, si rammenta la disciplina codicistica, opera solo a seguito dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione. Fino quel momento, la soglia può essere oggetto di rettifica, in modo che si tenga conto dell'esclusione dalla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o presentatrici di offerte invalide, ovvero della riammissione di imprese illegittimamente escluse. In questo modo, l'obiettivo di conferire stabilità all'esito dell'appalto trova un contrappeso nella possibilità di correggere, fino a che la gara non si è conclusa, eventuali distorsioni del confronto competitivo tra gli operatori economici causate da illegittime ammissioni o esclusioni dalla procedura, così tutelando, al contempo, la *par condicio* tra i partecipanti e il buon andamento dell'azione amministrativa. La circostanza che questo sia previsto anche nel caso di gare con inversione procedimentale non si pone, ad avviso della Corte costituzionale, in contrasto con il principio di buon andamento. La disposizione censurata realizza, infatti, un bilanciamento tra opposti interessi, individuando nel momento dell'aggiudicazione il

---

apparati pubblici. Gli errori, le omissioni dichiarative e documentali che non intaccano le predette garanzie sostanziali, in quanto non alterano in alcun modo il leale confronto competitivo, non avvantaggiano, cioè, nessun concorrente a discapito degli altri, non possono quindi avere portata espulsiva (Cons. Stato, sez. VI , sentenza 24 febbraio 2022 n. 1308).

ragionevole punto di equilibrio tra l'esigenza di stabilità, efficienza e celerità nella gestione degli appalti pubblici e il rispetto del canone di imparzialità. Infatti, qualora nel corso della gara con inversione procedimentale non fosse più consentita, dopo l'apertura delle offerte economiche, la modifica della soglia di anomalia, la possibilità di selezionare la migliore offerta, *id est* obiettivo di valore pubblico, potrebbe risultare eccessivamente compromessa. Ciò in quanto la stazione appaltante potrebbe trovarsi costretta, nonostante la gara non si sia ancora conclusa, a mantenere ferma una graduatoria in cui sono presenti operatori economici che, non avendo dimostrato il possesso dei requisiti di partecipazione, non avrebbero potuto partecipare alla selezione e, quindi, non sarebbero stati in grado di esprimere un'offerta valida. La disposizione censurata è inoltre in linea con le indicazioni provenienti dalla medesima giurisprudenza costituzionale, che ha osservato come il legislatore statale, nell'adottare meccanismi di accelerazione esemplificazione delle procedure di affidamento, sia tenuto a operare «un delicato bilanciamento fra le esigenze di snellimento delle procedure di gara e quelle, fondamentali, di tutela della concorrenza, della trasparenza e della legalità delle medesime procedure»[24].

---

[24] Cfr. Corte cost. sentt. n. 23 del 2022 e n. 39 del 2020. In questa prospettiva, come puntualizzato dalla medesima Corte cost. nella sentenza 23 novembre 2021, n. 218, anche la libera iniziativa economica e i limiti al suo esercizio devono costituire oggetto, nel quadro della garanzia offerta dall'art. 41 Cost. di una complessa operazione di bilanciamento. Operazione in cui vengono in evidenza, per un verso, il contesto sociale ed economico di riferimento e le esigenze generali del mercato in cui si realizza la libertà di impresa, e, per altro verso, le legittime aspettative degli operatori, in particolare quando essi abbiano dato avvio, sulla base di investimenti e di programmi, a un'attività imprenditoriale in corso di svolgimento. E al riguardo la Corte costituzionale sottolinea che uno degli aspetti caratterizzanti della libertà di iniziativa economica è costituito dalla possibilità di scelta spettante all'imprenditore: scelta dell'attività da svolgere, delle modalità di reperimento dei capitali, delle forme di organizzazione della stessa attività, dei sistemi di gestione di quest'ultima e delle tipologie di corrispettivo. Se, dunque, «legittimamente in base a quanto previsto all'art. 41 Cost., il legislatore può intervenire a limitare e conformare la libertà d'impresa in funzione di tutela della concorrenza, nello specifico ponendo rimedio ex post al vulnus conseguente a passati affidamenti diretti avvenuti al di fuori delle regole del mercato, il perseguimento di tale finalità incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti».

6. Riflessioni conclusive

L'ordinamento giuridico è «un organismo in perenne movimento, in continua trasformazione, che segue e rispecchia da vicino il movimento e le trasformazioni della vita politico-sociale»[25] e il ragionamento seguito dalla Corte costituzionale nelle argomentazioni conclusive tiene in debito conto dell'«esito sociale ulteriore, ancorché non intenzionale» scaturente dalle norme. Per cui se nella storia delle dinamiche sociali il risultato veniva originariamente identificato nello scopo giuridico della norma attributiva del potere, oggi esso assume una particolare rilevanza perché costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale per l'individuazione della regola nel caso concreto. La legittimità e il buon andamento dell'azione amministrativa nel mutato quadro socio-giuridico sono misurati sulla base del valore pubblico che con essa s'intende realizzare.

Ne deriva che la composizione giustiziale dei conflitti fra interessi contrapposti riflette — sullo sfondo delle riforme imposte dal PNRR e delle connesse esigenze di conseguire determinate finalità sociali — necessariamente la consacrazione di un'amministrazione prevalentemente funzionale la cui discrezionalità è ora ristretta nei confini della dimensione plastica del risultato.[26]

---

[25] E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 113ss.

[26] Sulla elaborazione dogmatica della nozione di risultato amministrativo cfr. S. PERONGINI, *il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici,* *Relazione svolta dall'Autore nel convegno "Il contenzioso in materia di contratti pubblici ed appalti nel quadro di un'analisi socio-giuridica" organizzato dall'Ufficio studi e formazione della Giustizia Amministrativa in collaborazione con il TAR per l'Emilia-Romagna e la SPISA – Università di Bologna, 14 e 15 dicembre 2022. Come l'Autore osserva, il legislatore del Codice dei contratti ha inglobato nel perimetro della legalità il risultato amministrativo. Ne consegue che il risultato dell'affidamento del contratto «non è un esito formale o meramente strumentale, al contrario esso possiede un contenuto sostanziale rilevantissimo, per le seguenti due ragioni. Innanzitutto, perché il risultato dell'affidamento del contratto si concreta con la stipula di un contratto con un contenuto ben definito, rappresentato, oltre che dalla tempestività dell'affidamento, anche dalla necessità di perseguire il "miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo". In secondo luogo, perché l'affidamento del contratto è funzionale alla esecuzione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio o al conseguimento della fornitura e, pertanto, alla realizzazione dell'interesse pubblico. Proprio il "risultato della esecuzione del contratto" configura questo elemento in termini sostanziali. Invero, l'esecuzione del contratto deve avvenire, anch'essa, tempestivamente e perseguendo il miglior rapporto tra qualità e prezzo. Orbene, il risultato dell'esecuzione del contratto significa che il legislatore individua il risultato nella realizzazione dell'opera

Si tratta di un vero e proprio cambio di paradigma della gestione della cosa pubblica che cambierà irreversibilmente il modo di concepire l'esecuzione degli appalti pubblici, offrendosi all'operatore strumenti decisionali il cui impiego se, da un lato, determina un irrinunciabile potenziamento dei livelli di efficienza organizzativa e procedimentale della pubblica amministrazione, dall'altro rischia di incrinare gli ineludibili vincoli di legalità.
E' emblematica sul punto la sentenza n. 6332 del 18 novembre 2024 con cui il TAR Campania ha stabilito che un'aggiudicazione di appalto può essere legittima anche senza la verifica preliminare dei requisiti fiscali e contributivi dell'offerente, qualora vi siano impedimenti burocratici insormontabili[27].
Secondo i pareri nn. 57 e 57 bis del 15 novembre 2023 dell'ANAC, in questi casi "la procedura rimane ferma e l'eventuale aggiudicazione non acquista efficacia" fino al completamento delle verifiche. L'Autorità aveva sottolineato come un simile approccio fosse coerente con il principio di legalità e con il vincolo della massima tempestività delle procedure, evitando che i contratti fossero conclusi senza i dovuti controlli.
Il TAR, tuttavia, ha seguito un'interpretazione differente: «la procedura adottata – si legge nella sentenza – è legittima e coerente con il principio del risultato, che impone di superare situazioni di stallo e garantire la tempestività dell'affidamento».
La decisione del TAR rappresenta, segnatamente, un punto di rottura rispetto all'orientamento dell'ANAC e solleva nuovi interrogativi sul bilanciamento tra il principio di legalità e quello del risultato nelle procedure di appalto pubblico.

---

pubblica, nell'espletamento del servizio o nel conseguimento della fornitura».

[27] La questione di specie nasce da una procedura di gara in cui l'aggiudicazione è stata disposta senza l'acquisizione del DURF (Documento Unico di Regolarità Fiscale) della società mandante, in apparente violazione dell'art. 17, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023.

L'intelligenza artificiale nei dispositivi medici: profili regolatori, responsabilità e implicazioni etiche nel diritto sanitario

Davide Maria Pellegrino

Abstract

I dispositivi medici basati su intelligenza artificiale (IA) pongono complesse sfide interpretative alla dottrina e al legislatore, in un contesto in cui la rapidità dell'innovazione tecnologica eccede la capacità di adattamento degli ordinamenti giuridici. Non è solo la novità tecnica a sollevare interrogativi, ma l'impossibilità di inquadrare pienamente concetti come "autonomia algoritmica", "machine learning" e "software as a medical device" entro le categorie tradizionali del diritto sanitario e della responsabilità civile. L'introduzione di sistemi adattivi e autoapprendenti destabilizza le logiche fondate sul controllo ex ante e sulla prevedibilità dell'errore, imponendo una revisione critica degli assetti normativi e giurisprudenziali esistenti.
Sebbene il Regolamento (UE) 2017/745 (MDR) costituisca un primo tentativo di regolamentare i dispositivi software-based, le sue disposizioni risultano insufficienti rispetto alla complessità dell'IA clinica. La proposta di Regolamento sull'IA (AI Act), fondata su un approccio risk-based, introduce importanti obblighi per i sistemi ad "alto rischio", e la sua integrazione con il MDR rimane problematica, soprattutto in relazione al consenso informato, al ruolo decisionale del medico e alla tutela contro i bias algoritmici.
Il presente contributo affronta in chiave sistemica e interdisciplinare le principali criticità giuridiche ed etiche, con particolare attenzione al principio di trasparenza, alla responsabilità del produttore e del medico, al consenso informato algoritmico e alla trasformazione della relazione terapeutica in epoca di medicina digitale. L'analisi si conclude con la proposta di un modello giuridico adattivo e progettuale, che combini auditing etico, spiegabilità degli algoritmi, nuovi protocolli informativi e strumenti di soft e hard law, al fine di coniugare innovazione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali del paziente.

Artificial intelligence (AI)-based medical devices pose significant interpretative challenges for legal scholars and policymakers, particularly in a context where the rapid pace of technological innovation exceeds the adaptive capacity of legal

systems. The issue lies not only in the novelty of the technology, but also in the difficulty of conceptually framing terms such as "algorithmic autonomy," "machine learning," and "software as a medical device" within the traditional categories of health law and civil liability. The introduction of adaptive and self-learning systems destabilizes legal frameworks based on ex ante control and error predictability, necessitating a critical reassessment of existing regulatory and jurisprudential paradigms.

Although Regulation (EU) 2017/745 (MDR) represents a first attempt to regulate software-based devices, its provisions prove insufficient to address the complexity of clinical AI. The proposed Artificial Intelligence Act (AI Act), grounded in a risk-based approach, introduces important compliance obligations for high-risk systems; however, its integration with the MDR remains problematic—particularly with respect to informed consent, the clinician's decisional role, and protections against algorithmic bias.

This paper adopts a systemic and interdisciplinary approach to examine the principal legal and ethical issues raised by AI in healthcare, with particular focus on the principles of transparency, liability of both manufacturers and healthcare professionals, algorithmic informed consent, and the transformation of the therapeutic relationship in the era of digital medicine. The analysis concludes with a proposal for an adaptive and design-oriented legal model that integrates ethical auditing, algorithm explainability, new consent protocols, and a combination of soft and hard law instruments, aimed at reconciling technological innovation with the protection of patients' fundamental rights.

Sommario: 1. Inquadramento dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario e quadro normativo **2.** Profili critici e prospettive regolatorie dell'intelligenza artificiale nei dispositivi medici **3**. La responsabilità civile: tra art. 2043 c.c. e responsabilità da prodotto difettoso **4.** Consenso informato e relazione medico-paziente nell'era mHealth **5.** Conclusioni

1. Inquadramento dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario e quadro normativo

L'intelligenza artificiale (IA), attraverso tecniche avanzate quali il machine learning e il deep learning, rappresenta oggi uno dei principali motori dell'innovazione in ambito sanitario. Queste tecnologie permettono di elaborare in modo efficiente e preciso enormi volumi di dati clinici, consentendo diagnosi rapide e accurate, trattamenti altamente personalizzati e monitoraggi continui dello stato di salute dei pazienti. L'impiego dell'IA, difatti, ha rivoluzionato il ruolo dei dispositivi medici, trasformandoli da semplici strumenti diagnostici in sofisticati sistemi decisionali capaci di sostenere e talvolta dirigere interventi terapeutici complessi. Le applicazioni tecnologiche necessitano di una disciplina trasversale che tenga conto delle specificità della materia e del sistema di reti, mantenendo al contempo un'unitarietà di fondo. Infatti, un riferimento normativo lo ritroviamo nell'articolo 168[1] del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), il quale stabilisce che l'Unione garantisca un elevato livello di protezione della salute umana, migliorando la sanità pubblica, prevenendo malattie ed eliminando le fonti di pericolo per la salute fisica e mentale. Dunque, risulta necessario promuovere politiche che non solo supportano gli Stati membri, ma che anche promuovono la cooperazione per affrontare le sfide sanitarie emergenti, sempre con un occhio attento all'innovazione tecnologica e alle sue implicazioni etiche e giuridiche. Inoltre, la cooperazione tra giuristi ed esperti del settore è essenziale per comprendere il fenomeno tecnologico e determinare le scelte giuridiche appropriate. Per questo motivo risulta decisivo che "il legislatore abbia una solida base di conoscenze tecnico scientifiche e che la normazione tecnica sia basata su un processo inclusivo e partecipativo che coinvolga medici, ricercatori, organizzazioni sanitarie e rappresentanti dei pazienti per comprendere appieno le implicazio-

[1] *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, art. 168.

ni delle nuove tecnologie e garantire indicazioni di leggi adeguate"[2].
Il quadro normativo europeo di riferimento per tali tecnologie è principalmente costituito dal Regolamento (UE) 2017/745 (Medical Device Regulation – MDR), che ha sostituito la precedente Direttiva 93/42/CEE. Il MDR classifica espressamente i software destinati a scopi diagnostici o terapeutici come dispositivi medici, prevedendo una classificazione del rischio articolata in classi (I, IIa, IIb, III) sulla base della destinazione d'uso e dell'impatto clinico potenziale (Allegato VIII). Tale normativa stabilisce inoltre l'obbligo di una valutazione clinica approfondita per i software che supportano decisioni cliniche critiche, quali quelli utilizzati nella diagnostica oncologica o nella radiologia automatizzata (articoli 61 e 62)[3].
In Italia, il recepimento del MDR è avvenuto attraverso il D.Lgs. 5 agosto 2022, n. 137, che non ha apportato modifiche sostanziali rispetto al regolamento europeo, affidando al Ministero della Salute e al Centro Nazionale Dispositivi Medici (CNDM) funzioni di vigilanza e gestione dei dati relativi ai dispositivi medici. A completare il quadro normativo vigente intervengono anche il Regolamento (UE) 2017/746 (IVDR) per i dispositivi medico-diagnostici in vitro e il GDPR (Regolamento 2016/679/UE) per il trattamento dei dati personali, con particolare attenzione ai dati sanitari e ai limiti relativi a decisioni automatizzate e profilazione (articoli 9 e 22)[4].

---

[2] M.C. SPENA, *La salute tra nuove sfide della contemporaneità* cit., 80.

[3] Sul punto, cfr. *Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2017* relativo ai dispositivi medici, che abroga la Direttiva 93/42/CEE. In particolare, *l'Allegato VIII del MDR* introduce una classificazione basata sul rischio e sulla destinazione d'uso anche per i software medici, rendendo esplicito il loro inquadramento come dispositivi medici a pieno titolo.
Significativo è inoltre *l'art. 61 MDR*, che impone per i dispositivi ad alto rischio (inclusi molti software IA) una valutazione clinica rigorosa, fondata su dati scientifici verificabili. Tali obblighi si applicano, ad esempio, ai software predittivi e di supporto alla decisione clinica utilizzati in ambiti critici come l'oncologia, la radiologia automatizzata o l'assistenza intensiva.

[4] Sul recepimento del *Regolamento (UE) 2017/745* in Italia, v. D.Lgs. 5 agosto 2022, n. 137 (in G.U. 13 settembre 2022, n. 214), che si limita ad attribuire competenze di coordinamento, vigilanza e gestione dei dati al Ministero della Salute e al Centro Nazionale Dispositivi Medici, senza innovare i contenuti sostanziali del *MDR*. Sul piano unionale, il quadro regolatorio si articola anche con il *Regolamento (UE) 2017/746* relativo ai dispositivi medico-diagnostici in vitro, mentre per la disciplina del trattamento dei dati personali, e in particolare per le implicazioni legate a profilazione e decisioni automatizzate in ambito sanitario, rilevano gli *artt. 9 e 22 del Regolamento (UE) 2016/679*

2. Profili critici e prospettive regolatorie dell'intelligenza artificiale nei dispositivi medici

L'introduzione dell'intelligenza artificiale nei dispositivi medici ha sollevato interrogativi profondi in ambito giuridico, ponendo in evidenza l'incompletezza del quadro regolatorio europeo nel disciplinare tecnologie caratterizzate da autonomia decisionale e capacità adattiva. Il Regolamento (UE) 2017/745 (MDR), pur rappresentando un'evoluzione rispetto alla precedente normativa, si limita a stabilire requisiti generali di sicurezza e performance, senza affrontare in modo sistematico le implicazioni connesse all'utilizzo di algoritmi intelligenti in ambito sanitario. Tra queste, l'autonomia adattiva, ovvero la capacità di un sistema IA di apprendere dai dati e modificare autonomamente i propri comportamenti operativi, rappresenta una discontinuità radicale rispetto al software statico tradizionale. Tale caratteristica compromette i presupposti classici della regolazione ex ante, rendendo difficoltosa l'identificazione del rischio, la validazione delle prestazioni e la tracciabilità delle decisioni automatizzate[5]. A fronte di ciò, l'unico strumento attualmente previsto dal MDR per affrontare tali criticità è il principio del safety by design, sancito all'articolo 5 e dettagliato nell'Allegato I, il quale impone ai produttori l'obbligo di integrare la sicurezza sin dalla fase proget-

---

(GDPR).

[5] Un caso emblematico dei rischi connessi all'autonomia adattiva è rappresentato dal dispositivo IDxDR, il primo sistema di intelligenza artificiale autorizzato dalla *Food and Drug Administration (FDA)* statunitense per la diagnosi autonoma della *retinopatia diabetica*. Approvato nel 2018 attraverso la procedura *De Novo*, IDxDR è progettato per analizzare immagini della retina e fornire una diagnosi senza intervento umano.
La particolarità risiede nel fatto che il dispositivo è stato approvato con un cosiddetto *"predetermined change control plan"*, ovvero un piano predefinito che stabilisce le condizioni alle quali l'algoritmo può essere aggiornato dopo l'immissione in commercio, senza necessità di una nuova approvazione regolatoria.
Questo approccio, se da un lato consente aggiornamenti agili, dall'altro introduce rischi significativi legati all'*autonomia adattiva*: la capacità dell'algoritmo di apprendere autonomamente dai nuovi dati raccolti e di modificare il proprio comportamento operativo nel tempo. Ciò comporta che uno stesso input clinico potrebbe generare risultati differenti in momenti diversi, rendendo problematico il controllo ex ante, la tracciabilità delle decisioni, e la validazione clinica continuativa del dispositivo. In ultima analisi, viene messa in discussione la possibilità per medici e pazienti di comprendere appieno il processo decisionale, con potenziali impatti sulla responsabilità professionale, sulla trasparenza del trattamento e sulla sicurezza del paziente.

tuale del dispositivo medico[6]. Un ulteriore richiamo normativo può essere trovato all'interno della ISO 13485, che ricordiamo non essere una normativa obbligatoria bensì facoltativa, la quale specifica i requisiti per un sistema di gestione della qualità dei medical devices. I suoi punti cardine sono la gestione del rischio durante l'intero ciclo di vita del prodotto, una documentazione accurata dei processi produttivi e di controllo ed anche la tracciabilità dei dispositivi e la sorveglianza post-commercializzazione. Proprio l'Allegato IX dell'MDR chiarisce come il rispetto della ISO 13485[7] possa costituire prova presuntiva di conformità ai requisiti generali di sicurezza e prestazione elencati nell'Allegato I.
Tuttavia, nonostante gli interventi normativi da parte dell'Unione Europea, il quadro regolatorio appare ancora incompleto per disciplinare in modo esaustivo le dinamiche intrinseche all'intelligenza artificiale, soprattutto in presenza di dispositivi evolutivi. A confer-

---

[6] Il richiamo al principio del *safety by design* nell'art. 5 del *Regolamento (UE) 2017/745* riflette un approccio tipico della regolazione basata sul rischio (*risk-based regulation*), in cui la conformità preventiva sostituisce il controllo successivo. Tuttavia, nel contesto dei software intelligenti, tale impostazione solleva questioni problematiche: l'idea che i rischi possano essere valutati ex ante è difficilmente conciliabile con l'autonomia adattiva degli algoritmi, che possono modificare il proprio comportamento nel tempo sulla base dell'apprendimento dai dati. Ciò implica che le valutazioni di sicurezza progettuale rischiano di essere statiche rispetto alla dinamicità funzionale del dispositivo.
In questo senso, parte della dottrina ha evidenziato la necessità di sviluppare forme di *adaptive regulation*, capaci di accompagnare l'evoluzione del software anche nella fase post-commercializzazione.

[7] L'importanza attribuita alla norma *ISO 13485* nel contesto regolatorio europeo evidenzia la tendenza crescente a ricorrere a standard tecnici internazionali come strumenti di regolazione indiretta. In ambito giuridico, tale fenomeno è stato descritto come una forma di *privatizzazione normativa della compliance*, in cui organismi privati come l'ISO fissano parametri tecnici formalmente volontari che, tuttavia, finiscono per acquisire una forza quasi cogente attraverso il riconoscimento istituzionale e la prassi operativa dei mercati regolamentati.
Questo meccanismo, sebbene efficace sotto il profilo dell'armonizzazione tecnica, solleva interrogativi critici in materia di trasparenza, responsabilità e controllo democratico, soprattutto nel caso di dispositivi medici ad alto contenuto algoritmico, la cui evoluzione adattiva può sfuggire ai vincoli statici di certificazioni fondate su requisiti ex ante.
L'International Organization for Standardization (ISO) è un'organizzazione non governativa di natura privatistica, fondata nel 1947 e con sede a Ginevra. Riunisce oltre 160 organismi nazionali di normazione, operando fuori dai circuiti del diritto pubblico internazionale. Sebbene i suoi standard, come la *ISO 13485-2016*, non siano formalmente vincolanti, essi assumono spesso valore para-normativo, soprattutto quando vengono integrati nei processi di valutazione della conformità previsti da atti normativi vincolanti come il *MDR*.

mare il quadro di incertezza contribuisce uno studio comparato condotto su oltre 460 dispositivi medici[8] basati su intelligenza artificiale approvati per l'immissione in commercio tra il 2015 e il 2020, il quale ha evidenziato come, tanto negli Stati Uniti quanto nell'Unione Europea, tali dispositivi continuino a essere valutati secondo criteri regolatori elaborati per software tradizionali, in assenza di un percorso specifico e autonomo capace di riflettere le peculiarità tecnologiche, adattive e funzionali dell'IA. Questi dispositivi, nonostante le peculiarità funzionali e il livello di complessità tecnologica, continuano a essere valutati secondo i criteri applicati ai software medicali tradizionali, con conseguente inadeguatezza degli strumenti normativi e procedurali impiegati. Tale lacuna genera una profonda eterogeneità nei processi valutativi, accompagnata da un'incertezza sistemica in sede di classificazione del rischio, spesso sottostimato rispetto alla reale portata delle tecnologie coinvolte. In particolare, nel contesto europeo, la certificazione delegata a organismi notificati privati, riduce significativamente i margini di trasparenza, ostacolando la possibilità di controllo pubblico, revisione scientifica indipendente e monitoraggio comparativo su scala sovranazionale[9]. Tale scenario di incertezza è reso ancora più problematico dall'assenza di riferimenti condivisi su scala europea riguardo ai principi etici che dovrebbero guidare lo sviluppo e l'impiego dei sistemi intelligenti in ambito sanitario. Numerosi studi internazionali hanno cercato di sistematizzare e armonizzare i principi emergenti nelle diverse linee guida etiche sull'IA, evidenziando convergenze significative. Rispettivamente riportiamo gli studi di: Jobin et al. (2019), il quale esamina 86 documenti in un quadro composto dai

[8] M. G. LEONE, *Medical Devices Made of Substances: A New Challenge*, in *Frontiers in Drug Safety and Regulation*, 2022, 2, 3 ss.

[9] A differenza dei farmaci che necessitano di un AIC (autorizzazione immissione in commercio) per i medical devices basta apporre la marcatura CE la cui disciplina è all'interno Regolamento (UE) 2017/745 (MDR) e rappresenta il prerequisito per l'immissione legale sul mercato europeo. Essa attesta la conformità del dispositivo ai requisiti essenziali di sicurezza e prestazione definiti nell'Allegato I del regolamento. Per i dispositivi a rischio medio-alto (*classi IIa, IIb e III*), la valutazione di conformità deve essere condotta da organismi notificati, soggetti privati autorizzati dagli Stati membri e riconosciuti dalla Commissione europea. Tali enti svolgono attività di audit tecnico, ispezione e revisione documentale. Tuttavia, l'esternalizzazione del processo certificativo a soggetti privati ha sollevato preoccupazioni in merito alla trasparenza procedurale, alla frammentazione interpretativa e alla limitata possibilità di supervisione pubblica, specie nei casi in cui i criteri di valutazione applicati non siano accessibili né soggetti a verifica indipendente *cfr. Reg. (UE) 2017/745, artt. 5 ss., Allegati VIII e IX.*

dodici principi classici della bioetica (transparency, justice/fairness, accountability, privacy, beneficence, freedom/autonomy, trust, dignity, sustaninability and solidarity); di Fjeld et al. (2020)[10] il quale, analizzando 36 documenti, individua otto temi ricorrenti tra cui privacy, accountability, sicurezza, trasparenza, equità e controllo umano sulla tecnologia. Lo studioso Hagendorff (2020)[11], basandosi su 22 delle principali linee guida, rileva che i principi maggiormente condivisi (presenti oltre l'80% dei documenti) sono accountability, privacy, fairness, seguiti da sicurezza e trasparenza. Lo studio più ampio, condotto da Correa et al. (2023)[12], prende in esame 200 codici etici e linee guida, identificando 17 principi comuni, tra cui responsabilità, diritti umani, giustizia, sostenibilità, affidabilità e trasparenza. Nonostante la varietà metodologica, emerge una convergenza sostanziale su sei principi fondanti: trasparenza, privacy, responsabilità, giustizia, sicurezza e autonomia. Tra questi, il principio di trasparenza assume un ruolo centrale, specialmente in relazione ai sistemi di deep learning impiegati nei processi decisionali clinici, spesso caratterizzati da opacità e scarsa intelligibilità (i cosiddetti "modelli black box"). Emerge come la trasparenza sia un "fattore necessario per favorire la fiducia nelle previsioni, nelle raccomandazioni e nelle conseguenti decisioni dei sistemi algoritmici"[13]. Ciò che emerge dall'analisi di questi studi comparati è che nessun principio è presente in tutti i documenti. Ciò è dovuto sia al fatto che lo stesso concetto possa venire espresso in modo diverso e che la maggior parte dei principi si sovrappone in alcune parti del loro dominio. Ma anche il modo in cui viene interpretato uno stesso principio può risultare diverso. Emerge dunque come sia ancora frammentato il quadro etico-regolatorio riguardo l'intelligenza artificiale in ambito sanitario.

Tuttavia, la convergenza emersa a livello etico e deontologico non è stata finora accompagnata da una corrispondente armonizzazione

---

[10] J. FJELD, N. ACHTEN, H. HILLIGOSS, A. NAGY, M. SRIKUMAR, *Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-Based Approaches to Principles for AI*, Cambridge (MA), 2020, 1.

[11] T. HAGENDORFF, *The Ethics of AI Ethics: An Evaluation of Guidelines*, in *Minds and Machines*, 2020, 3, 99-120.

[12] N. CORREA, C. GALVA, J.W. SANTOS, C. DEL PINO, B. PONTES PINTO, C. BARBOSA, D. MASSMAN, M. MAMBRINI, L.R. GALVA, E. TEREM, N. DE OLIVEIRA, *Worldwide AI ethics: A review of 200 guidelines and recommendations for AI governance*, in *Patterns*, 2022, 4.

[13] S. DADÀ, *Vulnerabilità digitale, etica intelligenza artificiale e medicina*, Milano, 2023, 100 ss.

giuridica vincolante, in grado di garantire un'applicazione coerente e uniforme di tali principi nei diversi contesti nazionali. Questa distanza tra etica e diritto, particolarmente critica nell'ambito sanitario, impone l'elaborazione di un quadro normativo organico che traduca i valori condivisi in obblighi giuridici effettivi. In questa prospettiva si inserisce il Regolamento (UE) sull'intelligenza artificiale (Artificial Intelligence Act)[14], adottato definitivamente dal Parlamento europeo nel marzo 2024, che introduce un quadro armonizzato per i sistemi di IA nell'Unione mediante un approccio basato sul rischio (risk-based approach). L' AI Act all' articolo 3 fornisce la definizione di sistema AI inteso come "un sistema armonizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obbiettivi espliciti e impliciti deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali". Subito dopo questa definizione viene data quella di rischio inteso come "la combinazione della probabilità del verificarsi di un danno e la gravità del danno stesso". Come affermato precedentemente, l'AI Act adotta un approccio basato sul rischio (risk-based approach)[15], secondo cui gli obblighi normativi variano proporzionalmente al livello di rischio che un sistema di intelligenza artificiale può comportare per i diritti fondamentali, la salute, la sicurezza o altri interessi giuridicamente rilevanti. Questo metodo consente di calibrare le misure di controllo e le responsabilità del produttore in funzione della gravità e della probabilità del danno potenziale, promuovendo una regolazione differenziata ma efficace. La proposta classifica come "high-risk AI systems" i dispositivi IA destinati all'ambito sanitario, imponendo requisiti rafforzati in materia di documentazione tecnica, qualità e governance dei dati, trasparenza, tracciabilità, sorveglianza post-commercializzazione e supervisione umana. Sebbene si tratti di un regolamento di carattere generale e non esclusivamente riferito ai dispositivi medici, l'AI Act rappresenta un complemento fon-

[14] Regolamento (UE) 2024/1684 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, che stabilisce norme armonizzate in materia di intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence Act*) e modifica gli atti giuridici elencati nell'allegato X, in *G.U.U.E.*, L 1684, 2024.

[15] S. DADÀ, *Vulnerabilità digitale, etica intelligenza artificiale e medicina*, Milano, 2023, 138 ss. L'approccio scelto nel caso del regolamento europeo è stato già utilizzato in altri documenti, come l'US *Algorithmic Accountability Act* (2023), il *Canadian Directive of Automated Decision-Making* (2020), e la *Opinion of German Data Ethics Commission* (2019).

damentale al MDR, contribuendo a colmare il vuoto normativo attuale e ponendo le basi per una regolazione più coerente delle tecnologie intelligenti.

3. La responsabilità civile: tra art. 2043 c.c. e responsabilità da prodotto difettoso

La crescente diffusione dei dispositivi medici basati su intelligenza artificiale impone una riflessione approfondita sui profili di responsabilità civile che tali tecnologie inevitabilmente sollevano. Se da un lato, il legislatore europeo ha avviato un processo di adeguamento normativo per far fronte alle sfide poste da sistemi digitali complessi e dotati di autonomia adattiva, dall'altro persistono ampie aree di incertezza, in particolare quanto all'imputazione degli effetti lesivi generati da comportamenti algoritmici non integralmente prevedibili o tracciabili.
Il punto di partenza non può che essere rappresentato dall'art. 2043 c.c., cardine della responsabilità extracontrattuale, secondo cui "qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno"[16]. Tuttavia, l'applicazione di tale disposizione a sistemi dotati di capacità adattative, ossia in grado di modificare il proprio comportamento in base all'input ricevuto, solleva rilevanti criticità interpretative. Le principali riguardano l'individuazione del soggetto eventualmente responsabile (che può variare tra il medico utilizzatore, la struttura sanitaria o il produttore) e l'accertamento del nesso causale tra condotta umana, errore algoritmico e danno subito dal paziente. A tal riguardo, parte della dottrina ha elaborato il concetto di "rischio tecnologico residuale"[17], riferendosi a quella quota di imprevedibili-

[16] L'art. 2043 c.c. funge da clausola generale della responsabilità extracontrattuale, richiedendo, per la sua configurazione, l'elemento soggettivo (dolo o colpa), il danno ingiusto e il nesso causale. La dottrina, tuttavia, ha ampiamente mostrato come l'interpretazione della "colpa" si sia evoluta, soprattutto in relazione alle attività ad alto rischio organizzativo o tecnologico, rispetto alle quali l'ordinamento italiano integra criteri di responsabilità oggettiva (es. artt. *2050–2052 c.c.*). A proposito della tecnologia, si segnala che, per danni da prodotti difettosi in ambito informatico, la giurisprudenza ha applicato l'istituto dell'art. 2043 "*anche quando il produttore o esercente non abbia agito con colpa manifesta, ma l'evento dannoso derivi da una condotta di gestione negligente dell'algoritmo*"

[17] Il concetto di *rischio tecnologico residuale* fa riferimento a quei rischi che, pur essendo stati identificati e valutati, non possono essere completamente eliminati nemmeno con l'applicazione di tutte le misure di controllo ragionevolmente disponibili. Tale nozione

tà che permane anche a fronte dell'adozione della massima diligenza da parte dei soggetti coinvolti.
In relazione ai dispositivi medici basati su intelligenza artificiale, le peculiarità strutturali di tali tecnologie sollevano ulteriori criticità in termini di imputazione della responsabilità. L'intelligenza artificiale, specie nella sua forma più avanzata di apprendimento automatico non supervisionato o adattivo, è caratterizzata da un comportamento non interamente deterministico, che evolve nel tempo in base ai dati ricevuti in input. Questo aspetto compromette la piena prevedibilità e tracciabilità del funzionamento del dispositivo, mettendo in discussione i tradizionali presupposti della responsabilità civile, come il dolo, la colpa e, in particolare, il nesso causale.
Per rispondere a tali sfide, la Commissione europea ha presentato la Proposta di Direttiva COM(2022)495[18], complementare all'AI Act, con l'obiettivo di modernizzare la disciplina sulla responsabilità da prodotto difettoso in modo da includere esplicitamente i sistemi basati su AI. Tale proposta amplia la nozione di difetto, ricomprendendo anche la carenza di trasparenza, l'impossibilità di comprendere il funzionamento del sistema da parte dell'utente e l'assenza di aggiornabilità sicura. In linea con il considerando 18, si prevede che l'inadeguata documentazione tecnica, comprese le logiche algoritmiche, i criteri decisionali e i registri delle performance, possa essere sintomatica di un difetto, anche qualora il prodotto risulti

---

è espressamente disciplinata *dall'Allegato I del Regolamento (UE) 2017/745 (MDR)*, il quale impone ai fabbricanti l'obbligo di ridurre al minimo i rischi associati al dispositivo medico, mantenendo comunque un rapporto rischio-beneficio accettabile. Il rischio residuale è considerato accettabile solo se proporzionato ai benefici clinici attesi, e deve essere adeguatamente comunicato agli utilizzatori.
Una trattazione sistematica è fornita dalla norma tecnica internazionale *ISO 14971:2019,* che rappresenta lo standard di riferimento per la gestione del rischio nei dispositivi medici. La norma definisce il *residual risk* come "*il rischio rimanente dopo che sono state attuate tutte le misure di controllo del rischio*". Essa richiede inoltre che tali rischi siano valutati in maniera trasparente e, quando necessario, mitigati attraverso strategie di informazione, etichettatura e formazione dell'utente.

[18] Cfr. Commissione europea, *Proposal for a Directive on liability for defective products, COM(2022) 495 final*, 28 settembre 2022, che propone la sostituzione della *Direttiva 85/374/CEE* per estendere espressamente la responsabilità per prodotti difettosi anche ai sistemi IA attraverso un approccio di nofault liability e presunzioni in sede processuale. Tale proposta è stata approvata come *Direttiva (UE) 2024/2853* del 23 ottobre 2024, pubblicata il 18 novembre 2024, con termine di recepimento fissato entro il 9 dicembre 2026; il testo espande il concetto di "prodotto" includendo il software e introduce misure specifiche riferite all'IA e agli aggiornamenti postvendita

formalmente conforme alle specifiche tecniche[19].
Il legislatore europeo, inoltre, riconosce la necessità di mitigare l'asimmetria informativa tra produttori di tecnologie intelligenti e utilizzatori (in primis operatori sanitari), attraverso meccanismi presuntivi e lo strumento della disclosure giudiziale. Questo istituto, rafforzato dalla nuova Direttiva (UE) 2024/2853, consente al giudice di ordinare al convenuto la produzione di documentazione tecnica essenziale ai fini dell'istruttoria, anche per favorire l'individuazione del momento e della modalità in cui il comportamento del dispositivo ha deviato dalle aspettative di sicurezza.
È evidente come i dispositivi medici con AI pongono interrogativi di rilievo in ordine alla cosiddetta "black box liability"[20], ossia la responsabilità derivante da decisioni automatizzate non intellegibili. Il rischio che l'operatore sanitario si affidi in modo acritico all'output di un sistema algoritmico, senza poterne comprendere le basi decisionali, introduce una tensione evidente tra innovazione tecnologica e affidamento professionale, con potenziali ricadute sulla configurabilità della colpa medica. La valutazione giuridica, pertanto, non può prescindere da un'analisi caso per caso del livello di autonomia, di trasparenza e di controllo umano previsto dal sistema.
In questo contesto si innesta la disciplina della responsabilità da prodotto difettoso, delineata a livello europeo dalla Direttiva 85/374/CEE[21], recepita in Italia con il D.P.R. n. 224/1988 e successivamente confluita negli articoli 114-127 del Codice del Consumo (D.lgs. 206/2005). La direttiva ha introdotto un regime di responsabilità oggettiva del produttore, basato su un delicato equilibrio tra libera circolazione delle merci, tutela della concorrenza e protezione del consumatore. Il danno risarcibile può derivare da difetti di progettazione, produzione o informazione, mentre restano esclusi i cosiddetti rischi da sviluppo, ossia quei rischi che non potevano essere previsti sulla base delle conoscenze scientifiche e tecniche disponibili al momento della messa in commercio. L'onere della prova grava sul danneggiato, che deve dimostrare l'esistenza del danno,

---

[19] Regolamento (UE) 2024/1684 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, in *G.U.U.E.*, L 1684, 2024, considerando 18.
[20] A. PREECE, *Asking "Why" in AI: Explainability of intelligent systems- prospectives and challenges*, in " *Intelligent Systems in Accounting, Finance and Management*", 2018 25, 63-72.
[21] V. Direttiva 85/374/CEE del Consiglio, 25 luglio 1985, in *GUCE* L 210 del 7 agosto 1985; *d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224*, di attuazione della direttiva, ora abrogato; *d.lgs. 6 settembre 2005*, n. 206 (Codice del Consumo), artt. 114127.

il difetto del prodotto e il nesso causale tra i due. La legittimazione passiva, oltre al produttore, si estende all'importatore, al produttore apparente e, in via sussidiaria, al fornitore. Sul punto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella sentenza C-157/23, ha esteso la nozione di produttore apparente[22] anche al distributore che utilizzi un marchio identico a quello del fabbricante, configurando un legittimo affidamento in capo al consumatore.

Alla luce dell'evoluzione tecnologica, il legislatore europeo è intervenuto nuovamente con la Direttiva (UE) 2024/2853[23], applicabile ai prodotti immessi sul mercato a partire dal 9 dicembre 2026, la quale aggiorna in profondità la disciplina della responsabilità da prodotto, ampliandone l'ambito oggettivo e soggettivo. In particolare, viene estesa la definizione di "prodotto" a elementi digitali quali software, file e materie prime informatiche, mentre tra i soggetti potenzialmente responsabili rientrano ora anche gli operatori della logistica e le piattaforme online. Di rilievo è il rafforzamento delle tutele in favore del danneggiato mediante meccanismi presuntivi, nonché l'introduzione dell'istituto della disclosure. Quest'ultima consente al giudice di ordinare al convenuto la produzione di documentazione tecnica rilevante, tra cui log algoritmici, valutazioni del rischio e report di performance, qualora il ricorrente abbia fornito indizi sufficienti di un possibile difetto. La valutazione di tale documentazione avviene con il supporto di consulenti tecnici d'ufficio, nel rispetto delle garanzie connesse al segreto industriale.

Nel settore specifico dei dispositivi medici, la responsabilità del produttore è stata oggetto di significative pronunce giurisprudenziali. Le cause riunite C-503/13 e C-504/13[24] della Corte di Giustizia dell'Unione Europea hanno chiarito che è risarcibile anche il danno derivante da un intervento chirurgico reso necessario dalla presenza di dispositivi potenzialmente difettosi, pur in assenza di un malfunzionamento effettivo. A livello normativo, la materia è disciplinata dai Regolamenti (UE) 2017/745 (MDR) e 2017/746 (IVDR),

---

[22] Corte U.E., 19 dicembre 2024, C157/23 Ford Italia SpA c. ZP e Stracciari SpA, in *Giurisprudenza della Corte di giustizia*, che ha esteso la nozione di "produttore apparente" includendo il distributore il cui marchio coincide in tutto o in parte con quello del fabbricante.

[23] V. Direttiva (UE) 2024/2853 del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 ottobre 2024, in *GUUE* L 202 del 18 novembre 2024.

[24] Corte U.E., 5 marzo 2015, *C503/13 e C504/13*, Boston Scientific Medizintechnik GmbH c. AOK SachsenAnhalt -Die Gesundheitskasse e Betriebskrankenkasse RWE, in *Giurisprudenza della Corte di giustizia*, 2015.

che rafforzano gli obblighi di tracciabilità, sicurezza e sorveglianza post-commercializzazione in capo al fabbricante. Particolarmente rilevante è la figura della PRRC (Persona Responsabile del Rispetto della Normativa)[25], introdotta dal MDR quale soggetto incaricato di vigilare sulla conformità normativa del dispositivo. Tale figura risponde civilmente verso terzi e verso l'impresa per eventuali errori compiuti nell'espletamento delle proprie funzioni, ed è tutelata contrattualmente al fine di garantirne l'indipendenza.

Sul versante nazionale, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto l'importanza del profilo informativo nella configurazione del difetto. In particolare, la Cassazione civile, Sez. III, con sentenza 9 novembre 2020, n. 25028, ha statuito che "il difetto informativo, ancorché non inerente alla struttura fisica del prodotto, può fondare la responsabilità del produttore qualora pregiudichi l'uso consapevole del dispositivo da parte dell'operatore sanitario"[26]. Il principio assume rilevanza cruciale con riferimento ai dispositivi basati su IA, la cui opacità algoritmica o inadeguata formazione degli operatori può incidere direttamente sul diritto alla salute del paziente. I principi espressi nella succitata sentenza, possono essere applicati anche ai prodotti sviluppati mediante IA, come software o dispositivi intelligenti. Alla luce di tali considerazioni, l'onere liberatorio a carico del produttore troverà applicazione anche nei casi in cui l'IA è coinvolta: il produttore non potrà esimersi dal dimostrare, oltre alla conformità tecnica del dispositivo, anche l'adeguatezza delle istruzioni d'uso, della formazione erogata e la ragionevole prevedibilità del comportamento dell'algoritmo in condizioni reali. Va evidenziato, che un prodotto può essere ritenuto difettoso anche se conforme alle normative tecniche (ad esempio, se interpreta male un dato clinico) o se non garantisce la sicurezza che ci si può legittimamente attendere. Il produttore dell'app o del dispositivo smart dovrà quindi provare che il difetto non esisteva al momento del rilascio, oppure non era riconoscibile secondo lo stato dell'arte tecnico-scientifica. Questa clausola è cruciale nell'IA, dove black box,

[25] V. Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, art. 15 (introduzione della PRRC – Persona Responsabile del Rispetto della Normativa)

[26] Cass. civ., Sez. III, 9 novembre 2020, n. 25028, in *Foro italiano*, 2021, I, 135. La Corte ha ribadito che il produttore è responsabile per i danni causati da un prodotto difettoso, anche se il prodotto è conforme alle normative tecniche, qualora il difetto non fosse riconoscibile in base allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche al momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione. stabilendo un onere probatorio a carico del danneggiato e un onere liberatorio a carico del produttore.

bias, aggiornamenti software e opacità dell'algoritmo complicano la valutazione. D'altro canto, l'operatore sanitario non è esente da responsabilità: in presenza di un uso acritico del dispositivo o di un'omessa verifica professionale, la responsabilità potrà ricadere su di lui o sulla struttura, ai sensi dell'art. 1218 c.c., in base ai principi dell'inadempimento contrattuale e della colpa professionale. L'equilibrio tra innovazione e tutela del paziente richiede una valutazione dinamica del rischio e differenti obblighi: per i produttori di garantire la sicurezza del dispositivo/app anche rispetto agli standard "attesi" dal pubblico; per gli sviluppatori di documentare il modello, i dati usati, i limiti dell'algoritmo; per i medici e gli utenti finali di essere informati sui limiti del sistema.

4. Consenso informato e relazione medico-paziente nell'era mHealth

Nel contesto dell'utilizzo crescente di dispositivi medici dotati di intelligenza artificiale, il consenso informato si configura non solo come una condizione giuridicamente necessaria per la legittimità dell'atto sanitario, ma anche come strumento di garanzia dell'autodeterminazione personale, espressione del diritto fondamentale sancito dall'art. 32 Cost. "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"[27] e disciplinato dalla legge n. 219/2017[28] la quale affronta la disciplina del consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento (DAT), sancendo il diritto del paziente all'autodeterminazione nelle scelte sanitarie e l'obbligo del medico di rispettarne la volontà, anche in relazione al rifiuto o all'interruzione delle cure, nel rispetto della dignità, dell'identità e dell'autonomia della persona. Tuttavia, l'introduzione di tecnologie predittive complesse, come i modelli di machine learning e deep learning, presentano elementi di opacità epistemica che rendono particolarmente difficile per il paziente comprendere il funzionamento, i limiti e i margini di er-

[27] Sull'inviolabilità del diritto alla salute quale diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, v. art. 32 *Cost.*, che rappresenta il fondamento costituzionale delle garanzie in materia di trattamenti sanitari e consenso informato.

[28] V. legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*", in *G.U.* 16 gennaio 2018, n. 12.

rore dell'algoritmo. Tali criticità pongono nuove sfide al paradigma del consenso informato, che si traduce, nel contesto dell'IA, in un obbligo informativo "rafforzato" e strutturalmente più complesso.
In questo scenario, si fa strada la proposta di sviluppare modelli di consenso informato algoritmico[29], in grado di integrare il modulo tradizionale con allegati specifici che illustrino in modo chiaro, mediante linguaggio accessibile, infografiche e glossari, il ruolo dell'IA nel processo decisionale, la natura dei dati utilizzati, la possibilità di errore o bias, nonché l'autonomia decisionale residua del medico. È essenziale, infatti, che il paziente sia messo nelle condizioni di conoscere e rifiutare l'utilizzo di uno strumento algoritmico, optando eventualmente per una valutazione clinica esclusivamente umana.
La Cassazione Civile, Sez. III, 12 giugno 2023, n. 16633[30], ha chiarito che il medico è tenuto a informare su tutti i rischi prevedibili del trattamento, incluse complicanze statisticamente rare, rafforzando la tesi secondo cui la presenza di sistemi intelligenti impone ulteriori oneri informativi a carico del sanitario e della struttura.
Parallelamente all'innovazione tecnologica, si assiste a una trasformazione del ruolo del paziente, favorita dall'espansione delle tecnologie di mHealth e automonitoraggio, che promuovono un coinvolgimento attivo nella gestione della salute. Sensori indossabili e applicazioni mobili, ad esempio, consentono di monitorare i parametri vitali, rispettare diete e seguire i trattamenti, sviluppando nei cittadini una maggiore consapevolezza e responsabilità rispetto alla propria condizione clinica. L'ascesa della Mobile Health (mHealth), quale espressione evolutiva della telemedicina, dimostra come il principale vettore di promozione dell'assistenza sanitaria a distanza non risieda più nella necessità di superare barriere fisiche o coprire lunghe distanze, bensì nell'opportunità di accedere ai servizi sanitari in qualunque luogo e in qualsiasi momento, vale a dire in modalità ubiqua.
In questa prospettiva, sostenuta da autori come Eric Topol e Melanie Swan, si va consolidando un modello di relazione terapeutica orizzontale, ispirata a una logica cooperativa, dove il paziente assume un ruolo quasi dirigenziale e il medico diventa una sorta di "amministratore delegato" incaricato dell'attuazione operativa delle scelte. Questa ridefinizione della relazione cura–cura si inserisce in quella che viene definita "medicina delle 4P": predittiva, preventiva, personalizzata e partecipativa, in cui la disponibilità di dati digitali personali consente

[29] S. DADÀ, *Vulnerabilità digitale, etica intelligenza artificiale e medicina*, Milano, 2023, 110.
[30] Cass. civ., Sez. III, 12 giugno 2023, n. 16633, 2023.

al paziente di agire come "co-produttore" della propria cura[31].
Riguardo ciò risulta decisivo analizzare il c.d. patient empowerment, fenomeno recente, il quale si caratterizza come una vera e propria rivoluzione della figura del paziente/individuo. Con questa espressione si intende "un processo di sviluppo personale per cui il paziente/individuo viene dotato di coscienza, capacità e consapevolezza che gli consentano di autodeterminarsi in relazione alla propria salute, nell'ambito di un processo in cui il professionista sanitario può divenire un facilitatore che opera all'interno di una relazione di partnership, non più di autorità"[32].
Non possiamo che notare i potenziali benefici di questo cambiamento, e come questo coinvolgimento attivo favorisca una relazione più aperta e collaborativa tra medico e paziente, basata sulla fiducia e sul rispetto reciproco. Nel contesto dell'attività sanitaria, la corretta informazione del paziente e l'ascolto attivo delle sue esigenze non costituiscono soltanto un obbligo giuridico derivante dal principio del consenso informato, ma rappresentano anche un presupposto funzionale al buon esito del trattamento terapeutico. Difatti, sembra andare a crearsi una relazione più aperta e collaborativa tra medico e paziente, basata sulla fiducia e sul rispetto reciproco. La comunicazione medico-paziente e la qualità dell'informazione fornita non rilevano soltanto sul piano etico e deontologico, ma assumono una rilevanza giuridica sostanziale, incidendo sull'esercizio del diritto all'autodeterminazione (art. 32 Cost.), sulla responsabilità del professionista in caso di eventi avversi (artt. 1218 e 2043 c.c.), e sull'efficacia complessiva dell'atto sanitario.
Tuttavia, tale modello non è esente da criticità. Secondo studiosi come Deborah Lupton[33], l'enfasi sull'autonomia e sull'empowerment individuale rischia di mascherare una retorica neoliberale della responsabilizzazione, in cui l'autosufficienza del paziente si accompagna a una progressiva ritrazione delle tutele pubbliche, generando un paziente-consumatore che, pur tecnicamente più indipendente, è sostanzialmente più vulnerabile. In quest'ottica, la medicina digitale diventa uno strumento di medicalizzazione dell'ambiente domesti-

---

[31] SWAN M., *Health 2050: the realization of persolanized medicine through crowdsourcing, the qualified self, and the participatory biocitizen*, in "Journal of Personalized Medicine", 2012, 94.
[32] SPENA M.C., *La Salute tra nuove sfide della contemporaneità*, 2023, 66.
[33] D. LUPTON, *Foucault and the medicalisation critique*, in A. PETERSEN, R. BUNTON, *Foucault, Health and Medicine*, London, 1997, 94-110.

co e di pervasività biopolitica, dove la vita stessa del paziente è oggetto di costante monitoraggio, trasformando la salute in un obbligo individuale piuttosto che in un diritto garantito collettivamente.
Questa visione è particolarmente rilevante nel contesto del consenso informato algoritmico, che rischia di degenerare in un atto puramente formale, in cui il paziente, lasciato da solo nella relazione con i propri dati, interpreta l'interazione con il medico non più come un'alleanza terapeutica ma come una contrattualizzazione dell'informazione, in cui si limita a "scegliere" tra opzioni predefinite, senza reale possibilità di discussione o accompagnamento. La telemedicina, sotto questo profilo, accentua la tendenza alla depersonalizzazione del rapporto clinico, favorendo un'autonomia di tipo procedurale ma non sostanziale: il paziente diventa "libero" solo in apparenza, mentre si riduce l'ambito di azione del medico e la qualità relazionale del processo di cura[34].
Tali criticità si riflettono anche sotto il profilo della responsabilità giuridica. L'adozione di decisioni cliniche supportate da IA deve necessariamente essere accompagnata da un intervento critico e consapevole del sanitario, secondo il principio della verifica umana qualificata. Un contributo giurisprudenziale particolarmente rilevante in tema di obblighi informativi e responsabilità sanitaria proviene dalla Cassazione Penale, Sez. IV, 17 febbraio 2022, n. 8464[35], la quale chiarisce come l'aver fornito al paziente un'informazione inesatta o lacunosa possa integrare gli estremi della colpa generica per negligenza, anche al di fuori delle ipotesi di colpa specifica. In particolare, la Corte distingue due piani di rilevanza giuridica dell'informazione medica: da un lato, l'obbligo informativo finalizzato all'acquisizione del consenso, tutelato in relazione all'autodeterminazione del pa-

---

[34] S. DADÀ, *Vulnerabilità digitale, etica, intelligenza artificiale e medicina*, Milano, 2022, 188-190. L'autrice analizza l'impatto crescente delle tecnologie di mHealth (*mobile health*), ovvero l'utilizzo di dispositivi mobili e sensori indossabili per il monitoraggio e la gestione della salute, nel ridefinire profondamente la relazione terapeutica. In questo contesto si afferma un modello di medicina "partecipativa", che valorizza il coinvolgimento attivo del paziente quale co-produttore della propria cura. Tuttavia, Dadà mette in luce le criticità sottese a tale trasformazione: il rischio che la retorica dell'empowerment e dell'autonomia individuale si traduca in una ritrazione delle tutele pubbliche, lasciando il paziente più vulnerabile sotto il profilo sociale ed etico. Il consenso informato, in particolare, rischia di ridursi a un atto formale e contrattualizzato, in cui la relazione fiduciaria con il medico è sostituita da una logica di selezione individuale tra opzioni digitali predefinite.

[35] Corte di Cass. Penale, Sez. IV, 17 febbraio 2022, n. 8464.

ziente come emerge dalla sent. Cass. Penale, Sez. IV, 24 marzo 2015, n. 21537[36]; dall'altro, un obbligo informativo anteriormente collocato, funzionale al completamento dell'iter diagnostico, e pertanto riconducibile al rapporto di collaborazione medico-paziente.
In tale prospettiva, l'informazione non rappresenta solo uno strumento di autodeterminazione, ma assume la natura di regola generale di cautela, la cui violazione, in presenza di un'accertata condotta imprudente o negligente del professionista, può determinare una responsabilità per il mancato completamento dell'iter diagnostico. In altri termini, se il sanitario omette di rendere edotto il paziente circa l'insufficienza dei dati acquisiti a formulare una diagnosi certa, trasferendo di fatto sul paziente la gestione del rischio clinico, si configura una violazione del dovere di diligenza professionale ai sensi dell'art. 43 c.p[37].
Questi principi appaiono di stringente attualità nel contesto dell'uso di IA in ambito clinico, dove l'elevata complessità tecnologica e la possibile opacità degli algoritmi impongono un rafforzamento del dovere informativo e una più rigorosa applicazione del principio di verifica umana. L'output algoritmico, specie se non spiegabile (black-box models), non può mai surrogare l'obbligo del medico di fornire al paziente un quadro informativo esaustivo e accessibile, comprensivo anche dei limiti diagnostici della tecnologia utilizzata.
Emerge come sotto il profilo sistemico, la crescente complessità dei processi decisionali imponga l'elaborazione di linee guida cliniche dedicate, procedure documentate per la validazione degli algoritmi e forme di tracciabilità delle decisioni condivise tra uomo e macchina. Dunque, è sempre più urgente l'istituzione di Comitati etici per l'IA in sanità, con funzioni di controllo, formazione e orientamento, al fine di garantire una governance responsabile e trasparente delle tecnologie a impatto elevato. Solo attraverso un'integrazione consapevole e governata dell'innovazione si potrà evitare la creazione di zone grigie giuridiche, dove l'errore non è imputabile né al dispositivo né al professionista.
Si può notare come il consenso informato nell'era dell'intelligenza

---

[36] Corte di Cass. Penale, Sez. IV, 24 marzo 2015, n. 21537.

[37] Cfr. art. 43 c.p., che disciplina le forme del dolo, della colpa e della preterintenzione, stabilendo che è colposo il fatto commesso con negligenza, imprudenza, imperizia o per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. In ambito medico, la mancata informazione circa l'incertezza diagnostica può integrare una violazione del dovere di diligenza professionale, configurando una responsabilità penale a titolo di colpa.

artificiale debba essere inteso come strumento relazionale e dinamico, in grado di tradurre il diritto all'autodeterminazione in una pratica effettiva di partecipazione e tutela, e non come un semplice atto giuridico burocratizzato. La piena valorizzazione dell'autonomia del paziente non può prescindere dalla qualità della relazione terapeutica, dalla competenza del medico e da un sistema sanitario in grado di garantire supporto, informazione e accompagnamento. Solo in questo equilibrio virtuoso tra tecnologia, umanità e diritto potrà realizzarsi una medicina algoritmica giusta, responsabile e realmente personalizzata.

5. Conclusioni

L'intelligenza artificiale nei dispositivi medici rappresenta una sfida trasversale per il diritto contemporaneo, che richiede un approccio sistemico, evolutivo e multidisciplinare. La complessità tecnologica dei dispositivi intelligenti impone una rilettura delle categorie tradizionali, responsabilità, consenso, colpa, informazione, e un ripensamento degli strumenti normativi di controllo e tutela. Tuttavia, accanto agli aspetti giuridici e regolatori, emergono anche profonde questioni etiche, spesso trascurate o ridotte a formule generiche. Un ulteriore profilo critico, infatti, riguarda l'apparente parallelismo tra bioetica ed etica dell'IA, un accostamento che, sebbene intuitivamente suggestivo, rivela importanti limiti concettuali. Come osserva Brent Mittelstandt[38], l'analogia rischia di celare profonde discontinuità strutturali tra i due ambiti. Nella pratica clinica, la relazione medico-paziente si fonda su un rapporto di fiducia consolidato, sorretto da un sistema di responsabilità deontologica codificata e da una lunga tradizione professionale. Al contrario, i soggetti coinvolti nello sviluppo dei sistemi di IA, programmatori, ingegneri, data scientist, operano in un contesto frammentato, privo di un corpus valoriale condiviso e di un ordine professionale che disciplini la condotta.

Questa assenza di una cornice etica condivisa si riflette anche nella gestione dei conflitti valoriali. Se in ambito bioetico i principi fondamentali, autonomia, beneficenza, giustizia, non maleficenza, possono entrare in tensione, una dinamica analoga si riscontra nei codici etici dell'IA, dove le priorità assegnate ai valori variano a se-

[38] B. MITTELSTANDT, *Principles alone cannot guarantee ethical AI*, in "*Nature Machine Intelligence*", 2019, 501.

conda del soggetto promotore: le istituzioni pubbliche tendono a privilegiare la sicurezza e la privacy, il mondo accademico enfatizza la trasparenza e la responsabilità, mentre le imprese orientano i codici verso efficienza e cooperazione. A ciò si aggiunge l'asimmetria geopolitica nella produzione delle linee guida etiche, che rischia di veicolare una visione parziale e non universalmente condivisa, dando luogo a fenomeni di "colonizzazione algoritmica" e riproduzione delle disuguaglianze.

Come rilevato da Hagendorff, molti codici e linee guida sorvolano su aspetti cruciali, quali l'uso dell'IA per finalità di sorveglianza o propaganda politica, il rischio di polarizzazione sociale, l'impatto ambientale dei sistemi computazionali, nonché le condizioni spesso precarie dei lavoratori impiegati nella raccolta e classificazione dei dati. Sono tutte aree di vulnerabilità che, se ignorate, possono compromettere la legittimità democratica dell'adozione di queste tecnologie in settori delicati come quello sanitario[39].

Le Linee guida per un'IA affidabile dell'UE (2019) e il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (2022) propongono soluzioni come l'auditing etico e i comitati etici per l'IA, ma tali strumenti restano deboli se non inseriti in un sistema vincolante[40]. A livello regolatorio, l'Unione Europea si è dotata di un corpus normativo avanzato (Reg. 2017/745 e 2023/1542) fondato sul principio di safety by design, ma l'efficacia di tali norme dipende dall'attuazione concreta da parte degli Stati membri. In Italia, la giurisprudenza ha esteso progressivamente principi tradizionali ai nuovi scenari digitali, ma permangono zone grigie, specialmente nella distinzione tra responsabilità del medico e del produttore, nella gestione del consenso informato e nella tutela contro bias algoritmici.

In questo scenario complesso, il diritto è chiamato ad abbandonare la sua inerzia per farsi progettuale: deve operare ex ante, nella definizione di requisiti tecnici, standard di validazione e condizioni di utilizzo sicuro e trasparente. Il principio di "centralità della persona" deve guidare ogni scelta, subordinando l'efficienza computazionale alla dignità umana. È necessario elaborare un modello giuridico adattivo, capace di bilanciare innovazione tecnologica e diritti fon-

---

[39] S. DADÀ, *Vulnerabilità digitale, etica, intelligenza artificiale e medicina*, Milano, 2022, 114-115

[40] Commissione europea, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, Bruxelles, 8 aprile 2019; Comitato Nazionale per la Bioetica, *Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici*, parere del 22 giugno 2022.

damentali, e che includa:
l'obbligo di tracciabilità e spiegabilità degli algoritmi; l'introduzione di protocolli di consenso informato specifico per l'IA; un sistema di responsabilità articolato in base al livello di autonomia del dispositivo : qualora sia a supporto della decisione clinica, si applicherà il regime ordinario di responsabilità sanitaria; nei casi di IA semi-autonoma o autonoma, si renderà necessaria una responsabilità concorrente o oggettiva del produttore e dell'ente sanitario, secondo un'ottica di ripartizione del rischio tecnologico. Analogamente è auspicabile la costituzione di Comitati etici tecnologici, locali e nazionali con il compito di valutare l'impatto etico e clinico dei sistemi IA, di monitorare i profili di equità e non discriminazione, di formulare pareri vincolanti per l'adozione di tecnologie ad alto impatto decisionale. In questo contesto è essenziale garantire un coordinamento stabile e continuativo tra autorità regolatorie, comitati bioetici e giurisdizione[41].
Solo in questo modo sarà possibile garantire un uso dell'IA che non comprometta i diritti fondamentali dei pazienti, ma che contribuisca alla costruzione di un sistema sanitario più giusto, trasparente e realmente inclusivo.

[41] R. Signorella, *I Comitati etici nel sistema sanitario nazionale a due anni dalle riforme: spunti di riflessione*, Corti supreme e salute 2025, 1, p.134 ss.; E. Furlan, *Comitati etici in sanità: storia, funzioni, questioni filosofiche*, Milano, 2015, p. 149. Il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) e il Comitato Etico Nazionale (CEN), istituiti rispettivamente presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e l'Istituto Superiore di Sanità (ISS), sono organi consultivi di fondamentale importanza nel panorama giuridico e sanitario italiano, con competenze specifiche in ambito bioetico e sanitario.

Il caso Terra dei Fuochi: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per aver messo in pericolo il diritto alla vita dei cittadini campani

Gianmarco Airaghi
(Avvocato amministrativista)

Abstract

Il presente lavoro analizza la recente decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha condannato l'Italia per la sua inazione dinanzi al fenomeno d'inquinamento in atto nella c.d. *Terra dei Fuochi*. L'analisi della pronuncia si sviluppa attraverso la ricostruzione puntuale dei precedenti della Corte U.E. e della Corte EDU stessa, per arrivare a capire come questa sia giunta, nel caso concreto, a ritenere che lo Stato italiano abbia violato l'art. 2 della Convenzione, rivalutando parzialmente il suo consolidato orientamento sul tema del nesso causale tra la presenza di determinate fonti di contaminazione ambientale e l'insorgenza di un pericolo per la salute umana. Infine, viene dato rilievo alle prime misure adottate dal Governo per dare attuazione alla sentenza e rispondere ai precisi rilievi formulati dalla Corte.

The essay deals with the recent decision of the European Court of Human Rights, which condemned Italy for its inaction with respect to the pollution phenomenon taking place in the so-called Land of Fires ("Terra dei Fuochi"). The analysis of the Court's ruling is developed through the detailed reconstruction of the precedents of the CJEU and the ECHR itself, in order to understand how it came to consider, in this specific case, that the Italian State breached art. 2 of the Convention, partially re-evaluating its consolidated orientation on the causal link between the presence of certain sources of environmental contamination and the rise of a danger to human health. Finally, emphasis is given to the first measures adopted by the Government to implement the ruling and respond to the specific observations made by the Court.

Sommario: 1. Il caso della *Terra dei Fuochi*: inquadramento di un problema trentennale **2.** Il caso della *Terra dei Fuochi* alla luce della precedente giurisprudenza eurounitaria e della Corte EDU **3.** L'inosservanza del principio di precauzione e la responsabilità dello Stato italiano **4.** La "sentenza pilota" e le prime (contro)misure adottate dallo Stato italiano. Conclusioni

1. Il caso della Terra dei Fuochi: inquadramento di un problema trentennale

Con la sentenza *Cannavacciuolo e altri*[1], la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha condannato l'Italia per aver violato l'art. 2 della CEDU, a causa dell'omessa adozione di misure preventive e repressive volte a tutelare efficacemente il diritto alla vita dei residenti nella "*Terra dei Fuochi*".

La c.d. *Terra dei Fuochi*, denominazione coniata dal Rapporto Ecomafie di Legambiente del 2003[2], è quella porzione di territorio – compresa tra la provincia di Napoli e l'area sud-occidentale della provincia di Caserta – interessata dal fenomeno delle discariche abusive e/o dell'abbandono incontrollato di rifiuti urbani e speciali, associato, spesso, alla combustione degli stessi[3].

La prima mappatura ufficiale della *Terra dei Fuochi* è stata effettuata dalla Direttiva interministeriale del 23 dicembre 2013 degli allora Ministro delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, Ministro della Salute, che ha definito le aree di 57 Comuni (33 in Provincia di Napoli e 24 in Provincia di Caserta) come ambiti prioritari per l'accertamento dell'eventuale esistenza di effetti contaminanti dei terreni agricoli, a causa di sversamenti e smaltimenti abusivi dei rifiuti.

L'elenco delle zone interessate dalle analisi è stato successivamente ampliato da altre due Direttive interministeriali del 16 aprile 2014 (31 Comuni, di cui 22 in Provincia di Napoli e 9 in Provincia di Caserta) e del 10 dicembre 2015 (1 Comune in Provincia di Napoli e 1 in Provincia di Caserta) per un totale di 90 municipi, popolati da circa 2 milioni e 900mila abitanti[4].

---

[1] Corte EDU, 30 gennaio 2025, causa *Cannavacciuolo and others v. Italy*, ricorsi n. 39742/14, n. 51567/14, n. 74208/14 e 24215/15.

[2] Ibid., §5.

[3] Queste sono le parole usate dall'Agenzia Regionale per la Protezione Ambientale della Campania (ARPAC): https://www.arpacampania.it/terra-dei-fuochi.

[4] L'elenco completo dei Comuni è altresì riportato nell'Allegato II della sentenza. Si aggiunga che l'elencazione dei municipi era altresì scaglionata su cinque livelli di rischio presunto, calcolati in base al grado di pericolosità dei rifiuti, alla loro quantità e alla superficie coperta dai siti.

Illustrato il contesto di riferimento, è interessante constatare che la sentenza riunisca quattro diversi ricorsi, complessivamente presentati tra il 2014 e il 2015 da 41 persone fisiche e 5 associazioni[5], deducendo la violazione, da parte dello Stato italiano, degli artt. 2 (diritto alla vita) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della CEDU.

Preliminarmente, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la carenza di legittimazione attiva delle cinque associazioni ricorrenti, data la stretta individualità delle violazioni lamentate al pericolo per la salute. Ha infatti ritenuto che il danno derivante dalla prolungata esposizione al fenomeno di inquinamento fosse deducibile dalle persone fisiche direttamente colpite dagli effetti negativi di quest'ultima[6].

Per quanto concerne invece le altre posizioni, la Corte ha dichiarato irricevibili per tardività le doglianze di 34 ricorrenti, precisando che per il computo del termine di sei mesi per agire di cui all'art. 35, par. 1 della CEDU(oggi ridotto a quattro mesi dal Protocollo n. 15) occorresse distinguere tra due categorie di ricorrenti: 1) coloro che, al tempo della proposizione del ricorso, risiedevano ancora nelle aree contaminate, per i quali, vista l'attualità e persistenza del pericolo, il termine non aveva nemmeno cominciato a decorrere e 2) coloro che, in tale momento, avevano già cessato di vivere all'interno delle stesse e/o fossero i rappresentanti di familiari deceduti, per i quali, al contrario, è stato individuato nel 31 dicembre 2013 il *dies a quo* per agire[7].

Proprio a partire da questa data convenzionale, la situazione di pericolo creata dal persistente fenomeno inquinante avrebbe dovuto essere sufficientemente conosciuta nella *Terra dei Fuochi* dalla gene-

---

[5] Per l'elenco dei ricorsi, v. nota 1. Le cinque associazioni ricorrenti sono: il Comitato donne del 29 agosto, l'Associazione Melagrana, l'Associazione Endas Acerra, l'Associazione Culturale Èidos e l'Associazione Guardie Ambientali.

[6] Cfr. Corte EDU, *Cannavacciuolo and o. v. Italy*, cit. §216. Un ragionamento diverso, ma fortemente influenzato dalle peculiarità del caso, è stato recentemente fatto dalla Corte con la sentenza del 9 aprile 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and o. v. Switzerland* (ricorso n. 53600/20), che ha ravvisato la legittimazione a ricorrere di un'associazioni preposta alla lotta contro il cambiamento climatico, condannando lo Stato svizzero per la sua inattività dinanzi al medesimo. Tuttavia, precisa la Corte stessa nella decisione *Cannavacciuolo*, occorre fare un espresso *distinguishing* tra le due fattispecie, giacché, in detto caso, la legittimazione dell'associazione ricorrente era giustificata sia da considerazioni specifiche relative ai cambiamenti climatici come preoccupazione comune dell'umanità sia dalla necessità di promuovere la condivisione degli oneri intergenerazionali in tale contesto (cfr. *Cannavacciuolo and o. v. Italy*, cit. §220).

[7] Ibid. §283-296.

ralità dei ricorrenti, sia perché, da un lato, poche settimane avanti era stato approvato il Decreto-Legge 10 dicembre 2013, n. 136 per far fronte alla "emergenza ambientale" in atto in Campania (vedi *infra*), sia perché, dall'altro, con la Direttiva interministeriale del 23 dicembre 2013 era stata fatta la prima mappatura delle zone affette dal problema (vedi *supra*).

2. Il caso della Terra dei Fuochi alla luce della precedente giurisprudenza eurounitaria e della Corte EDU

Chiariti i profili di ricevibilità dei ricorsi, la Corte EDU dedica un notevole spazio alla puntuale ricostruzione cronologica dei fatti di causa (§9 – §101 della sentenza), ripercorrendo i numerosi studi scientifici[8] sulla *Terra dei Fuochi* susseguitisi negli anni, nonché l'attività delle sette diverse commissioni parlamentari d'inchiesta sul ciclo di gestione dei rifiuti in Campania e le correlate attività illegali di scarico, nominate tra il 1995 e il 2018, per dimostrare come lo Stato italiano fosse a conoscenza del problema ben prima che venisse fatta la prima mappatura del 2013 e, ciononostante, fosse rimasto colpevolmente inerte.

Né la questione era sfuggita all'attenzione degli organi internazionali, il cui lavoro di monitoraggio del fenomeno viene attentamente ricostruito dalla sentenza, con particolare riferimento alla Commissione delle Comunità europee (oggi Commissione europea), che, in passato, aveva avviato due procedure d'infrazione contro l'Italia per le carenze riscontrate nella gestione del ciclo di smaltimento dei rifiuti.

Con una prima azione, conclusasi con una pronuncia di condanna da parte della Corte di Giustizia[9] (causa C-135/05), la Commissione aveva promosso, in data 22 marzo 2005, un ricorso per inadempimento avverso l'Italia per non avere, questa, adottato le misure

[8] Viene, ad esempio, data rilevanza al c.d. "Progetto Sentieri - Studio Epidemiologico Nazionale dei Territori e Insediamenti Esposti a Rischio di Inquinamento", condotto dall'Istituto Superiore di Sanità per verificare, in attuazione dell'art. 1, co. 1-*bis* della Legge n. 6/2014 (di conversione del d.l. n. 136/2013), il tasso di mortalità, il tasso di cancro e il livello di morbilità nei 55 comuni elencati nella Direttiva interministeriale del 23 dicembre 2013, sulla base dei dati di ospedalizzazione relativi all'esposizione della popolazione agli inquinanti.

[9] Cfr. Corte U.E., *Commissione c. Italia*, sentenza del 26.4.2007, causa C-135/05, che ha accertato la prolungata tolleranza, da parte dell'Italia, della presenza di oltre 4.000 discariche abusive di rifiuti sparse sul suolo nazionale.

richieste dalle c.d. tre Direttive comunitarie sui rifiuti (Direttive 75/442CEE, 91/689/CE e 1999/31/CE[10]), avendo, a suo giudizio, l' Italia, mancato di assicurare che i rifiuti fossero recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza recare pregiudizio all'ambiente, nonché di vietare l'abbandono, lo scarico e lo smaltimento incontrollato dei medesimi[11] (cfr. §22 – §26 della sentenza *Cannavacciuolo and o. v. Italy*).

La definizione di rifiuto più volte specificata nell'apparato normativo comunitario è stata poi puntualizzata con interpretazione autentica dall'art. 14 del d.l. 138/2002 nel senso che per rifiuto deve intendersi il prodotto di qualsiasi comportamento che in modo diretto o indiretto è atto a generare un'attività di smaltimento o un recupero[12].

---

[10] Si tratta delle Direttive europee sullo smaltimento dei rifiuti (75/442/CEE), sui rifiuti pericolosi (91/689/CE) e sulle discariche di rifiuti (1999/31/CE).

[11] Così recita l'art. 4 della Direttiva 75/442/CEE.

[12] A tal proposito, l'art. 1 della Direttiva 75/442/CEE ha affermato che per rifiuto doveva intendersi: "*qualsiasi sostanza od oggetto che rientri nelle categorie riportate nell'allegato I e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi*", facendo un'elencazione esemplificativa di 16 categorie di rifiuti (comprendenti, tra gli altri, prodotti fuori norma, prodotti scaduti, elementi inutilizzabili, residui di processi industriali).

A sua volta, il d.lgs. 22/1997 (c.d. Decreto Ronchi) ha riproposto pedissequamente, all'art. 6, co. 1, lett. a), la definizione fornita dal legislatore comunitario ("*rifiuto: qualsiasi sostanza od oggetto che rientra nelle categorie riportate nell'allegato A e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi*").

Un parziale cambio di rotta è stato tracciato dalla sentenza *Palin Granit* della Curia europea (Corte U.E., sentenza del 18.4.2002, causa C-9/00), che ha elaborato la nozione di "sottoprodotto", precisando che per esso deve intendersi un bene, un materiale o una materia prima di cui un'impresa non intende disfarsi, ma che essa intende sfruttare o commercializzare a condizioni per lei favorevoli, in un processo successivo, senza operare trasformazioni preliminari.

Un primo problema interpretativo è però sorto in seguito all'emanazione dell'art. 14 del d.l. 138/2002 ("Interpretazione autentica della definizione di "rifiuto" di cui all'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22"), che ha rimodulato il campo applicativo della disciplina sui rifiuti, stabilendo che: "*1. Le parole: "si disfi", "abbia deciso" o "abbia l'obbligo di disfarsi" di cui all'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, e successive modificazioni, di seguito denominato: "decreto legislativo n. 22", si interpretano come segue:*

a) "si disfi": qualsiasi comportamento attraverso il quale in modo diretto o indiretto una sostanza, un materiale o un bene sono avviati o sottoposti ad attività di smaltimento o di recupero, secondo gli allegati B e C del decreto legislativo n. 22; b) "abbia deciso": la volontà di destinare ad operazioni di smaltimento e di recupero, secondo gli allegati B e C del decreto legislativo n. 22, sostanze, materiali o beni; c) "abbia l'obbligo di disfarsi": l'obbligo di avviare un materiale, una sostanza o un bene ad operazioni di recupero o di smaltimento, stabilito da una disposizione di legge o da un provvedimento

Sul punto, la dottrina ha avviato così un lungo percorso interpretativo giungendo ad una nuova nozione di rifiuto conforme al diritto comunitario sul tema[13].
Nel solco di questi studi, si colloca anche l'intervento della Corte di Giustizia che, con granitiche sentenze sul tema, ha affermato la necessità di un'interpretazione estensiva dei principi di precauzione e prevenzione con riguardo alla materia in oggetto[14].

---

delle pubbliche autorità o imposto dalla natura stessa del materiale, della sostanza e del bene o dal fatto che i medesimi siano compresi nell'elenco dei rifiuti pericolosi di cui all'allegato D del decreto legislativo n. 22.
2. Non ricorre la decisione di disfarsi, di cui alla lettera b) del comma 1, per beni o sostanze e materiali residuali di produzione o di consumo ove sussista una delle seguenti condizioni:
a) se gli stessi possono essere e sono effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo, senza subire alcun intervento preventivo di trattamento e senza recare pregiudizio all'ambiente; b) se gli stessi possono essere e sono effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo, dopo aver subito un trattamento preventivo senza che si renda necessaria alcuna operazione di recupero tra quelle individuate nell'allegato C del decreto legislativo n. 22".

[13] La portata dell'art. 14 del d.l. 138/2002 ha subito suscitato dei dibattiti in dottrina, perché, quanto al suo primo comma: i) si è anzitutto dubitato che il legislatore di uno Stato membro potesse effettuare l'interpretazione autentica di una definizione contenuta in una Direttiva; ii) la nuova nozione di rifiuto dell'art. 6 del d.lgs. 22/1997 violava apertamente il diritto comunitario nella parte in cui ancorava il significato del verbo "disfarsi" alle operazioni di smaltimento e recupero elencate negli allegati B e C del Decreto Ronchi; quanto al secondo comma: i) si è contestato che fosse parimenti incompatibile con il diritto UE nella parte in cui escludeva che il riutilizzo oggettivo ed effettivo di un residuo di produzione in analogo o diverso ciclo di produzione o di consumo, senza subire alcun preventivo trattamento e senza recare pregiudizio all'ambiente, nonché il riutilizzo del residuo dopo aver subito un trattamento preventivo, ma senza che si renda necessaria un'operazione di recupero, potessero integrare l'intenzione ovvero l'obbligo di disfarsi di una sostanza, un materiale o un bene (cfr. L. Butti, *Diritto europeo e normativa italiana di fronte al problema della "definizione di rifiuto"*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 6, 998; A. Borzì, *La nozione di rifiuto tra applicazione comunitaria e (DIS)applicazione interna*, *in Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2004, 3-4, 759; P. Giampietro, *Proposte ricostruttive della "nozione autentica" di rifiuto, ex art. 14, L. 178/2002*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 2, 233; R. Federici, *La nozione di rifiuti: una teoria*, in *Riv. it. di dir. pubb. comunit.*, 2006, 6, 1051).

[14] Con sentenza dell'11.11.2004 (causa C-457/02), la Corte di Giustizia ha affermato che la specificazione della nozione di rifiuto, della quale, ha altresì ricordato, è pur sempre necessaria un'interpretazione estensiva ai sensi dei principi di precauzione e prevenzione, è possibile nei limiti in cui venga sottratto alla relativa disciplina solamente ciò che risulti essere un mero "sottoprodotto", del quale l'impresa non abbia intenzione di disfarsi.
Anche per queste ragioni, l'art. 14 del d.l. 138/2002 è stato presto abrogato dal Codice dell'ambiente (d.lgs. 152/2006), che ha fornito due autonome definizioni di rifiuto (art. 183, co. 1, lett. a) e sottoprodotto (art. 184-*bis*) (cfr. R. Leonardi, *La qualifica dei residui di*

Stante la mancata adozione delle misure richieste e l'omessa creazione di una rete integrata di impianti in grado di garantire l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti (causa C-297/08), la Commissione ha aperto una seconda procedura d'infrazione, che ha portato ad un'ulteriore condanna della Corte di Giustizia, la quale, questa volta, ha fortemente stigmatizzato la condotta dello Stato italiano, parlando espressamente di un deficit strutturale delle attrezzature necessarie all'eliminazione dei rifiuti urbani prodotti nella Regione Campania[15].

L'immutata lentezza con cui l'Italia ha affrontato la (tuttavia) persistente emergenza della *Terra dei Fuochi* ha indotto la Commissione ad esperire una terza azione contro lo Stato dinanzi alla Corte di Giustizia (causa C-653/13), che merita qui un breve approfondimento.

Tale ricorso era stato formalmente instaurato dalla Commissione per non avere l'Italia adottato tutte le misure necessarie per l'esecuzione della sentenza C-297/08, con specifico nesso agli obblighi discendenti dall'art. 4 (ossia di assicurare che il recupero o smaltimento dei rifiuti fosse effettuato senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che avrebbero potuto recare pregiudizio all'ambiente) e dall'art. 5 (creazione di una rete integrata

---

produzione ai sensi del decreto ministeriale n. 264/2016: rifiuto o sottoprodotto?, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2017, 3, 89; F. De Leonardis, *I rifiuti: da "problema" a "risorsa" nel sistema dell'Economia Circolare*, in G. Rossi (a cura di) *Diritto dell'ambiente V ediz.*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 171-180), ponendo fine alle questioni interpretative generate dal medesimo. Diversa da entrambe è la nozione di "*end of waste*" di cui all'art. 184-*ter* del d.lgs. 152/2006, il quale stabilisce che un rifiuto cessa di essere tale quando è stato sottoposto a un'operazione di recupero, incluso il riciclaggio, e soddisfi i criteri specifici, da adottare nel rispetto delle seguenti condizioni: a) la sostanza o l'oggetto sono destinati a essere utilizzati per scopi specifici; b) esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto;

c) la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti; d) l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana (cfr. F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Riv. di dir. amm.*, 2017, 1, 163; A. Crismani, *End of waste edilizio*, in *Riv. giur. dell'ed.*, 2023, 5, 277).

[15] Corte U.E., *Commissione c. Italia*, sentenza del 4.3.2010, causa C-297/08, §75. Nel presente caso sono state riscontrate le violazioni degli artt. 4 e 5 della Direttiva 2006/12/CE, che hanno integralmente riproposto il contenuto degli abrogati omologhi articoli della Direttiva 75/442/CE. Un'interessante riflessione su entrambe le decisioni della Corte di giustizia è stata fatta da L. Baroni, *Lo sguardo vigile dell'Europa sulla «emergenza rifiuti» in Campania*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2011, 5, 1093.

e adeguata di impianti di smaltimento) della Direttiva 2006/12/CE, sostitutiva della precedente Direttiva 75/442/CE.
All'esito del giudizio, dopo aver riconosciuto che la Regione Campania non disponesse ancora di impianti di trattamento della capacità necessaria a smaltire e recuperare i rifiuti urbani prodotti sul suo territorio, la Corte di Giustizia, Terza Sezione con sentenza del 16 luglio 2015[16] ha incidentalmente affermato che, secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria, l'obbligo di smaltire i rifiuti senza mettere in pericolo la salute dell'uomo e senza arrecare danni all'ambiente facesse parte degli obiettivi della politica dell'Unione nel settore ambientale fissati dall'articolo 191 TFUE[17], irrogando conseguentemente all'Italia una penalità di 120mila euro per ciascun giorno di ritardo nell'attuazione delle misure necessarie per conformarsi al giudicato della sua pregressa decisione. In particolare, a giudizio della Corte UE, l'inosservanza degli obblighi risultanti dall'art. 4 della Direttiva 2006/12/CE rischiava, per la natura stessa di quest'ultimi, di mettere direttamente in pericolo la salute dell'uomo e di arrecare danni all'ambiente[18].
Lo stesso tema era stato peraltro affrontato contestualmente dalla Corte EDU, che, poco dopo la sentenza C-297/08, si era favorevolmente pronunciata, nel caso *Di Sarno and o. v. Italy*, sul pericolo per la salute umana dovuto alla carente gestione dei rifiuti in Campania[19].
Nel caso di specie, tredici ricorrenti, tutti residenti o lavoranti nel Comune di Somma Vesuviana (NA), avevano adito la Corte, deducendo che lo Stato, astenendosi dall'adottare le misure richieste per garantire il funzionamento del servizio pubblico di gestione dei rifiuti, avesse gravemente nuociuto all'ambiente e messo in pericolo

[16] In infocuria: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165914&pageindex=0&
doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=18224497.

[17] Cfr. Corte U.E., *Commissione c. Italia*, sentenza del 16.7.2015, causa C-653/13, §36 e §70. Segnatamente, l'art. 191, primo paragrafo del TFUE enuncia che: «*La politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: - salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente; - protezione della salute umana; - utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali; - promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici*».

[18] Ibid. §36.

[19] Corte EDU, *Di Sarno and o. v. Italy*, 10 gennaio 2012, ricorso n. 30765/08. Si veda per un'analisi più completa, C. Feliziani, *Il diritto fondamentale all'ambiente salubre nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU in materia di rifiuti. Analisi di due approcci differenti*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2012, 6, 999.

la loro vita e salute, in violazione degli artt. 2 e 8 della Convenzione. Ciò che in assoluto qui rileva è che la Corte, diversamente dalla sua ultima decisione, aveva mantenuto una maggiore cautela, escludendo anzitutto che fosse invocabile un'infrazione dell'art. 2 della CEDU per non avere i ricorrenti provato di essere stati colpiti da patologie ricollegabili all'esposizione ai rifiuti e che, nel dettaglio, gli studi scientifici forniti dalle parti sull'esistenza di un nesso di causalità tra questa e l'aumento del rischio di sviluppare patologie quali tumori o malformazioni congenite fossero pervenuti a conclusioni divergenti.

In queste condizioni d'incertezza, asseriva la Corte, non si poteva sostenere che la vita e la salute dei ricorrenti fossero state minacciate alla luce dell'art. 2, mentre poteva più correttamente affermarsi che il loro diritto alla salute fosse stato pregiudicato ai sensi dell'art. 8, il cui dettato può essere invocato anche se manca la prova di un grave pericolo per la salute degli interessati[20].

Del pari, anche nella più recente pronuncia *Locascia and o. v. Italy*[21], i Giudici di Strasburgo hanno limitato il proprio scrutinio alle sole violazioni inerenti all'art. 8 della Convenzione dichiarando che, nonostante l'inquinamento ambientale avesse impattato sul benessere individuale dei soggetti privati sino a rappresentare un danno al rispetto della loro vita privata e familiare, costringendoli a vivere per parecchi mesi in un ambiente inquinato dai rifiuti abbandonati nelle strade e da quelli smaltiti in siti di stoccaggio temporaneo, non si poteva, nondimeno, inferire, a causa dell'assenza di prove mediche certe, che l'inquinamento originatosi dalla crisi della gestione dei rifiuti avesse necessariamente provocato un danno alla salute dei ricorrenti[22].

---

[20] Cfr. Corte EDU, *Di Sarno and o. v. Italy*, §108.

[21] Corte EDU, *Locascia and o. v. Italy*, 19 ottobre 2023, ricorso n. 35648/10. In dottrina, un primo commento della sentenza è stato fornito da M. Nicolini, *Azioni, omissioni e responsabilità dello Stato italiano nella gestione del drammatico problema della terra dei Fuochi*, in *Riv. it. di dir. e proc. penale*, 2024, 1, 367.

[22] Cfr. §130-131 della sentenza *Locascia and o. v. Italy*. Simili rilievi erano stati fatti dalla Corte EDU anche riguardo allo stabilimento ILVA di Taranto (cfr. Corte EDU, *Cordella and o. v. Italy*, 24 gennaio 2019, ricorsi n. 54414/13 e n. 54264/15) in cui è stata analogamente accertata la violazione da parte dello Stato italiano del diritto della popolazione tarantina ad un ambiente salubre ai sensi dell'art. 8 della Convenzione (e non dell'art. 2), perché residenti in un'area colpita da un grave inquinamento ambientale di fronte al quale le autorità nazionali hanno omesso di adottare tutte le misure necessarie per assicurare la protezione effettiva del diritto degli interessati al rispetto della loro

Nel caso di specie, i diciannove ricorrenti, residenti nei Comuni di San Nicola La Strada (CE) e di Caserta, entrambi limitrofi alla discarica di "Lo Uttaro", avevano adito la Corte sul presupposto che la carente gestione dei servizi di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti e la mancata adozione da parte della Regione Campania di misure di tutela volte a minimizzare o eliminare gli effetti inquinanti del sito avessero violato i loro diritti ai sensi degli artt. 2 e 8 della Convenzione.
Dopo aver premesso che l'esistenza di un rischio per la salute umana conseguente alla crisi della gestione dei rifiuti fosse stata riconosciuta dalla Corte U.E (si veda la sentenza C-297/08 di cui *supra*), la Corte ha però ribadito che fosse impossibile quantificare gli effetti di un grave inquinamento industriale in ogni singola occasione e distinguerli dall'influenza di altri fattori rilevanti come l'età, la professione o lo stile di vita personale[23]. Ancora una volta, dunque, la Corte di Strasburgo aveva fatto un'applicazione rigorosa del principio di causalità, ritenendo che, in assenza di un nesso certo tra l'esposizione a certi fattori inquinanti e lo sviluppo di determinate patologie, non si potesse invocare l'art. 2 della CEDU.
La Curia europea e la Corte EDU sembravano dunque procedere su due binari paralleli, la prima, attribuendo una maggiore attenzione al diritto a vivere in un ambiente salubre rispetto alla seconda.

3. L'inosservanza del principio di precauzione e la responsabilità dello Stato italiano

Queste conclusioni hanno subito un importante ripensamento alla luce dell' ultima sentenza che qui si commenta. La Corte ha definitivamente riconosciuto che la stabile contaminazione della *Terra dei Fuochi* ha leso il diritto alla vita delle persone ivi abitanti così revisionando parzialmente il suo consolidato orientamento sul punto.
In passato, non era infatti inusuale che la Corte di Strasburgo accogliesse con cautela le doglianze concernenti l'art. 2 della CEDU, dal momento che il diritto ad un ambiente salubre non viene espressamente menzionato nel testo della Convenzione o dei suoi protocolli

---

vita privata (ivi, §161-173). Per un approfondimento delle implicazioni della pronuncia si può leggere, su questa stessa rivista, l'articolo di R. Leonardi, *Il caso Ilva: la Cedu condanna l'Italia per la violazione del diritto ad un ambiente salubre*, in *Riv. Giurid. Europea*, 2019, vol. I, n. I, pp. 7-20.

[23] Cfr. §122 della sentenza *Locascia and o. v. Italy*.

addizionali, tanto che è stata la stessa giurisprudenza a cercare di colmare questa lacuna interpretando estensivamente le disposizioni della CEDU, in particolare dell'art. 8.
Non ogni situazione d'inquinamento potrebbe essere sussunta nel dettato normativo appena citato. Perché si possa creare un effetto direttamente negativo sulla vita privata e familiare, bisogna che il danno lamentato raggiunga un certo grado di gravità *"severe environmental pollution"* tale da essere valutato secondo il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio *"beyond reasonable doubt"*, sulla falsariga di quanto stabilito dalla Corte nelle sentenze *Lopez and Ostra v. Spain*[24] e *Fadeyeva v. Russia*[25].
In quell'occasione, pur notando che, in generale, l'onere probatorio sulla connessione tra una certa condotta inquinante e l'insorgenza di un pericolo per la salute sia assolto quando derivi dalla coesistenza di inferenze sufficientemente forti, chiare e concordanti o di analoghe presunzioni non confutabili, la Corte ha ritenuto che detto criterio debba comunque essere flessibile, tenendo conto della natura del diritto sostanziale coinvolto e delle eventuali difficoltà dimostrative, dato che, in alcune ipotesi, è soltanto il Governo ad avere accesso alle informazioni in grado di corroborare o confutare le affermazioni del ricorrente[26].
Secondariamente, perché un fenomeno di inquinamento ambientale interferisca con il campo applicativo dell'art. 8, non sarebbe nemmeno necessario provare che esso abbia causato un danno alla salute fisica (di difficile dimostrazione), ma, più semplicemente, allegare che non sia stato possibile lo sviluppo autonomo della personalità e delle relazioni sociali (rientranti *tout court* nella nozione di "vita privata e familiare").
Ne deriva che soltanto in casi eccezionali la Corte EDU ha riconosciuto la violazione dell'art. 2, come accaduto nella nota sentenza Öneryildiz and o. v. Turkye, in cui la Grande Camera ha sostenuto, in forma di principio, che l'obbligo positivo in capo ai singoli Stati di adottare tutte le misure appropriate per salvaguardare la vita comporta innanzitutto il dovere primario di istituire un quadro legislativo e amministrativo rappresentante un'efficace deterrenza contro le minacce al diritto alla vita (c.d. "aspetto sostanziale") e che, conseguentemente, qualora siano state perse delle vite umane in

[24] Corte EDU, *Lopez and Ostra v. Spain*, 9 dicembre 1994, ricorso n. 16798/90.
[25] Corte EDU, *Fadeyeva v. Russia*, 9 giugno 2005, ricorso n. 55723/00.
[26] Ibid., §79.

circostanze che potenzialmente manifestano la responsabilità dello Stato, quest'ultimo ha il dovere di garantire, con tutti i mezzi nella sua disponibilità, una risposta adeguata affinché il quadro legislativo e amministrativo istituito per proteggere il diritto alla vita sia correttamente attuato e qualsiasi violazione di tale diritto sia repressa e punita (c.d. "aspetto procedurale")[27].

Riassumendo, la Corte EDU ha seguito due differenti impostazioni: a) se vi era evidenza scientifica del nesso tra le omesse attività di salvaguardia imputate allo Stato e il pericolo concreto per la vita, sarebbe stato possibile invocare la lesione dell'art. 2; b) viceversa, in assenza di tale certezza, ma in presenza della mera possibilità di questo nesso si sarebbe ricaduti nell'art. 8 della Convenzione.

È perciò interessante considerare che, proprio sulla base di questa differenziazione, sono stati declinati in ambito europeo i due differenti e complementari principi di "prevenzione" e "precauzione".

Al riguardo, la dottrina ha avviato un ampio dibattito interpretativo partendo dalla Ordinanza dell'Adunanza Plenaria del 13.11.2013 n. 25 con la quale è stata sottolineata la connessione tra i suddetti principi, entrambi caratterizzati da una struttura anticipatoria[28]. In

---

[27] Cfr. Corte EDU, Öneryildiz and o. v. Turkye, 30 novembre 2004, ricorso n. 48939/99, §89 e §92.

[28] La suddivisione tra i principi di prevenzione e di precauzione è stata tracciata anche dalla celebre Ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 13 novembre 2013, n. 25, la quale aveva precisato che: «*Il principio di prevenzione presenta tratti comuni con il principio di precauzione, in quanto entrambi condividono la natura anticipatoria rispetto al verificarsi di un danno per l'ambiente: il primo si differenzia dal secondo perché si occupa della prevenzione del danno rispetto a rischi già conosciuti e scientificamente provati, relativi a comportamenti o prodotti per i quali esista la piena certezza circa la loro pericolosità per l'ambiente*» (ivi §39). Questa distinzione è rimasta immutata sino alla giurisprudenza più recente dei TAR, tra cui, *ex multis*: TAR Campania – Napoli, Sez. V, sentenza del 13 febbraio 2023, n. 963 che ha ribadito come l'applicazione del principio di precauzione "*comporta, in concreto, che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri deve tradursi in una prevenzione precoce, anticipatoria rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche*"; TAR Calabria – Reggio Calabria, Sez. I, sentenza del 5 giugno 2023, n. 485, che ha ricordato come: "*il principio di precauzione, previsto dall'art. 191, paragrafo 2, del Trattato dell'Unione Europea, ...faccia obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere la protezione di tali valori sugli interessi economici, anche indipendentemente dall'accertamento di un effettivo nesso causale tra il fatto dannoso o potenzialmente tale e gli effetti pregiudizievoli che ne derivano*"; mentre per il principio di prevenzione si può citare TAR Valle d'Aosta – Aosta, Sez. I, sentenza del 18 settembre 2013, n. 59 per la quale: "*Il principio di prevenzione è un tipico principio orizzontale da applicare a tutti gli interventi ambientali e finalizzato a minimizzare, o anche azzerare la necessità di interventi successivi alla*

merito, sono state fatte ampie riflessioni anche da parte di numerosi autori, con riferimento a due aspetti fondamentali dell'azione amministrativa, vale a dire l'apprezzamento tecnico da parte della P.A. nella tutela della salute pubblica e la conseguente valutazione del rischio operata in base ad un accertamento oggettivo[29].

---

produzione del danno ambientale".

[29] L'argomento è stato infatti largamente trattato in dottrina a partire dalle riflessioni, tra gli altri, di G. Manfredi (Ead., *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Riv. Di dir. Pubb.*, 2004, 3, 1075-1108), R. Ferrara (Ead., *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Riv. di dir. amm.*, 2005, 13, 3, 509-555), F. Trimarchi (Ead., *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. di dir. pubb. comunit.*, 2005, 6, 1673 ss. Ad aver colto l'attenzione degli studiosi è stato, in particolare, il concetto di rischio ed il conseguente grado di discrezionalità tecnica della P.A. sulla sua gestione. Non va, *in primis*, trascurato che la giurisprudenza assegna al suddetto principio di un'interpretazione estensiva, tale da riferire il medesimo non solo alla protezione dell'ambiente, ma anche alla tutela della salute umana e/o degli altri esseri viventi (cfr. TAR Calabria, sentenza n. 485/2023 cit.), il che sembrerebbe quasi esigere in capo all'Amministrazione la doverosa adozione delle azioni precauzionali ogni volta in cui si palesi un profilo di pericolo per i beni suindicati. Tuttavia, l'ago della bilancia può essere rinvenuto "spacchettando" la fattispecie normativa precauzionale, che consta di due elementi (valutazione del rischio nel caso specifico e gestione di quel rischio). La prima spetta, come si è detto, alla scienza su cui grava il delicato compito di accertare, in base al livello di conoscenze esistenti, se il verificarsi di una data situazione possa far scaturire un certo pericolo per determinati beni giuridici. La seconda compete invece all'Amministrazione che, attestate in sede scientifica le circostanze di fatto che possono concretizzare il rischio, è tenuta ad attuare le misure necessarie alla sua eliminazione. Se si va ad analizzare la fattispecie usando la dogmatica classica della dicotomia tra attività discrezionale e vincolata della P.A., sembrerebbe invero che una simile ipotesi rientrerebbe validamente in questa seconda categoria, dato che: i) il presupposto dell'azione amministrativa (valutazione del rischio) è sottratto alla sfera di controllo della P.A. e ii) le misure da essa adottabili sono solitamente predeterminate dal legislatore (cfr. F. Trimarchi Banfi, *La nozione di rischio nel diritto della precauzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2025, 8). Questa analisi trova però un'apparente divergenza in giurisprudenza che, applicando la previsione dell'art. 1, co. 1 della Legge n. 241/1990 per cui "*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta…dai principi dell'ordinamento comunitario*", ha valorizzato il principio di precauzione, affermando che esso è un principio generale che integra un criterio orientativo generale caratterizzante non soltanto le attività normative, ma prima ancora quelle amministrative (cfr., tra le più recenti, TAR Veneto – Venezia, Sez. II, sentenza del 6 febbraio 2025, n. 193). Un orientamento che trova conferma nel fatto che l'art. 3-*ter* del d.lgs. 152/2006 pone il principio di precauzione tra quelli cui deve essere informata l'azione amministrativa in tema di tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali, tale che, per l'Amministrazione procedente, sarebbe sufficiente rispettare le disposizioni in materia di VIA, VAS ed AIA perché si possa presumere il rispetto del medesimo principio (così Cons. Stato, Sez. IV, sentenza del 7 maggio 2021, n. 3597: "*posto che la normativa di cui al d. lgs. n. 152 del 2006 è interamente ispirata al*

Il principio di prevenzione non è stato espressamente definito dal legislatore europeo[30], ma la giurisprudenza è ormai concorde nel ritenere che esso concerna la necessità di adottare tutte le misure volte ad evitare rischi per l'ambiente in caso di certezza del verificarsi di un evento per esso dannoso[31].
Il principio di precauzione, come affermato in dottrina, costituisce invece una particolare declinazione della più ampia necessità di intervenire preventivamente, individuando efficaci rimedi anche per le situazioni di rischio connotate da un margine di incertezza[32]. In definitiva, mentre il principio di precauzione si muove su presupposti connotati da dubbi, quello di prevenzione lo fa su fondamenta ispirate a criteri di certezza scientifica[33].

---

c.d. principio di precauzione - il rispetto delle procedure di V.I.A. ed A.I.A. ivi previste equivale ad una presunzione in merito al rispetto di quel principio", precisando però al contempo che: "*detta presunzione non può essere superata dall'apprezzamento di un rischio puramente ipotetico, fondato su mere supposizioni allo stato non ancora verificate in termini scientifici*").
Sicché, compiendo un'esegesi ragionata della giurisprudenza in oggetto, si può concludere che perché l'azione precauzionale sia legittimamente esperita occorra pur sempre che essa tragga origine da una valutazione del rischio operata sulla base di dati ricavati da un accertamento oggettivo, scisso da mere supposizioni non ancora verificate in termini scientifici (cfr. A. Napolitano, *Riflessioni sul ruolo del principio di precauzione nel processo decisionale delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Dir. pubb. europeo – Rassegna online*, 2019, 10(1), 203 - 225 e, *amplius*, F. Fracchia, *I principi generali nel codice dell'ambiente*, in *Riv. quadrim. di dir. dell'amb.*, 2021, 3, 4-71; A. Massera, *I principi generali dell'azione amministrativa* in V. Cerulli Irelli (a cura di) *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 58 e ss.; O. Porchia, *Le politiche dell'Unione Europea in materia ambientale* in R. Ferrara, M.A. Sandulli (a cura di) *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giuffré, Milano, pp. 153 – 171; M. Montini, *Evoluzione, principi e fonti del diritto internazionale dell'ambiente*, in P. Dell'anno, E. Picozza (a cura di) *Trattato di diritto dell'ambiente – Vol. 1: Principi generali*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 30 e ss.).

[30] Questo il testo dell'art. 191, par. 2 del TFUE: «*La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga"*». Una riflessione sul concetto di "rischio ambientale" è stata fatta da G. Corso, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. Rossi (a cura di) *Diritto dell'ambiente V ediz.*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 171-180.

[31] Così sembra peraltro suggerire l'art. 304, co. 1 del d.lgs. 152/2006: «*Quando un danno ambientale non si è ancora verificato, ma esiste una minaccia imminente che si verifichi, l'operatore interessato adotta, entro ventiquattro ore e a proprie spese, le necessarie misure di prevenzione e di messa in sicurezza*».

[32] Cfr. M. Renna, *Il principio di precauzione e la sua attuabilità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2023, 2.

[33] Cfr. F. De Leonardis, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in

E proprio laddove il principio di precauzione si allontana dal suddetto grado di certezza, emerge il delicato bilanciamento tra la valutazione e la gestione dei rischi, spettanti rispettivamente alla scienza e alla politica legislativa[34], che trova un punto di equilibrio (se non un controlimite) nel fatto che l'eventuale incompletezza delle attuali conoscenze tecno-scientifiche non possa comunque giustificare che lo Stato ritardi l'adozione di misure effettive e proporzionate volte a prevenire il rischio di danni gravi e irreversibili all'ambiente[35].
Sennonché, nel caso della *Terra dei Fuochi*, la Corte ritiene che la lunga catena di studi scientifici svolti nel territorio oggetto di osservazione abbia raggiunto un livello di evidenza tale da rendere indifferibile e imperativo l'intervento dello Stato italiano.
A tale scopo, la Corte rammenta che l'art. 2 della CEDU pone un obbligo positivo per i singoli Paesi di adottare tutte le misure appropriate per salvaguardare la vita delle persone sottoposte alla loro giurisdizione, coprendo non solo le situazioni in cui una determinata azione od omissione da parte dello Stato abbia portato alla loro morte, ma anche i casi in cui, ci sia stato un chiaro rischio per la sua vita[36]. Un rischio che, a maggior ragione, può ritenersi sussistente nell'ambito di attività intrinsecamente pericolose, quali, appunto, la gestione dei rifiuti. In quest'evenienze, perché sorga in concreto l'obbligo di agire da parte dello Stato, basterà l'esistenza di un rischio reale (ossia di una minaccia grave, effettiva e sufficientemente accertabile) e imminente (prossimità fisica e temporale della minaccia) per la vita stessa[37].
Fatta questa introduzione generale, la Corte si chiede se, nello specifico caso della *Terra dei Fuochi*, le autorità avessero l'obbligo di proteggere la vita dei ricorrenti e, se esse abbiano conseguentemente adottato le misure adeguate alle circostanze concrete di pericolo.
Per dare una risposta al primo quesito, i Giudici di Strasburgo par-

---

Riv. quadrim. di dir. dell'amb., 2011, 2, 14. Il principio di precauzione è stato codificato nell'art. 178 del d.lgs. n. 152/2006: «*La gestione dei rifiuti è effettuata conformemente ai principi di precauzione, di prevenzione, di sostenibilità, di proporzionalità, di responsabilizzazione e di cooperazione di tutti i soggetti coinvolti nella produzione, nella distribuzione, nell'utilizzo e nel consumo di beni da cui originano i rifiuti, nel rispetto del principio di concorrenza, nonché del principio chi inquina paga*».

[34] Cfr. L. Butti, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2006, 6, 809.

[35] In questo senso, Corte EDU, *Di Sarno and o. v. Italy*, cit. sopra, §75.

[36] Cfr. Corte EDU, *Cannavacciuolo and o. v. Italy*, cit. §375.

[37] Ibid., §377.

tono dal presupposto che lo scarico illegale di rifiuti, frequentemente accompagnato dal loro incenerimento e interramento, sia indiscutibilmente un'attività pericolosa per la vita umana e che vi siano ampie prove che il Governo ne fosse a conoscenza dall'inizio degli anni '90, tanto che già nel 1996 la prima commissione parlamentare d'inchiesta aveva segnalato la presenza di molteplici discariche abusive nel territorio campano, oltre che di un aumento dei tassi di cancro.

La pluralità di questi fattori inquinanti e il persistente quadro di illegalità in cui sono inseriti hanno determinato un rischio sufficientemente "reale" e "imminente", perché i ricorrenti potessero adire la Corte, invocando la violazione dell'art. 2 della CEDU in ragione della loro residenza per un periodo considerevole di tempo nei Comuni individuati dalle Direttive interministeriali come contaminati.

Ed è qui che la Corte compie un passaggio logico ulteriore rispetto ai suoi precedenti giuridici, precisando che la lunga esposizione dei cittadini ad un notorio fenomeno d'inquinamento renda superfluo che i medesimi siano chiamati a dimostrare un nesso eziologico tra una data sostanza nociva e l'insorgenza di una certa malattia, perché, in linea con il principio di precauzione, l'eventuale mancanza della certezza scientifica sugli effetti puntuali che l'inquinamento avrebbe avuto sulla loro salute non può giungere a negare, in un contesto ove il rischio generale era noto da tempo, l'esistenza di un obbligo di protezione in capo allo Stato[38]. Un obbligo di protezione che avrebbe dovuto sostanziarsi, nell'ottica di tutela dei diritti alla salute e alla vita degli abitanti delle aree colpite, segnatamente: *i)* in una completa valutazione dell'emergenza; *ii)* nell'identificazione delle aree interessate, della natura e dell'estensione della contaminazione; *iii)* nel dare ai residenti delle informazioni tempestive sui rischi per la loro salute e la loro vita; *iv)* nella conseguente adozione delle misure concretamente idonee a contrastare questi pericoli[39].

Quello che desta l'attenzione della Corte è, *in primis*, l'omissione di un approccio sistematico nell'identificazione delle aree oggetto degli scarichi illeciti di rifiuti e degli inquinanti rilasciati nell'aria e nel suolo, anteriormente all'emanazione del d.l. n. 136/2013[40]. Soltanto con il Decreto-Legge 10 dicembre 2013, n. 136 (convertito con Legge n. 6/2014), adottato in ragione dell'estrema gravità sanitaria,

[38] Ibid., §390-391.

[39] Ibid., §394-396.

[40] Ibid., §401.

ambientale, economica e della legalità in cui versa la *Terra dei Fuochi*, il Governo ha introdotto una serie di puntuali misure per contrastare l'emergenza in atto: ha disposto la prima mappatura delle aree eventualmente contaminate da sversamenti e smaltimenti abusivi di rifiuti, anche mediante combustione, perfezionatasi con le Direttive interministeriali del 23.12.2013, del 16.4.2014 e del 10.12.2015 (art. 1, co. 1, vedi *supra*); ha consolidato i poteri di controllo dell'Istituto Superiore di Sanità sugli studi epidemiologici ed esteso il c.d. progetto "Sentieri" ai Comuni individuati dalle suddette Direttive (art. 1, co. 1-*bis*); ha istituito un comitato e una commissione interministeriali per potenziare le azioni e gli interventi di monitoraggio e di tutela ambientale nei terreni campani, culminante nell'emanazione di un programma straordinario e urgente di interventi finalizzati alla tutela della salute, alla sicurezza e alla bonifica dei siti, nonché alla rivitalizzazione economica dei territori campani (art. 2, co. 1-4); ha introdotto il nuovo delitto della combustione illecita di rifiuti all'art. 256-*bis* del d.lgs. n. 152/2006 (art. 3, co. 1); ha autorizzato l'utilizzo da parte dei prefetti delle Province di Napoli e Caserta del personale militare delle Forze armate nelle operazioni di sicurezza e di controllo del territorio (art. 3, co. 2)[41].

Quello che viene eccepito dalla Corte, prima ancora delle valutazioni sull'adeguatezza, è la tardività di tale strumento normativo, che testimonia come lo Stato sia rimasto inerte per un ventennio, nonostante avesse ricevuto da più direzioni delle chiare segnalazioni del fenomeno in atto sino dall'inizio degli anni '90.

Peraltro, il d.l. 136/2013 si è altresì profilato come un *unicum* nel panorama legislativo nazionale, non essendo stato seguito da altri e più efficaci provvedimenti (non si dimentichi che, nella medesima data di emanazione del Decreto, la Commissione Europea aveva avviato una terza procedura d'infrazione contro l'Italia, che ha portato, un anno e mezzo più tardi, alla sua condanna da parte della Corte Di Giustizia[42]).

Parimenti tardiva è stata ritenuta dalla Corte l'introduzione nell'ordinamento dei delitti contro l'ambiente (costituenti l'odierno titolo VI-*bis* del Libro II del codice penale) per effetto della Legge del 22 maggio 2015, n. 68[43].

---

[41] Cfr. Corte EDU, *Cannavacciuolo and o. v. Italy*, cit. §43 e §106-109.

[42] Cfr. Corte U.E, *Commissione c. Italia*, causa C-653/13, cit. *sub* nota 10.

[43] Cfr. Corte EDU, *Cannavacciuolo and o. v. Italy*, cit. §439. Promulgata in attuazione della Direttiva 2008/99/CE, che aveva chiesto agli Stati membri di assicurare che alcuni

Fino all'inserimento di quest'ultimi delitti, anche gravi lesioni del bene ambiente erano infatti punite con sanzioni di scarsa afflittività, tanto che era sovente, in giurisprudenza, che esse venissero inquadrate, a seconda della fattispecie, nel delitto di disastro innominato (art. 434 c.p.) o nella contravvenzione del getto pericolose di cose (art. 674 c.p.). Né la situazione è particolarmente cambiata con il Decreto Ronchi (cfr. gli artt. 50-54 del d.lgs. 22/1997) e il Testo Unico Ambientale (cfr. l'art. 137 del d.lgs. 152/2006), che hanno mantenuto delle previsioni sanzionatorie di modesta deterrenza[44].
Il preesistente impianto sanzionatorio, connotato da un affastellarsi lento e frammentario di singoli reati, non è apparso convincente ai Giudici di Strasburgo in termini di efficacia punitiva.
Senza usare mezzi termini, la Corte si professa poi colpita ("*struck*") dal fatto che il primo strumento di carattere generale predisposto al fine di accertare l'entità del fenomeno di inquinamento in questione e affrontarne le conseguenze sia stato emanato solo nel dicembre 2013 e che il primo "Piano d'azione" sia stato predisposto nel 2016[45].
Dall'insieme di questi ritardi, carenze e omissioni è inequivoco, per i Giudici di Strasburgo, che lo Stato italiano non sia riuscito a dimostrare di aver fatto tutto quanto gli si poteva chiedere per proteggere la vita dei ricorrenti.
A corroborare questa conclusione, sono state altresì rigettate le osservazioni del Governo sul mancato azionamento da parte dei ricorrenti del meccanismo di richiesta d'intervento del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica previsto dall'art. 309 del d.lgs. n. 152/2006.
Questo strumento, precisa la sentenza, si profila inidoneo ad essere

---

gravi reati ambientali fossero puniti con sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive, la Legge n. 68/2015 ha introdotto nel codice penale sette nuove norme incriminatrici: inquinamento ambientale (art. 452-*bis* c.p.), morte o lesioni come conseguenza nel delitto di inquinamento ambientale (art. 452-*ter* c.p.), disastro ambientale (art. 452-*quater* c.p.), traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività (art. 452-*sexies* c.p.), impedimento del controllo (art. 452-*septies* c.p.) e omessa bonifica (art. 452-*terdecies* c.p.), cui si sono affiancate le disposizioni inerenti alle circostanze aggravanti (artt. 452-*octies* e 452-*nonies* c.p.), alla confisca obbligatoria (art. 452-*undecies* c.p.), all'obbligo di ripristino (art. 452-*duodecies* c.p.) e al ravvedimento operoso (art. 452-*decies* c.p.).

[44] In dottrina, M. Zalin, *La tutela penale dell'ambiente. Prospettive di riforma nel quadro della normativa europea*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 3-4, 465 e G. PAVICH, *Reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale: prime questioni interpretative*, in *Cass. penale*, 2017, 1.

[45] Cfr. Corte EDU, *Cannavacciuolo and o. v. Italy*, cit. §460 e §462.

considerato un rimedio "disponibile" per le persone fisiche o giuridiche che lamentino un danno ambientale, poiché lascia in capo al Ministero stesso la piena discrezionalità sull'adozione di ogni misura.
Inoltre, l'eventuale inerzia del Ministero non potrebbe trovare un efficace rimedio in un'azione giurisdizionale, dato che, in una siffatta ipotesi, gli interessati potrebbero adire il Giudice amministrativo chiedendo l'accertamento del silenzio-inadempimento dell'Amministrazione statale (cfr. l'art. 310, co. 1 del d.lgs. n. 152/2006), ma senza che questo possa altresì pronunciarsi in merito alla fondatezza delle misure richieste ai sensi dell'art. 309[46].

4. La "sentenza pilota" e le prime (contro)misure adottate dallo Stato italiano. Conclusioni

L'accertata lesione del diritto alla vita dei cittadini della *Terra dei Fuochi* rende superfluo, ad opinione dei Giudici di Strasburgo, l'esame delle doglianze relative all'art. 8 della CEDU, in via dell'assorbente gravità della lesione dell'art. 2.
Viste l'importanza delle violazioni contestate, la sistematica incapacità ("*systemic failure*") dello Stato di rispondere adeguatamente all'inquinamento della *Terra dei Fuochi*, nonché la persistenza del fenomeno, la Corte è ricorsa alla procedura della sentenza-pilota di cui all'art. 46 della CEDU per fare in modo che le istituzioni portino ad una compiuta attuazione la sua decisione, provvedendo, per l'effetto, ad indicare eccezionalmente le azioni che dovranno essere intraprese dallo Stato italiano per porre fine al problema[47].

---

[46] Ibid. §274. Il ragionamento della Corte EDU trova peraltro conferma nella sentenza dell'8 febbraio 2012, n. 676 della Sezione I del TAR Campania - Napoli, Sez. I, che, chiamato a decidere sul ricorso promosso da Legambiente per l'accertamento del silenzio-inadempimento del MATTM di fronte all' inquinamento della falda acquifera posta a valle della discarica di rifiuti solidi urbani di Terzigno (NA), ha affermato: «*La denuncia di danno ambientale con la quale si richiede l'intervento statale a tutela dell'ambiente ai sensi dell'art. 309 d.lgs. 152/06 determina, infatti, a carico del Ministero dell'Ambiente un obbligo di "valuta [re] le richieste di intervento e le osservazioni ad esse allegate afferenti casi di danno o di minaccia di danno ambientale" che non deve confondersi con l'assunzione doverosa e vincolata di azioni di precauzione, prevenzione o ripristino, imponendo semplicemente la verifica della effettiva ricorrenza dei presupposti per l'azione statale, salva ogni discrezionalità sulle misure più opportune da intraprendere a termini di legge: vale a dire l'obbligo di avvio di un procedimento che si chiude, come precisa la direttiva comunitaria, con una motivata "decisione di accogliere o rifiutare la richiesta di azione" formulata dal privato istante*».
[47] Ibid. §490-§503.

A tal proposito, si domanda all'Italia l'elaborazione di una strategia globale delle misure esistenti o previste "*comprehensive strategy drawing together existing or envisaged measures*", inclusiva di tutte le iniziative volte a individuare le aree interessate dallo smaltimento illegale dei rifiuti ed a valutare la natura e l'entità della loro contaminazione; a gestire qualsiasi rischio rilevato; ad indagare sugli impatti sulla salute del fenomeno di inquinamento ed a contrastare le condotte che danno origine ad esso, cui deve essere aggiunta di pari passo la decontaminazione delle aree interessate.
L'impegno degli interpreti si è così concentrato sull'istituto della bonifica, muovendo ancora una volta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha affermato il carattere di servizio pubblico di detta attività, al punto da rendere necessario e obbligatorio il suo esperimento ove ricorrano determinati presupposti, specificamente indicati volta per volta dal legislatore[48].
Particolarmente avversa a questa interpretazione si è mostrata la dottrina che, ricordando le difficoltà intrinseche alla stessa elaborazione di una nozione generale di servizio pubblico, ha criticato ciascuno dei suddetti aspetti, rilevando che, seppur sia indubbio che le operazioni ambientali perseguano interessi diffusi dell'intera collettività e siano assoggettate ad un'articolata disciplina legislativa, questo non sia tuttavia sufficiente a ricondurle ad un servizio pubblico, perché: 1) l'attività di bonifica non mira a soddisfare in modo diretto e continuato degli specifici bisogni della collettività, ma è legata all'insorgenza di un determinato evento inquinante; 2) il conseguente rapporto tra inquinatore e la comunità beneficiaria dell'intervento è del tutto accidentale[49].

---

[48] Il tema della bonifica dei siti contaminati ha suscitato, da sempre, l'interesse degli interpreti, che si sono a lungo interrogati sulla natura giuridica di tale attività.
Anzitutto, partendo da un orientamento diffusosi in seno al Consiglio di Stato e al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana all'inizio degli anni '10 (cfr. CGARS, Sez. giurisd., sentenza del 6 ottobre 2010, n. 1266; Cons. Stato, Sez. VI, sentenze del 5 aprile 2012, n. 2021 e del 12 ottobre 2012, n. 5268), ci si è chiesto se alle attività di bonifica andasse riconosciuto il carattere di "servizio pubblico". A favore di questa catalogazione stava, secondo il Supremo Consesso amministrativo, una pluralità di elementi: la presenza di una disposizione che ne prevede l'obbligatoria istituzione al ricorrere di determinati presupposti di fatto, il suo essere destinata ad una collettività indeterminata di beneficiari (gli abitanti della zona inquinata), il perseguimento di un interesse pubblico (salubrità ambientale e ripristino del bene leso dall'inquinamento).
[49] Cfr. F. Vanetti, *La messa in sicurezza e la bonifica di un sito di interesse nazionale sono un servizio pubblico? [Nota a sentenza: Cons. Stato sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2021]*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 5, 594; F. Leotta, *La natura giuridica delle attività di bonifica dei siti inquinati*, in

Per dare una risposta più esaustiva sulla natura giuridica della bonifica è forse opportuno fare delle brevi annotazioni sulle finalità di tutela del bene-ambiente.
In questo senso, per usare le parole di Stefano Grassi[50], una sfida è costituita dalla difficoltà di individuare con chiarezza il perimetro e la dimensione giuridica del concetto di ambiente quale oggetto di tutela a livello normativo.
Peraltro, soltanto con la revisione del Titolo V della seconda parte della Costituzione il termine "ambiente" aveva fatto ingresso nell'ordinamento (segnatamente all'art. 117, co. 2, lett. s che attribuisce alla potestà legislativa esclusiva statale la "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"). Più di recente si è giunti, come noto, all'emendamento -per mezzo della L. Cost. 11 febbraio 2022, n. 1- dell'art. 9, co. 2 Cost. con cui, in disparte la sua importanza a livello programmatico, il legislatore non sembra aver però accolto i rilievi formulati dalla più attenta dottrina[51], che domandava non tanto di enunciare in Costituzione la tutela dell'ambiente, quanto di individuare a livello normativo la portata concreta dei principi secondo i quali formare e giungere alle decisioni che toccano gli interessi ambientali, per pervenire ad un quadro organico dei vari settori trasversali della disciplina ambientale.
Stante dunque l'assenza di una normativa di maggior dettaglio, è divenuto spontaneo per la giurisprudenza dare una definizione più logica e concettuale della natura delle attività di bonifica, evidenziando come le stesse perseguano il precipuo obiettivo di prevenire la verificazione dei danni ambientali prodotti e di porre a carico del responsabile la loro rimozione e i relativi oneri, disancorandola conseguentemente da ogni più ampia osservazione teorica sui principi

---

Riv. trim. di dir. pubb., 2017, 1, 227. Va precisato, per completezza, che il Consiglio di Stato ha presto rivisto la sua posizione, affermando, nella sentenza della Sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5305 che le operazioni ambientali non potessero essere qualificate come servizio pubblico a causa non solo del carattere temporaneo e contingente dell'attività, ma anche della circostanza che la stessa sia dovuta quale conseguenza di una condotta vietata dall'ordinamento e, pertanto, non rivolta al pubblico, né tanto meno qualificabile come imprenditoriale.

[50] Cfr. Ead., *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadrim. di dir. dell'amb.*, 2017, 3, 7; l'impossibilità della "*reductio ad unum*" della tutela ambientale era peraltro ben chiara anche nelle riflessioni di M.S. Giannini, *Ead., "Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, I, 15.

[51] Cfr. S. Grassi, *op. cit.*, 29.

generali della tutela ambientale[52].
Una strategia che, viene puntualizzato, dovrà avere dei tempi di attuazione chiari a breve, medio e lungo termine, dal momento che, a causa dei ritardi sinora accumulati dallo Stato, la valida esecuzione della sentenza potrà essere assicurata solo se le misure saranno attuate senza ulteriori differimenti (ossia entro una scadenza che la Corte fissa in due anni dalla data in cui la decisione sia divenuta definitiva).
In aggiunta, si prescrivono un meccanismo a livello nazionale per il monitoraggio dell'attuazione e dell'impatto delle misure introdotte e per valutare il rispetto delle tempistiche ivi stabilite "*independent monitoring mechanism*", unitamente ad una piattaforma informativa "*information platform*" pubblica per l'accesso a tutte le informazioni inerenti al problema della Terra dei Fuochi e alle misure adottate o previste per affrontarlo.
Nella primissima fase posteriore alla condanna dello Stato, il Governo italiano è corso ai ripari, approvando celermente il d.l. 14 marzo 2025, n. 25 "Disposizioni urgenti in materia di reclutamento e funzionalità delle pubbliche amministrazioni" che, con l'art. 10, co. 5, ha aumentato i poteri del Commissario Unico per le bonifiche di cui all'art. 5, co. 1 del d.l. 14 ottobre 2019, n. 111, stabilendo che allo stesso vengano assegnati i seguenti compiti: a) ricognizione degli interventi di indagine ambientale, caratterizzazione, messa in sicurezza e bonifica effettuati e programmati, nonché delle iniziative volte a garantire la salubrità dei prodotti agroalimentari, il monitoraggio ambientale e il monitoraggio sanitario delle popolazioni ricadenti nell'area interessata; b) ricognizione delle risorse stanziate e di quelle disponibili per l'attuazione degli interventi e delle iniziative di cui al punto a); c) individuazione degli interventi e delle iniziative ulteriori da porre in essere nel breve, medio e lungo periodo, nonché stima delle risorse finanziarie necessarie e attuazione degli interventi medesimi; d) individuazione e perimetrazione dei siti oggetto di contaminazione; e) realizzazione di interventi di bonifica,

[52] Così Cons. Stato, Ad. plen., 22 ottobre 2019, n. 10: «*la bonifica costituisce in estrema sintesi "uno strumento pubblicistico teso non a monetizzare la diminuzione del relativo valore (in ciò sostanziandosi la tutela per equivalente), ma a consentirne il recupero materiale a cura e spese del responsabile della contaminazione". Sotto il profilo ora evidenziato si palesa pertanto nella bonifica la funzione di reintegrazione del bene giuridico "leso dall'illecito" [...] propria della responsabilità civile e riecheggiante il rimedio della reintegrazione in forma specifica ex art. 2058 cod. civ., già espressamente previsto per il danno all'ambiente dall'art. 18, comma 8, della legge n. 349 del 1986 nella forma del «ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile»*.

ripristino ambientale e messa in sicurezza operativa o permanente; f) comunicazione e informazione pubblica in merito agli interventi e alle iniziative attuate e programmate.

Ad un primo esame, si potrebbe discutere dell'adeguatezza di tali misure, visto e considerato che la Corte EDU ha fornito delle chiare indicazioni sugli obblighi che l'Italia dovrà osservare nei prossimi due anni.

Parimenti criticabile è la scelta di affidare, ancora una volta, la gestione di una situazione così delicata ad un organo straordinario, con le inevitabili complicanze connesse al coordinamento tra esso e gli enti ordinariamente preposti all'esercizio delle funzioni a questo attribuite[53].

Sennonché, il d.l. 25/2025 sembra voler arginare il problema rafforzando lo scambio di dati tra il Commissario e le Amministrazioni centrali e locali campane, le quali sono tenute a comunicare ogni informazione che quest'ultimo ritenga necessario acquisire ed a prestare ogni eventuale apporto collaborativo che il medesimo richieda ai fini dello svolgimento delle attività elencate[54].

In aggiunta, da una lettura coordinata dei commi 5-14 dell'art. 10 del d.l. 25/2025 si evince che, in questo caso, il Governo abbia voluto qualificare detta figura come una sorta di Commissario *ad acta*, chiamato a portare a compimento gli interventi e le iniziative necessarie per la bonifica della *Terra dei fuochi*, rimediando alla cronica inefficienza delle istituzioni competenti.

Indubbia rilevanza ha comunque, in questo senso, la previsione che le opere di bonifica siano imputate esclusivamente al Commissario (cfr. art. 10, co. 5, lett. a del D.L. 25/2025), superando quanto precedentemente previsto dall'art. 5, co. 1-*bis* del Decreto Legge 14 ottobre 2009, n. 111, che circoscriveva maggiormente i suoi poteri in tema di bonifica, subordinandoli a quelli delle Regioni[55].

---

[53] Per un approfondimento delle questioni legate alle figure dei commissari straordinari, cfr. M. Bevilacqua, *I problemi aperti dalla stabilizzazione del paradigma commissariale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2022, 4, 1149.

[54] Così recita l'art. 10, co. 10 del d.l. 25/2025.

[55] Questo il testo dell'art. 5, co. 1-*bis* del d.l. 111/2019, che esigeva una vera e propria richiesta da parte delle Regioni per il subentro del Commissario: «*le funzioni e le attività del Commissario unico di cui al comma 1 sono estese su richiesta delle singole regioni agli interventi di bonifica o messa in sicurezza delle discariche e dei siti contaminati di competenza regionale, nonché su richiesta del Ministero della transizione ecologica agli interventi di bonifica dei siti contaminati di interesse nazionale, limitatamente ai soli interventi per i quali sono stati già previsti finanziamenti a legislazione vigente con contestuale trasferimento delle relative risorse da parte degli enti richiedenti*».

Riguardo il d.l. 25/2025 i comitati sul territorio hanno criticato che il decreto sarebbe stato adottato con una logica di centralizzazione, senza coinvolgere adeguatamente la popolazione, privando così l'iniziativa di legittimità democratica e di partecipazione.
Altro profilo di critica rilevata concerne l'insufficienza delle risorse destinate alle bonifiche: Legambiente e Libera hanno sottolineato che l'uso di fondi comunitari destinati allo sviluppo della Campania potrebbe non essere adeguato per affrontare le necessità ambientali urgenti.
Il tempo dirà se queste misure saranno in grado di dare attuazione alla sentenza *Cannavacciuolo*, sempre che vengano implementate in un futuro prossimo e che riescano a centrare gli obiettivi e le finalità indicate come cogenti dalla Corte Europea e da considerarsi indifferibili.

L'abuso d'ufficio: dai tentativi di riforma alla pronuncia della Corte costituzionale. Parabola di una norma senza pace

Giuseppe Tuccillo

Abstract

Il presente contributo offre una panoramica ad ampio raggio sulla fattispecie di abuso d'ufficio prevista dall'art. 323 c.p., recentemente abrogata. L'abuso d'ufficio si è storicamente intrecciato con il peculato per distrazione, ipotesi soppressa con la riforma del 1990 e in un primo momento trasfusa proprio nell'art. 323 c.p., configurando un classico caso di *abrogatio sine abolitione*. Con la riforma Nordio, la figura distrattiva del peculato riaffiora, seguendo un percorso inverso rispetto all'ormai abrogato abuso d'ufficio.
L'intervento abrogativo, introdotto con la legge n. 114 del 2024, è oggetto di approfondita analisi, alla luce delle numerose questioni sollevate in dottrina e giurisprudenza: dalle lacune normative emerse, alle preoccupazioni legate alla compatibilità della riforma con gli obblighi internazionali derivanti da convenzioni come quella delle Nazioni Unite contro la corruzione (Convenzione di Merida). In tale contesto, si esamina anche la questione di legittimità costituzionale sollevata recentemente dalla Corte di Cassazione, che ha condotto alla pronuncia della Corte Costituzionale sulla coerenza della riforma con il dovere dello Stato di dare attuazione agli impegni internazionali assunti.

This contribution provides a broad overview of the criminal offence of abuse of office under Article 323 of the Italian Criminal Code, recently repealed. Historically, abuse of office has been closely intertwined with the offence of embezzlement by misappropriation, which was abolished in the 1990 reform and initially absorbed into Article 323—an archetypal case of abrogatio sine abolitione. With the Nordio reform, the misappropriation-based variant of embezzlement resurfaces, following a path inverse to that of the now-repealed abuse of office provision.
The repeal, introduced by Law No. 114 of 2024, is examined in depth in this paper, in light of the significant debate it has sparked in both academic and judicial contexts. The discussion spans from emerging legislative gaps to concerns about the reform's compatibility with international obligations, such as

those arising from the United Nations Convention against Corruption (Merida Convention). In this regard, the paper also analyses the issue of constitutional legitimacy recently raised by the Court of Cassation, which led to a ruling by the Constitutional Court on whether the reform aligns with the State's duty to implement international commitments.

Sommario: 1. Introduzione: i reati corruttivi in Italia **2.** Un reato particolarmente discusso: l'abuso d'ufficio, art. 323 c.p. **3.** L'abrogazione dell'abuso d'ufficio **3.1** Le ragioni della riforma **4.** Una vecchia conoscenza…l'articolo 314-*bis* c.p. **4.1** Il confine tra peculato ed abuso d'ufficio: tra dottrina ed un caso giurisprudenziale celebre **5.** Il rapporto tra nuovo art.314-*bis* e l'abrogato art. 323 c.p. **6.** Le conseguenze della riforma: un vuoto di tutela **7.** Le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale e la decisione della Consulta **8.** Riflessioni conclusive

1. Introduzione: i reati corruttivi in Italia

In Italia, il fenomeno corruttivo è comunemente percepito come strutturalmente radicato all'interno dell'apparato burocratico dello Stato.[1]

Tale percezione incide negativamente sull'immagine complessiva del Paese, come attestato dagli indici internazionali relativi alla corruzione percepita, determinando ripercussioni sfavorevoli anche sotto il profilo della capacità di attrarre investimenti esteri.[2]

Nel discutere del fenomeno, sarebbe certamente limitativo concentrarsi esclusivamente sul crimine specifico definito dal legislatore come "corruzione".

Invero, pare doveroso fare riferimento ad una serie di reati che vengono interpretati quali manifestazioni di atti corruttivi ovvero che trasmigrano nel più ampio concetto di corruzione.

L'area da esaminare, pertanto, è quella, più vasta, dei reati che rientrano tra i "delitti contro la Pubblica Amministrazione" connessi al fenomeno corruttivo, presenti nel titolo II del libro II del Codice penale.

I reati *de quo* riguardano quelle fattispecie che compromettono il corretto funzionamento delle attività dello Stato e degli Enti pubblici.[3]

Tali *species* di reato costituiscono un settore particolarmente sensibile, in particolare per quanto riguarda i reati commessi dai pubblici ufficiali.

Invero, le disposizioni previste nel codice penale sono volte a salvaguardare l'efficienza e l'imparzialità della Pubblica Amministrazio-

---

[1] ***Dottorando di ricerca in Diritto Penale**

In argomento, M. Romano, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, *I delitti dei pubblici ufficiali*, *Artt. 314 – 335 bis cod. pen.*, Milano, 2006, 20 s.

[2] G. Fidone, *Il Contrasto della Corruzione in Italia: l'Obbiettivo dell'Integrità nel Sistema Valoriale di Riferimento*, in *DPCE Online*, 359-366.

[3] Cfr, *ex multis*, A. Di Martino, Abuso d'ufficio, in A. Bondi, A. di Martino, G. Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino 2008, 242 ss.; N. Levi, *I delitti contro la pubblica amministrazione nel diritto vigente e nel progetto*, Roma, 1930, 144; R. Pannain, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966, 68.

ne, sanzionando le azioni dei pubblici ufficiali che antepongono il proprio guadagno personale all'interesse pubblico che sono chiamati a salvaguardare.[4]

2. Un reato particolarmente discusso: l'abuso d'ufficio, art. 323 c.p

Il reato di abuso d'ufficio ha conosciuto, a partire dal 1990, una sequela di interventi legislativi tesi a perimetrarne i contorni normativi.[5]
L'originaria formulazione dell'articolo 323 del Codice Rocco, invero, recitava: "*il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, cagiona un danno ingiusto o procura a sé o ad altri un vantaggio ingiusto, è punito con la reclusione...*".
Questa formulazione era caratterizzata da una notevole genericità.
Il fulcro era l'abuso dei *poteri inerenti alle funzioni*: una formula decisamente troppo ampia che portava, come logica conseguenza, ad una labilissima distinzione tra la mera illegittimità amministrativa e la rilevanza penale della condotta. Mancava, invero, una chiara indicazione delle modalità della condotta abusiva e, soprattutto, un esplicito riferimento alla violazione di specifiche norme.
L'elemento soggettivo richiesto era il dolo generico, ovvero la coscienza e volontà di abusare del proprio potere con la previsione del danno o del vantaggio ingiusto. Questa ampiezza interpretativa rendeva l'abuso d'ufficio una sorta di *norma di chiusura* del sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione, spesso applicata in via sussidiaria quando non si ravvisavano altri reati specifici.[6]
Le critiche non tardarono ad arrivare: si lamentava la sua natura indeterminata, che esponeva il pubblico funzionario al rischio di

---

[4] F. Antolisei, *Diritto penale, parte speciale II*, XVII edizione, 2024, 265-427; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1992, 31-34 e 39-40.

[5] Si veda M. Di Dio, *Abuso d'ufficio: uno sguardo d'insieme dalla nascita all'abolizione, in Altalex*, 16 luglio 2024.

[6] C. F. Grosso, L'*"abuso innominato di autorità" nel pensiero di Francesco Carrara*, in *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Atti della prima Giornata di Studio, Lucca, 29.11.1997, Milano, 2000, 121 s.; G. Licci, *Figure del diritto penale. Una introduzione al sistema punitivo italiano*, Torino, 2010, 24 ss.; V. Manes, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro It.*, 2/1998, 390 ss.; A. Merlo, *L'abuso di ufficio tra legge e giudice*, Giappichelli, Torino, 2019, 273 ss.; G. Salcuni, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, ESI, Napoli, spec. 205 ss.

un'eccessiva discrezionalità giudiziaria e, potenzialmente, a un'ingerenza del potere giudiziario nell'attività amministrativa.[7]
Di fronte alle crescenti critiche sull'indeterminatezza della norma originaria e all'esigenza di adeguare la legislazione penale ad un mutato contesto socio-politico,[8] il legislatore intervenne con la legge 26 aprile 1990, n. 86 per evitare che la norma, nella sua genericità, si trasformasse in uno strumento di controllo generalizzato sull'attività amministrativa, con possibili effetti paralizzanti sull'azione dei pubblici poteri e rischi di indebite ingerenze dell'autorità giudiziaria.
La riforma mirava così a delineare una fattispecie più precisa e determinata, pur nel rispetto formale del principio di tipicità, che risultava tuttavia compromesso sul piano sostanziale dall'imprecisione e dall'indeterminatezza del testo normativo, con conseguente violazione del principio di tassatività.
In tal modo, si è inteso limitare la discrezionalità interpretativa dei giudici e garantire una maggiore tutela ai funzionari pubblici.
Inoltre, il legislatore ha distinto più chiaramente l'abuso d'ufficio dalle altre ipotesi di reati contro la pubblica amministrazione, rafforzando la tutela della legalità amministrativa ma evitando il rischio di processi *a catalogo*, fondati su valutazioni troppo generiche.[9]
Le successive riforme legislative hanno continuato ad incidere sul quadro giuridico di riferimento,[10] culminando nella recente propo-

[7] In argomento, *ex multis*, M. Catenacci, *Abuso d'ufficio*, in ID. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, 131 ss; A. Pagliaro, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *DPP* 1997, 503; M. Parodi Giusino, *Abuso d'ufficio*, in *Dig. disc. pen*., IV ed., vol. VIII, Torino, 1994, 597 ss.; V. Scordamaglia, *L'abuso d'ufficio*, in F. Coppi (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino 1993, 201.
[8] Basti pensare soprattutto all'emergere della celebre questione nota come *Tangentopoli*.
[9] Sulla riforma del '90, si vedano A. Manna, *Abuso di ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004; V. Onida*, La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, in *Giornale dir. amm.* 1995, 671.
[10] Si pensi, invero, alla riforma del 1997 ove viene introdotto l'introduzione, come elemento soggettivo, il c.d. dolo intenzionale. Non è sufficiente che il pubblico ufficiale si rappresenti la possibilità di causare un vantaggio o un danno con il proprio comportamento (dolo eventuale), ma è necessario che egli agisca proprio con la finalità di procurare l'ingiusto vantaggio o arrecare l'ingiusto danno. Questo requisito ha fortemente ristretto l'ambito applicativo della norma, escludendo le condotte caratterizzate solo da colpa grave o da dolo generico e rendendo molto più difficile, in concreto, la prova della responsabilità penale del funzionario pubblico. La riforma del 1997 intervenne nuovamente sull'articolo 323 c.p., modificandone la formulazione come segue: "*il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a*

sta di abrogazione contenuta nel disegno di legge noto come "Riforma Nordio".[11]
Uno snodo cruciale si è avuto nel 2020, quando un intervento legislativo ha inciso profondamente sulla struttura oggettiva del reato, ridefinendone i contorni applicativi.[12]
In particolare, l'ambito di rilevanza penale è stato circoscritto alla violazione di regole di condotta specifiche, tassativamente previste da norme di rango primario – ossia leggi o atti aventi forza di legge – escludendo pertanto le condotte in contrasto con disposizioni di natura meramente regolamentare.
Dopo la riforma, la rilevanza penale è stata limitata ai soli comportamenti in contrasto con disposizioni normative puntuali, la cui applicazione non ammette valutazioni discrezionali da parte dell'agente.[13]
Il principio di determinatezza e di tassatività, pertanto, ha trovato nuova centralità nella delineazione dell'abuso d'ufficio, restringendone sensibilmente l'area operativa.[14]
Il legislatore ha così sostituito la locuzione "di norme di legge o di regolamento" con la formulazione "di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità".[15]

---

sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito...".

[11] Per un approfondimento, D. Brunelli, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, in *Arch. pen.,* 2023, 3-4, G. Lattanzi, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d'ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 20.09.2023; T. Padovani, *Le metamorfosi dell'abuso d'ufficio*, in *Ind. pen*., 3, 2016, 998; M. Pelissero, *L'instabilità dell'abuso d'ufficio e la lotta di Sumo*, in *DPP* 2023, 618 ss.

[12] B. Romano (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pisa, 2021, 26 ss.; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale*, 28.7.2020. A. Perin, *I delitti contro la pubblica amministrazione nel piano di torsione della giustizia penale. Aspetti costituzionali e politico-criminali della "riforma Nordio", La legislazione penale*, 2025; B. Romano (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, 2021; A. Satta*, L'evoluzione legislativa: dall'abuso innominato all'attuale formulazione dell'art. 323 Cp*, in A.R. Castaldo, M. Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Giappichelli, 2021, 5 ss.

[13] A. Manna, *Abuso di ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, *cit*., 2004.

[14] G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decretosemplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema Penale,* 17 luglio 2020; V. Valentini, *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020,* in *www.discrimen.it*, 02.01.2021, 3

[15] La formulazione legislativa dell'articolo 323 c.p., dopo la riforma del 2020, era la seguente: "*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino*

La riforma del 2020 mirava a ridurre il numero dei procedimenti per abuso d'ufficio, concentrando l'attenzione sulle violazioni più gravi e manifeste di norme di rango primario.
Tuttavia, anche questa modifica non risolse del tutto le problematiche interpretative e di bilanciamento, in particolare quelle connesse alla definizione delle specifiche regole di condotta e alla distinzione tra violazioni di norme di azione e mere violazioni procedurali.[16]

3. L'abrogazione dell'abuso d'ufficio

La complessa evoluzione di tale fattispecie delittuosa culmina nell'abrogazione del 2024 (L. 114/2024), seguita dall'intervento della Corte Costituzionale nel 2025.
Il 10 luglio 2024, la Camera dei deputati ha approvato definitivamente il disegno di legge Nordio, sancendo l'abrogazione del reato di "abuso d'ufficio"; il provvedimento è stato approvato con 199 voti favorevoli, 102 contrari e nessun astenuto. Con l'abrogazione del reato di cui all'art. 323 c.p., coloro che siano stati precedentemente condannati per il delitto di abuso d'ufficio – in applicazione del principio di retroattività della *lex mitior* ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p. – potranno richiedere la revoca della condanna.[17]

---

margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni."

[16] A.R. Castaldo, F. Coppola*, La riforma dell'abuso d'ufficio nel D.L. "Semplificazioni", in Quot. giur., 2020; A*.R. Castaldo*, La riforma del 2020*, in A.R. Castaldo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021, p. 67 ss.; M. Donini*, Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, in A.R. Castaldo (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino 2018, 100.

[17] Particolarmente dirompente la distinzione tra abrogazione pura e successione di leggi penali nel tempo statuita dalla giurisprudenza. Qualora la condotta precedentemente punita come abuso d'ufficio sia oggi sussumibile in altra fattispecie penale (ad esempio, traffico di influenze illecite), la revoca della sentenza non è consentita, e permane la responsabilità penale per la nuova ipotesi di reato. In tale alveo ermeneutico si inscrive la pronuncia Cass. pen. 10 gennaio 2025 n. 5041: *non è revocabile la sentenza di condanna per il delitto di traffico di influenze illecite, con riguardo al quale il giudice della cognizione abbia ritenuto che l'illiceità dell'interferenza derivasse dalla sua finalizzazione alla realizzazione del delitto di abuso di ufficio, nel caso in cui la condotta cui l'interferenza era finalizzata conservi disvalore penale*).
La giurisprudenza ha inoltre precisato che la valutazione del giudice dell'esecuzione deve essere fondata su un raffronto strutturale tra le fattispecie legali astratte, senza ricorrere a indagini sulla continuità del bene giuridico tutelato o sulle modalità di offesa:

Le motivazioni alla base della decisione legislativa di abolire il reato di abuso d'ufficio risiedono principalmente come si avrà modo di osservare nel prossimo paragrafo, nel ridotto carico giurisprudenziale, conseguente alle numerose riforme che hanno interessato tale fattispecie. [18]

Tali modifiche, *a latere*, evidenziano un conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza, la quale, in più occasioni, ha assunto un ruolo cd. "giuscreativo", cercando di colmare le lacune lasciate dalla norma mediante un'interpretazione estensiva della stessa, aprendo la strada alle ipotesi di "formante giurisprudenziale".[19]

Il problema principale si è concentrato sulla definizione della fattispecie, che è stata progressivamente ristretta proprio a causa del conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza.

In ordine a tal problematica, il legislatore ha cercato di circoscrivere sempre più i confini della fattispecie, fino a giungere ad un restringimento della norma tale che, inevitabilmente, si è registrato un incremento delle pronunce assolutorie nei procedimenti per abuso d'ufficio.[20]

A seguito degli insuccessi delle numerose riforme legislative susseguitesi – dovuti anche a un'applicazione giurisprudenziale che, in maniera critica, ha cercato di attenuare gli effetti restrittivi delle modifiche intervenute nel tempo – si è giunti alla conclusione che l'unica soluzione percorribile fosse l'abrogazione totale dell'articolo 323 del codice penale.[21]

---

si veda, al riguardo, Cass. pen. 3 ottobre 2019 n. 3269: *la delibazione del giudice dell'esecuzione deve riguardare il confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte che si succedono nel tempo, senza la necessità di ricercare conferme della eventuale continuità tra le stesse facendo ricorso ai criteri valutativi dei beni tutelati e delle modalità di offesa*).

L'abrogazione della fattispecie penale non incide automaticamente sugli effetti civili delle sentenze penali di condanna, che mantengono efficacia nei limiti previsti dall'art. 651 c.p.p. su accertamento del fatto, illiceità e attribuzione all'imputato (art. 651, comma 1 c.p.p.: *la sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato o sia intervenuto nel processo penale con riguardo*: *— all'accertamento della sussistenza del fatto; — all'accertamento della illiceità penale del fatto; — all'affermazione che l'imputato lo ha commesso*).

[18] C. Cupelli, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio, in Sistema Penale*, 23 gennaio 2023.

[19] G. Ciaglia, *Le criticità del formante giurisprudenziale – Elemento oggettivo*, in A.R. Castaldo, M. Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021, p. 29 ss.; L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa, in Questione Giuridica*, fascicolo 4/2016.

[20] S. Perongini, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio, in A.R. Castaldo (a cura di), Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 20; M. Zaniolo, *Abuso d'ufficio: a che punto siamo?*, in *PDP*, 3/2023, 7 s.

[21] A. Manna, *L'abolizione dell'abuso d'ufficio: "cronaca di una morte annunciata"?*, in *disCrimen*, 2/2023, 251 s.; S. Musco*, Abuso d'ufficio. Il reato moribondo contestato alla laica CSM*, in *Il*

3.1 Le ragioni della riforma

In primo luogo, i dati statistici mostravano una realtà incontrovertibile in materia di abuso d'ufficio.
Un primo elemento significativo è il tasso elevato di archiviazioni: in Italia, nel 2022, il 79% dei procedimenti è stato archiviato (un dato simile a quello del 2021), il che implica che quasi otto denunce su dieci non sono arrivate a un esito processuale.
Nel 2022, dei 4.481 procedimenti, 3.536 culminano con l'archiviazione.
Un altro aspetto importante riguarda la diminuzione dei procedimenti iscritti nei tribunali ordinari. In particolare, nella sezione gip/gup, dal 2016 al 2021, si è registrata una riduzione del 40% dei procedimenti, passando da 7.930 a 4.838.[22]
Infine, un terzo dato interessante riguarda la limitata quantità di condanne e patteggiamenti: nel 2020, tra gip/gup e tribunale, sono state emesse 30 condanne e 29 patteggiamenti. In confronto, le sentenze di assoluzione sono state 241 e quelle per prescrizione 167.
Dopo la riforma del 2020, i dati relativi al tribunale/dibattimento mostrano una riduzione delle condanne (da 37 a 18) e un aumento delle assoluzioni (da 200 a 256), come era prevedibile.[23]
Ma vi è di più.[24] Il tenore lessicale della norma, unitamente al progressivo ampliamento delle condotte ritenute riconducibili alla fattispecie, ha generato una notevole incertezza interpretativa, che ha finito per esercitare un effetto dissuasivo sull'operato dei titolari di funzioni pubbliche, specialmente a livello locale, scoraggiandoli dall'intraprendere decisioni discrezionali per timore di incorrere in responsabilità penali. Numerosi amministratori, infatti, hanno manifestato preoccupazione per le conseguenze derivanti dall'applicazione di una norma percepita come ambigua, che ha indotto un atteggiamento difensivo e una ritrosia nell'esercizio delle proprie prerogative, con un conseguente rallentamento – talvolta una vera e propria paralisi – dell'azione amministrativa. Tale fenomeno, noto

Dubbio, 31.7.2024; M. Ravenna*, L'omicidio (tentato?) del delitto di abuso d'ufficio*, in PDP, 1/2024, 73 ss.

[22] Cfr. V. Mignone, *Abuso d'ufficio verso la riforma: processi calati del 40% dal 2016, in Il Sole 24 ore*, 12 dicembre 2022.

[23] In argomento R. Garofali, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei Sindaci tra PNRR e rilancio della macchina dello Stato,* in *Sistema Penale*, 5 ss.; C. Cupelli, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio, cit.*, 23 gennaio 2023.

[24] T. Padovani, *op.cit.*

come "burocrazia difensiva", ha inciso negativamente sull'efficienza, sulla tempestività dei procedimenti e sull'effettività dell'intervento pubblico.
In questo contesto si è diffusa tra i pubblici ufficiali la cosiddetta "paura della firma": il timore, anche solo astratto, di essere coinvolti in un'indagine penale, con tutte le conseguenze personali e mediatiche che ne derivano, ha spinto molti funzionari a preferire l'opzione più cautelativa, rallentando in particolare l'attività nei procedimenti amministrativi più complessi.[25]
Anche la giurisprudenza ha tentato di contenere l'ambiguità applicativa della norma.[26]
In più occasioni, i giudici di merito hanno cercato di delimitare il perimetro del reato, nel rispetto del principio di tassatività.[27]
Decisiva, in tal senso, è stata una pronuncia della Cassazione secondo cui la violazione di una norma secondaria può integrare abuso d'ufficio solo se essa costituisce una specificazione tecnica di un precetto già chiaramente delineato dalla fonte primaria. [28]
In questo scenario si inserisce la discussa Riforma Nordio, che ha scelto di non intervenire sulla definizione della fattispecie, ma di procedere alla sua abrogazione, eliminando l'art. 323 c.p. dall'ordinamento penale.[29]

---

[25] In argomento, *ex multis*, C. Cudia, *Appunti su abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: un'alternativa (interpretativa) alla abrogazione dell'art. 323 c.p. sarebbe stata possibile*, in *Sist. Pen.*, 29.7.2024; M.T. D'Urso, *Riflessioni sulla proposta di abolizione del reato di abuso d'ufficio e la c.d. "paura della firma"*, in *Riv. cor. con.*, vol. 6, 2023, p. 53 ss.; G.L. Gatta, *L'annunciata riforma dell'abuso di ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Sist. Pen.*, 5/2023, 168 ss.; B. Musolino, *Prospettive per una nuova riforma dell'abuso d'ufficio: è l'abrogazione dell'art. 323 c.p. la soluzione definitiva per superare la "paura della firma*"?, in *Pen. dir. proc.,* 2023; M. Romanelli, *L'insostenibile leggerezza della paura (della firma), in Sistema Penale*, fascicolo 2/2023.

[26] Il riferimento è a C. Cost., 18 gennaio 2022, n. 8: "*una delle principali cause della sempre maggiore diffusione del fenomeno che si è soliti designare come burocrazia difensiva*" (…) "*i pubblici funzionari si astengono dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta 'paura della firma')*" (…) "*il solo rischio, ubiquo e indefinito, del coinvolgimento in un procedimento penale, con i costi materiali, umani e sociali (per il ricorrente clamore mediatico) che esso comporta, basta a generare un 'effetto di raffreddamento', che induce il funzionario a imboccare la via per sé più rassicurante*", con inevitabili "*riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa, specie nei procedimenti più delicati*".

[27] C. Pagella*, L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della Corte di cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 sentenze*, in *Sist. Pen.*, 6/2023, 229 ss.

[28] Cass. Pen., Sez. VI, 18 gennaio 2024, n. 2314

[29] G. Pangher*, È stato definitivamente approvato il DDL Nordio, in Iuspenale,* (Il penalista),

Tale scelta, lungi dal rappresentare un semplice intervento tecnico, ha riaperto un confronto profondo sull'equilibrio tra garanzie e repressione.
Se da un lato l'abrogazione ha risposto all'esigenza di porre fine all'incertezza interpretativa e agli effetti paralizzanti sulla pubblica amministrazione, dall'altro ha sollevato dubbi circa la capacità dell'attuale sistema repressivo di colmare il vuoto lasciato da una norma che, pur problematica, svolgeva una funzione di presidio contro l'uso distorto della funzione pubblica.
Il dibattito rimane aperto tra chi considera l'abrogazione un passo necessario per superare l'"effetto di raffreddamento" e chi, al contrario, ne denuncia i possibili riflessi regressivi sul piano della tutela dell'interesse pubblico. [30]
A ciò si aggiunge una questione di rilievo sovranazionale. Dopo la riforma del 1990, il legislatore italiano ha abrogato la figura del peculato per distrazione, mantenendo solo quella appropriativa prevista dall'art. 314 c.p.[31]
Tuttavia, con l'adozione della Direttiva (UE) 2017/1371 (cd. Direttiva PIF), l'Unione Europea ha imposto agli Stati membri l'introduzione di strumenti penalistici efficaci per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, includendo espressamente anche le ipotesi di distrazione di risorse pubbliche.
In assenza di un adeguamento legislativo tempestivo, è stata la giurisprudenza nazionale a colmare il vuoto, ricorrendo a un'interpretazione estensiva dell'art. 323 c.p., per ricondurre tali condotte sotto la fattispecie dell'abuso d'ufficio, in un'ottica di conformità al diritto europeo e per evitare procedure d'infrazione.[32]
Tuttavia, con l'approvazione della legge n. 114 del 2024, che ha abrogato l'art. 323 c.p., il rischio di disallineamento rispetto agli obblighi comunitari si è nuovamente acuito. Per evitare frizioni con l'ordi-

---

15 luglio 2024; R. Ramponi*, Il lamento funebre, le prefiche e l'abrogazione del delitto d'abuso di ufficio*, in www.dirittodidifesa.eu, 23 luglio 2024.

[30] J. Calafiore, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio: una riforma rincorsa per anni, in Edizione Simone*, 10 luglio 2024; M. Parodi Giusino, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, in *Leg. pen.,* 2024; B. Romano*, La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro, in Leg. pen.*, 2023.

[31] F. Palazzo, *Ai confini tra peculato ed abuso di ufficio: la condotta di distrazione nelle attuali proposte di riforma, in La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di Stile, Napoli, 1987, 206; G.J. Sicignano, *Il peculato mediante distrazione,* in *Archivio Penale*, 17 ss..

[32] Cfr., Cass. pen., Sez. VI, n. 4520 del 23 ottobre 2024; Cass. pen., Sez. I, n. 5041 del 10 gennaio 2025.

namento europeo, il Governo è intervenuto in sede di conversione del decreto-legge n. 92 del 2024, introducendo una nuova figura di reato, disciplinata dall'art. 314-*bis* c.p., che reintroduce la punibilità della distrazione di risorse pubbliche, in conformità ai precetti della Direttiva PIF e agli obblighi di armonizzazione europea.[33]

4. Una vecchia conoscenza…l'articolo 314-*bis* c.p.

L'art. 314-*bis* c.p., introdotto in occasione della recente revisione normativa attuata mediante la legge di conversione del d.l. n. 92 del 2024, delinea una nuova ipotesi delittuosa riconducibile alla condotta di distrazione di risorse pubbliche, collocandosi al di fuori del perimetro applicativo dell'art. 314 c.p., che disciplina il peculato in senso propriamente appropriativo.
La fattispecie incriminatrice prende di mira il pubblico ufficiale, ovvero l'incaricato di pubblico servizio, che, disponendo di beni mobili o somme di denaro in ragione dell'ufficio rivestito o del servizio prestato, ne disponga per finalità divergenti rispetto a quelle specificamente delineate da fonti normative primarie o da atti aventi forza di legge, caratterizzati da un contenuto interamente vincolato e insuscettibile di margini valutativi o discrezionali.[34]
A integrare il reato è inoltre richiesto che tale deviazione persegua intenzionalmente l'ottenimento di un vantaggio patrimoniale indebito, proprio o altrui, ovvero cagioni un pregiudizio ingiusto ad altri soggetti.[35]
Con questo intervento, il legislatore ha voluto preservare, seppur in modo residuale e selettivo, una parte dell'impianto originario dell'abuso d'ufficio, oggi abrogato, riprendendo in parte espressioni e

---

[33] Al riguardo, si veda C. Corsaro e M. Zambrini, *Il recepimento della Direttiva PIF e le novità in materia di reati contro la pubblica amministrazione e reati tributari. L'ulteriore ampliamento dei reati presupposto per la responsabilità degli enti*, in *Giurisprudenza Penale*, 21 luglio 2020.
[34] Sul tema, L. Della Ragione*, La rilevanza penale dell'abuso distrattivo tra abrogazione dell'abuso d'ufficio e nuovo art. 314-bis c.p.*, in Altalex, 30 agosto 2024; S. Seminara, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, in *Sist. Pen.,* 19.7.2024.
[35] L'articolo 314-*bis*, in seguito alla riforma, recita testualmente: "*Fuori dei casi previsti dall'articolo 314, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.*"

concetti già presenti nel vecchio art. 323 c.p. — norma che, com'è noto, è stata oggetto di molte critiche da parte della dottrina per la sua scarsa efficacia pratica e per l'incertezza interpretativa che la caratterizzava.
Tuttavia, considerando che i casi in cui l'azione del pubblico ufficiale è completamente vincolata dalla legge, senza margini di valutazione, sono rari e limitati alla semplice esecuzione di obblighi giuridici, la nuova fattispecie ha un campo di applicazione molto ristretto, risultando uno strumento sanzionatorio strutturalmente limitato sia dal punto di vista teorico che pratico.[36]

4.1 Il confine tra peculato ed abuso d'ufficio: tra dottrina ed un caso giurisprudenziale celebre

La riforma del 1990, nel rivedere l'architettura dell'art. 314 c.p., ha eliminato il riferimento esplicito alla "*distrazione a profitto proprio o altrui*", senza tuttavia determinare una formale espunzione della relativa fattispecie dal paradigma incriminatore del peculato.
Tale intervento ha comportato una rimodulazione interna dell'area applicativa della norma, favorendo un processo di riespansione della forma appropriativa del reato. [37]
In tale prospettiva, l'utilizzo del bene pubblico per finalità estranee a quelle giuridicamente imposte dal titolo legittimante il possesso si configura come espressione di un potere di fatto assimilabile a quello dominicale, e dunque idoneo a integrare una forma di impossessamento del bene stesso.
Parallelamente, con l'eliminazione del riferimento alla distrazione

---

[36] La norma subordina l'illiceità della condotta alla violazione di disposizioni normative puntuali, o di atti ad esse equiparati, che non lasciano alcun margine di discrezionalità al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio.
Tralasciando l'assenza di un richiamo ai regolamenti – previsto invece dal previgente art. 323 c.p. – e l'uso ridondante dell'aggettivo "specifiche" per qualificare le disposizioni di legge (ci si potrebbe domandare, infatti, quando una norma che disciplina l'impiego di risorse pubbliche non debba ritenersi tale), ciò che emerge chiaramente è che l'area di rilevanza penale della condotta risulta più ristretta rispetto a quella dell'abrogato abuso d'ufficio. Il precetto, infatti, mira a colpire solo determinati comportamenti distorsivi dell'agente pubblico, individuandoli attraverso un criterio particolarmente selettivo e atipico.

[37] Si veda F. Palazzo, *Ai confini tra peculato ed abuso di ufficio: la condotta di distrazione nelle attuali proposte di riforma, cit.,* 206; L. Carinelli, *Appunti sul concetto di "distrazione" nel delitto di peculato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1966, 541.

dall'art. 314 c.p., la giurisprudenza ha individuato, almeno sino alla recente riforma, margini di sussunzione di tali condotte nell'ambito dell'art. 323 c.p., relativo all'abuso d'ufficio, valorizzando in tale ricostruzione la risposta sanzionatoria meno afflittiva, atteso che la pena edittale massima prevista per l'abuso d'ufficio coincideva con la soglia minima stabilita per il peculato.
Secondo un orientamento interpretativo ormai consolidato, invero, le condotte distrattive connotate da finalità di profitto personale, che non comportino tuttavia la perdita del bene da parte della pubblica amministrazione né un danno patrimoniale diretto a suo carico, ricadono nel perimetro dell'art. 323 c.p., e non integrano gli estremi del peculato, in quanto carenti del requisito dell'impossessamento definitivo. [38]
In un caso esaminato dalla Corte d'Appello di Milano, confermativo della decisione di primo grado resa dal Tribunale del medesimo distretto, veniva riconosciuta la responsabilità penale per il reato di peculato continuato in capo a un agente scelto della Polizia di Stato, addetto al presidio fisso presso un istituto ospedaliero.
L'imputato, in tredici distinte occasioni, aveva utilizzato il fax in dotazione all'ufficio per l'invio di documentazione attinente a pratiche infortunistiche in favore di uno studio privato, con il quale egli collaborava informalmente, unitamente al proprio suocero.
Avverso tale pronuncia, la difesa dell'imputato proponeva ricorso per cassazione, sollevando plurime censure in punto di diritto.
In particolare, veniva dedotta l'insussistenza dell'elemento materiale del reato di peculato, per difetto di un danno patrimoniale concretamente apprezzabile in capo alla pubblica amministrazione, stante la natura oggettivamente modesta della condotta contestata.
Si contestava, inoltre, la riconducibilità del fatto nell'alveo del peculato d'uso, configurazione che la giurisprudenza di legittimità ha tradizionalmente escluso in relazione all'utilizzo improprio di apparati telefonici o di strumenti analoghi, ritenendo non realizzabile, in tali casi, l'appropriazione definitiva del bene pubblico — intesa come sottrazione con correlata perdita del possesso da parte della pubblica amministrazione — ove si tratti di beni immateriali e consumabili.
La questione sottoposta al vaglio della Suprema Corte si colloca all'intersezione tra la problematica del peculato in relazione a beni a

[38] In tale alveo ermeneutico si inscrive la pronuncia della Cassazione penale, sez. VI, 23 gennaio 2018, n. 19484

consumo istantaneo o immateriale e il principio di offensività, nella sua declinazione patrimoniale, con particolare riguardo alla soglia di rilevanza penale in presenza di un pregiudizio economicamente trascurabile.
Al riguardo, il giudice della nomofilachia, Sesta Sezione Penale, ha statuito che l'utilizzo, da parte di un pubblico dipendente, di strumenti o risorse dell'amministrazione per finalità estranee a quelle istituzionali può integrare gli estremi del delitto di abuso d'ufficio, qualora sussistano le ulteriori condizioni richieste dalla fattispecie. [39]
Invero, proseguono gli Ermellini, l'indebito impiego di mezzi funzionali all'esercizio dell'ufficio pubblico — in assenza di un'effettiva appropriazione e della correlativa perdita del bene in capo alla pubblica amministrazione — ricade nell'ambito dell'art. 323 c.p., piuttosto che nel più grave reato di peculato.[40]
L'abuso si configura, dunque, anche in presenza di condotte apparentemente minori, quali l'uso non autorizzato di beni o strumenti dell'amministrazione, purché tali condotte siano funzionali al perseguimento di finalità personali e si pongano in contrasto con obblighi derivanti da norme di natura imperativa, come quelli di imparzialità, correttezza e lealtà che governano l'agire del pubblico agente.
Orbene, la condotta del dipendente pubblico che si avvalga indebitamente di beni pubblici senza che ciò comporti la sottrazione definitiva degli stessi o una lesione economicamente valutabile per la pubblica amministrazione integra gli estremi del delitto di cui all'abrogato articolo 323 c.p.
Nel caso in esame, la condotta dell'imputato, seppur non produttiva di un depauperamento patrimoniale immediatamente quantificabile,

---

[39] Cassazione penale, sez. VI, sentenza 30/05/2016 n° 22800: nella specie, la Suprema Corte ha sottolineato che «*integra il delitto di abuso d'ufficio la condotta del pubblico dipendente di indebito uso del bene che non comporti la perdita dello stesso e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell'avente diritto*».
Tale principio è orientamento consolidato da numerose decisioni giurisprudenziali in materia di uso indebito della connessione Internet; tra le altre, si segnala la sentenza della Corte di Cassazione dell'8 agosto 2013, n. 34524.
[40] Si consiglia, in argomento, anche una lettura della sentenza della Corte di Cassazione, Sezione IV, del 3 aprile 2015, n. 14040, relativa all'impiego di un veicolo di servizio per finalità personali. La Suprema Corte, invero, ha sottolineato che il superamento della soglia della rilevanza penale richiede comunque la presenza di un'offesa concreta, che – nel caso del peculato d'uso – si configura attraverso la produzione di un danno significativo al patrimonio della pubblica amministrazione o di terzi, oppure mediante una condotta che comprometta in modo concreto l'efficienza dell'ufficio.

si poneva in chiaro contrasto con i doveri funzionali del pubblico ufficiale, e risultava finalizzata a procurare un indebito vantaggio economico.[41]
Ne consegue la corretta qualificazione giuridica della fattispecie alla stregua del reato di abuso d'ufficio, commesso nella piena consapevolezza della violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e fedeltà che devono improntare l'esercizio della funzione pubblica.

5. Il rapporto tra nuovo art.314-*bis* e l'abrogato art. 323 c.p.

Le condotte aventi natura distrattiva, le quali, in epoca antecedente all'intervento abrogativo, risultavano ordinariamente inquadrate nella fattispecie di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., a seguito della soppressione di tale norma, risultano oggi- solo parzialmente-riconducibili al nuovo delitto di indebita destinazione di denaro o beni pubblici, disciplinato dall'art. 314-*bis* c.p.[42]
Tale novella legislativa ha determinato un rilevante ridimensionamento dell'ambito di rilevanza penale di condotte che, pur ledendo interessi pubblici e integrando deviazioni rispetto alla funzione tipica del pubblico agente, non rientrano più nei confini normativi delle residue fattispecie delittuose previste dal codice penale. [43]
In particolare, talune condotte che, sebbene prive di un'effettiva appropriazione della *res*, configuravano una deviazione funzionale rispetto ai doveri d'ufficio e, dunque, risultavano penalmente rilevanti sotto il previgente art. 323 c.p., oggi, in mancanza di uno specifico inquadramento normativo, risultano escluse dall'area della punibilità.
Esse, infatti, non possono essere ricondotte né all'art. 314 c.p., che richiede una concreta appropriazione del bene da parte del pubblico ufficiale, né, in alcuni casi, all'art. 314-*bis* c.p., il cui ambito applicativo si presenta significativamente più ristretto.
Non si è dunque al cospetto di una classica ipotesi di *abrogatio sine*

---

[41] In dottrina, cfr. S. Marani, *Uso del fax del lavoro per fini personali: è abuso d'ufficio, non peculato*, in *Altalex*, 6 luglio 2016.
[42] Cfr. D. Micheletti, *La "distrazione" gioca brutti scherzi*, in *disCrimen*, 2024, 2 ss.; M. Gambardella, *Peculato, abuso d'ufficio e nuovo delitto di "indebita destinazione di denaro o cose mobili" (art. 314-bis c.p.). i riflessi intertemporali del decreto legge n. 92/2024*, in *Sist. Pen.*, 17.7.2024;
[43] Cfr., *ex multis*, G.L. Gatta, *Morte dell'abuso d'ufficio, recupero in zona cesarini del "peculato per distrazione" (art. 314-bis c.p.) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della Direttiva UE 2017/1371*, in *Sistema Penale*, 10 luglio 2024; L. Pulito, *Prospettive de jure condendo*, in *Il processo penale per i delitti contro la pubblica amministrazione*.

abolitione, in cui la disposizione abrogata trova continuità normativa in altra fattispecie penale, bensì di un'autentica abrogazione con effetti sostanziali, la quale ha determinato l'eliminazione dal sistema penale di una serie di condotte prima sanzionate e ora totalmente depenalizzate.
Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che, successivamente all'introduzione dell'art. 314-*bis* c.p., devono ritenersi tuttora sussumibili nel delitto di peculato ex art. 314 c.p. esclusivamente quelle condotte distrattive che si concretizzano in una vera e propria appropriazione della cosa pubblica da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio. [44]
Viceversa, le condotte riconducibili al mero mutamento della destinazione legale di denaro o di altri beni mobili appartenenti alla pubblica amministrazione – condotte che, prima della riforma, rientravano nel paradigma dell'abuso d'ufficio – risultano oggi sanzionabili, se ed in quanto ne ricorrano gli estremi, ai sensi della nuova disposizione di cui all'art. 314-*bis* c.p., con un conseguente e significativo restringimento del perimetro della responsabilità penale.

6. Le conseguenze della riforma: un vuoto di tutela

L'abrogazione dell'art. 323 c.p. ha determinato una rilevante riconfigurazione dell'intero sistema dei reati contro la pubblica amministrazione, comportando un significativo arretramento della soglia di rilevanza penale per condotte che, pur denotando un uso distorto della funzione pubblica, non risultano più sussumibili nelle fattispecie incriminatrici vigenti. Ne consegue che numerosi comportamenti, anche gravi sotto il profilo etico-istituzionale — come l'adozione di decisioni finalizzate a favorire indebitamente terzi o, al contrario, a danneggiare individui specifici — non sono più penalmente perseguibili in assenza della prova di un accordo corruttivo, della dazione di denaro o dell'appropriazione del bene pubblico.[45]
Particolarmente emblematica, in questo senso, è l'ipotesi della manipolazione dell'esito di un concorso pubblico, qualora manchi la dimostrazione di un *pactum sceleris* o della promessa di utilità: condotte che, pur rappresentando un evidente vulnus ai principi di im-

[44] Cass Pen., Sez. VI, 4 febbraio 2025, n. 4520
[45] R. Ramponi*, Il lamento funebre, le prefiche e l'abrogazione del delitto d'abuso di ufficio*, *cit.*; A.G. Rispoli, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio: dubbi di legittimità costituzionale*, in *Sistema Penale*, 28 febbraio 2025.

parzialità e meritocrazia, restano oggi penalmente irrilevanti.
A colmare, almeno in parte, il vuoto lasciato dall'abrogazione dell'abuso d'ufficio, come visto, è intervenuto il nuovo art. 314-*bis* c.p.[46]
La nuova norma richiede che la deviazione dall'uso legittimo persegua l'ottenimento di un vantaggio patrimoniale indebito, proprio o altrui, ovvero cagioni un pregiudizio ingiusto ad altri soggetti, contribuendo a definire un ambito di operatività strutturalmente selettivo.[47]
Ciò riflette la tendenza attuale del legislatore a contenere l'espansione del diritto penale, affidando la tutela degli interessi pubblici principalmente al giudice amministrativo o civile. Se questo assetto risponde all'intento di evitare derive punitive eccessive, esso rischia tuttavia di indebolire i meccanismi di responsabilizzazione dell'agente pubblico, lasciando prive di risposta sanzionatoria condotte gravemente incompatibili con i valori costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione. Del resto, le ipotesi in cui l'azione amministrativa sia interamente vincolata da norme prive di margini valutativi restano estremamente limitate, con la conseguenza che la nuova fattispecie si presenta, tanto in teoria quanto in pratica, come uno strumento sanzionatorio a portata fortemente ridotta.

7. Le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale e la decisione della Consulta.

La Sesta Sezione Penale della Corte di Cassazione, in data 21 febbraio 2025, dubita della legittimità costituzionale della norma che ha abrogato l'articolo 323 del codice penale.[48]
Prima di entrare nel merito, la Corte si è soffermata su due ostacoli procedurali fondamentali, la cui analisi è di grande interesse per gli operatori del diritto.

---

[46] In tal senso, v. A. Ciccia Messina, *Resta un mini-abuso d'ufficio*, in *ItaliaOggi*, 6 luglio 2024, 23; F. Giunta*., La scomparsa dell'abuso d'ufficio e il ritorno del peculato per distrazione, in PQM, Il Riformista, 20 luglio 2024*; M. Gambardella*, L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio", in SP,* 26 settembre 2023, p. 4

[47] L. Della Ragione, *op. cit.*

[48] Cass. Sez. VI, ord. 21.2.2025 (dep. 7.3.2025). Tra le ordinanze dei giudici di merito, *ex multis*, Trib. Firenze, ord. del 24 settembre 2024; Trib. Locri, ord. del 30 settembre 2024; Trib. Busto Arsizio, ord. del 21 ottobre 2024; Trib. Bolzano, ord. dell'11 novembre 2024; Trib. Teramo, ord. del 22 novembre 2024.

Il primo scoglio è il consolidato principio secondo cui non sono ammissibili questioni di costituzionalità che mirino a ripristinare una norma incriminatrice abrogata. Ciò osta con la riserva di legge in materia penale sancita dall'articolo 25 della Costituzione.
Tuttavia, la Cassazione supera brillantemente questo ostacolo richiamando la stessa giurisprudenza della Consulta.[49]
La Corte Costituzionale, invero, ha ammesso delle eccezioni a tale principio, e il caso di specie rientrerebbe in una di queste: la violazione di obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi degli articoli 11 e 117, primo comma, della Costituzione.
Il ragionamento della Cassazione risponde a un vincolo costituzionale: non si è sollecitata la Corte costituzionale a operare una scelta di politica criminale in luogo del legislatore, bensì a espungere una norma – quella abrogatrice – ritenuta costituzionalmente illegittima. In effetti, nessun giudice a quo potrebbe domandare alla Consulta di sostituirsi al Parlamento nell'esercizio del potere legislativo.
L'effetto che ne sarebbe derivato non sarebbe la creazione di una nuova fattispecie, ma la reviviscenza della norma precedente, l'art. 323 c.p., che fu validamente posta in essere dal legislatore e che, secondo la Corte, non poteva essere, se non incostituzionalmente, rimossa.
Questo effetto *in malam partem* sarebbe dunque una conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem*.
La seconda questione preliminare è la rilevanza. La Corte argomenta che la questione è palesemente rilevante, poiché dalla sua risoluzione dipende l'esito del giudizio *a quo*. Se la norma abrogatrice fosse stata dichiarata incostituzionale, l'art. 323 c.p. sarebbe tornata applicabile ai fatti commessi sotto la sua vigenza, come quelli del processo in esame.
La Corte, citando la famosa sentenza n. 49 del 1970 della Consulta e le Sezioni Unite *Gatto*, ribadisce un principio cruciale: la declaratoria di illegittimità costituzionale non è un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo, ma un accertamento di un vizio originario. La norma incostituzionale cessa di avere efficacia *ex tunc*, rendendo impossibile la sua applicazione a qualsiasi fatto, anche passato.
Infine, la Corte esclude la via dell'interpretazione costituzionalmente conforme, dato il tenore letterale inequivocabile della legge del 2024, che sancisce una pura e semplice abrogazione.[50]

---

[49] In particolare, il riferimento è alla sentenza della Corte Cost, num. 37 del 2019.

[50] Alcuni giudici di merito, inoltre, hanno contestato l'abrogazione del reato di abuso

Superati gli scogli procedurali, entriamo nel merito del dubbio di costituzionalità. La Cassazione ha fondato la sua intera argomentazione sulla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC), adottata a Merida nel 2003 e ratificata dall'Italia con la Legge n. 116 del 2009.[51]

A una prima lettura, l'argomento potrebbe sembrare debole. L'articolo 19 della Convenzione, dedicato all'abuso d'ufficio, non impone un obbligo di criminalizzazione tassativo: esso, infatti, utilizza la formula *shall consider adopting* (ciascuno Stato Parte *esamina* l'adozione...), che la stessa *Legislative Guide* della Convenzione qualifica come un "*optional requirement*, un gradino sotto l'obbligo perentorio *shall adopt*, previsto per altri reati come la corruzione. Questo obbligo impone solo uno *sforzo genuino* di valutazione della compatibilità con il proprio ordinamento.

Qui emerge la vera forza del ragionamento della Corte. L'obbligo internazionale violato non sarebbe quello, *debole*, di introdurre il reato previsto dall'art. 19, ma un obbligo più ampio e sistemico che pervade l'intera Convenzione: l'obbligo di mantenere in vita un sistema efficace di prevenzione e contrasto alla corruzione.

La Cassazione ha spostato il focus dall'art. 19 a una lettura congiunta con altri articoli chiave della Convenzione, in particolare:

articolo 5, che impegna gli Stati a perseguire e sviluppare politiche

d'ufficio anche alla luce dell'articolo 97 della Costituzione, ritenendo che essa comprometta i principi di buon andamento e imparzialità che devono guidare l'azione amministrativa. Secondo tale impostazione, l'eliminazione della norma incriminatrice priverebbe l'ordinamento di un presidio giuridico fondamentale per sanzionare comportamenti autoritari e devianti da parte dei pubblici ufficiali, con un impatto potenzialmente negativo sull'efficacia delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione.

[51] In dottrina Gatta G.L., *Abolizione dell'abuso d'ufficio: a Firenze una prima ordinanza di rimessione alla Consulta. Esiste un obbligo convenzionale di non decriminalizzazione (o di* standstill*)?,* in *Sistema penale,* 2024; G.M. Ruotolo, *L'abrogazione del reato di abuso d'ufficio alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione. Alcune brevi considerazioni internazionalistiche*, in *www.sistemapenale.it*, 19 dicembre 2024.

Sul rapporto tra diritto penale e fonti sovranazionali, *ex multis*, L.-Stortoni G.S. Califano, *Ex falso sequitur quodlibet: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 2023; V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali,* DIKE Giuridica Editrice, Roma, 2012, p. 112: F. Viganò, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali,* in *Studi in onore di Mario Romano,* vol. IV, Jovene, Napoli, 2011, p. 2645 ss.; Id., *Obblighi convenzionali di tutela penale?,* in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano,* a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 2011, 243 ss.; Id., *Dal "diritto penale dello Stato" al "diritto penale sovranazionale"*, in *Sistema penale,* 2024.

di prevenzione efficaci, basate su trasparenza, integrità e responsabilità.
L'articolo **7**, che impone di adottare sistemi per promuovere la trasparenza e prevenire i conflitti di interesse nel settore pubblico.
La Convenzione, quindi, non si limita a chiedere di criminalizzare, ma obbliga gli Stati a mantenere gli standard di tutela raggiunti (*shall maintain*, come si legge nel testo inglese).
Il punto centrale è questo: l'Italia, avendo da tempo nell'ordinamento il delitto di abuso d'ufficio, si era già conformata agli obiettivi della Convenzione, dotandosi di uno strumento penale che sanzionava proprio le condotte di abuso funzionale e le violazioni dei doveri di astensione in caso di conflitto di interessi, elementi centrali per la prevenzione della corruzione.
Orbene, secondo la Corte, l'abrogazione dell'art. 323 c.p., rappresenta una regressione ingiustificata.
È una violazione dell'obbligo di mantenimento, poiché smantella un presidio fondamentale del sistema anti-corruzione senza che tale vuoto sia stato compensato da meccanismi alternativi (amministrativi, disciplinari o contabili) di pari efficacia.
La Corte, infatti, analizza e critica l'insufficienza dei sistemi preventivi e disciplinari esistenti, giudicandoli frammentari e non in grado di assicurare una tutela adeguata.
I casi concreti oggetto dei ricorsi – che spaziano da favoritismi nei concorsi pubblici a nomine arbitrarie e conflitti d'interesse – mostrano quanto l'abrogazione dell'art. 323 c.p. abbia sollevato preoccupazioni.
Nonostante ciò, la Corte non ha potuto accogliere le censure.[52]
La Corte, infatti, nel riconoscere non fondata la questione di legittimità costituzionale, non ha "promosso" la legge, né ha sminuito le sue criticità: ha semplicemente escluso che essa violi principi costituzionali, senza però legittimare le scelte politiche del legislatore, che restano nella sua esclusiva responsabilità.
In materia penale, infatti, vige la riserva assoluta al legislatore: la

[52] Al riguardo, si consiglia la lettura del contributo di R. Cantone- G.L. Gatta, *Abuso d'ufficio. Il problema resta*, in *Sistema Penale*, 14 maggio 2025. Al riguardo, gli autori affermano: "*L'abolizione dell'abuso d'ufficio non è incostituzionale perché tale obbligo non esiste, essendovi, invece, ad oggi, sul piano internazionale, una mera facoltà. I problemi legati all'abolizione dell'abuso d'ufficio però restano e la Corte non ha potuto far valere il contrasto con altri principi, quali l'imparzialità della pubblica amministrazione. Aveva le mani legate. Piaccia o meno, queste sono le regole del gioco e così sono regolati i rapporti tra poteri dello Stato.*"

Consulta può dichiarare incostituzionale una legge solo se contrasta con obblighi internazionali vincolanti.
Nel caso dell'abuso d'ufficio, è stato escluso che la Convenzione ONU contro la corruzione imponga la sua previsione come reato, trattandosi di una mera facoltà. [53]
La Corte ha però ribadito un principio rilevante: una legge abrogativa può essere incostituzionale se viola impegni internazionali cogenti. Non era questo il caso, ma lo scenario potrebbe cambiare con futuri interventi su reati come la tortura o il traffico di influenze illecite, su cui esistono obblighi precisi.

8. Riflessioni conclusive

L'abrogazione dell'abuso d'ufficio non segna soltanto la fine di una fattispecie penale controversa, ma evidenzia una frattura più profonda: quella tra la domanda sociale di legalità e la capacità dell'ordinamento di offrire risposte efficaci, proporzionate e costituzionalmente orientate.
La scelta di espungere l'art. 323 c.p. dal sistema penale, pur motivata da esigenze di certezza e di tutela dell'azione amministrativa, rischia di generare un vuoto di tutela proprio là dove l'arbitrio non assume forme macroscopiche, ma si manifesta nei dettagli opachi dell'esercizio del potere.
Se da un lato si registra una maggiore serenità per i funzionari pubblici, dall'altro lato si paventa il rischio di "lasciar scoperte" ipotesi di comportamenti arbitrari che non integrano altre fattispecie penali.
La storia dell'abuso d'ufficio in Italia riflette le tensioni tra esigenze di repressione dell'arbitrio, garanzia dell'efficienza amministrativa e tutela delle libertà individuali dei funzionari pubblici. Dalla formulazione ampia del 1930, passando per le riforme del 1990, del 1997 e del 2020, fino all'abrogazione del 2024 e all'intervento della Corte

[53] Nel riconoscere non fondata la questione di legittimità costituzionale, invero, specifica la Consulta: "*In esito all'udienza pubblica svoltasi ieri, la Corte ha esaminato in camera di consiglio le questioni di legittimità costituzionale sollevate da quattordici autorità giurisdizionali, tra cui la Corte di cassazione, sull'abrogazione del reato di abuso d'ufficio ad opera della legge numero 114 del 2024. La Corte ha ritenuto ammissibili le sole questioni sollevate in riferimento agli obblighi derivanti dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (la cosiddetta Convenzione di Merida). Nel merito, la Corte ha dichiarato infondate tali questioni, ritenendo che dalla Convenzione non sia ricavabile né l'obbligo di prevedere il reato di abuso d'ufficio, né il divieto di abrogarlo ove già presente nell'ordinamento nazionale.*"

Costituzionale del 2025, emerge la costante ricerca di un equilibrio tra legalità, certezza del diritto e tutela degli interessi pubblici.
L'abrogazione, in tal senso, non risolve il problema: lo rimuove.
Nel nuovo assetto, la sfida non consiste nel sostituire la sanzione penale con altri strumenti ma nel ripensare la funzione della responsabilità pubblica in uno Stato di diritto.
Né la sola giustizia amministrativa, né il controllo contabile, né tantomeno un generico richiamo alla trasparenza possono supplire all'assenza di un presidio normativo che, pur tra mille ambiguità, segnalava un limite.
Che cosa segnerà d'ora in poi quel limite? La risposta resta aperta, ma non può essere elusa.

Il futuro del *greenwashing*: uno sguardo alla normativa europea e nazionale

Davide Cesiano
Professore a contratto di Diritto delle imprese ("*Università degli Studi di Napoli Federico II*"- *Scuola di specializzazione per le professioni legali*).

Abstract

Il progressivo deterioramento delle condizioni ambientali del nostro pianeta ed il susseguirsi di fenomeni ambientali estremi, con conseguenze spesso devastanti per le economie dei paesi colpiti, hanno contribuito a rafforzare la sensibilità verso la sostenibilità ambientale sia a livello istituzionale con l'adozione di politiche «*green*» che dei singoli consumatori con scelte di acquisto più mirate sotto il profilo della sostenibilità ambientale.
L'articolo si occupa del fenomeno del *greenwashing*, cercando di inquadrarne le origini e l'attuale definizione. L'articolo si sofferma sulla nuova legislazione europea in materia con la Direttiva (UE) 2024/825, approvata in data 28 febbraio 2024 e che andrà recepita dagli Stati entro il 27 marzo 2026, diretta ad indirizzare il mercato verso scelte più sostenibili da un punto di vista ambientale e che mira a contrastare il *greenwashing*. L'articolo delinea l'attuale quadro normativo interno in materia di *greenwashing*, richiamando anche la più recente giurisprudenza.

The progressive deterioration of the environmental conditions of our planet and the succession of extreme environmental phenomena, with often devastating consequences for the economies of the affected countries, have contributed to strenghtening the sensitivity towards environmental sustainability both at an institutional level with the adoption of «green» policies and of individual consumers with more targeted purchasing choices from the point of view of environmental sustainability.
The article deals with the phenomenon of greenwashing, trying to frame its origins and current definition. The article focuses on the new European legislation on the matter with Directive (EU) 2024/825, approved on 28 February 2024 and which will be implemented by the Member States by 27 March 2026, aimed at guiding the market towards more environmentally sustainable choices and combating the phenomenon of greenwashing. The article outlines the current internal regulatory framework on greenwashing, also recalling the most recent case law.

Sommario: 1. Il fenomeno del *greenwashing*: origini e definizione **2.** Il *greenwashing* e la nuova Direttiva europea n. 825 del 28 febbraio 2024: il punto di approdo di una interpretazione evolutiva delle norme sulle pratiche commerciali scorrette **3.** L'attuale disciplina del *greenwashing* in Italia e gli scenari futuri **4.** L'intervento della giurisprudenza nel contrasto alla diffusione delle pratiche di *greenwashing*: gli orientamenti più recenti **5.** Considerazioni conclusive.

1. Il fenomeno del *greenwashing*: origini e definizione

Non c'è campagna pubblicitaria al giorno d'oggi, nella quale non sia presente il termine *green:* ogni prodotto è ammantato dalle caratteristiche verdi e di sostenibilità che dovrà possedere. Si parla ormai con troppa leggerezza di *green economy*, *green bonds*[1] e finanza sostenibile. Basti ricordare che finanche il documento che, durante la pandemia, permetteva di spostarsi e di potere continuare a condurre una vita sociale, era *green*. Sembra che il termine *green* sia diventato un *passe-partout per risolvere ogni problema.*

Le imprese debbono contemperare in maniera crescente gli interessi dei propri *stakeholder* che non si accontentano più che l'azienda consegua risultati positivi in termini economici e finanziari, ma vogliono che la stessa si impegni anche per salvaguardare l'ambiente esterno inteso nella doppia accezione di ecosistema e di comunità in cui l'azienda è inserita, anzi, con termine più carico di suggestione, vive.

In questo contesto, il fenomeno del *greenwashing* e la sua regolamentazione giuridica sono divenuti oggetto di accesi dibattiti[2]. Sotto

---

[1] I *green bonds* sono a tutti gli effetti un'emissione obbligazionaria con peculiari caratteristiche che ne contraddistinguono la natura: sono titoli di debito emessi per il finanziamento di progetti volti a generare ricadute positive in termini di impatto ambientale. V. sull'argomento P. De Gioia Carabellese, S. Davini, *Derivati sostenibili, "greenwashing" e tutela legale; dallo "Stakeholder" al "greenstakeholder*", in *Ambientediritto.it*, 2021, 3, 16 ss., i quali si occupano della tutela dell'investitore leso da informazioni fuorvianti sulla natura dell'investimento, con riferimento specifico al mercato dei derivati sostenibili. Affermano gli autori: «qualora il greenwashing incida sulle condizioni di offerta o collocamento di uno strumento o prodotto finanziario, l'investitore che a causa di quel tipo di irregolarità informativa, subisca un danno, potrà senz'altro azionare rimedi risarcitori contro chi ha emesso o distribuito il predetto strumento o prodotto (ed anche verso chi abbia certificato la bontà degli impegni ed obiettivi ecosostenibili esposti nei relativi documenti di offerta o sottoscrizione)».

[2] In termini non esaustivi cfr. B. Pozzo, *I green claims, l'economia circolare e il ruolo dei consumatori nella protezione dell'ambiente: le nuove iniziative della Commissione UE*, in *Riv. giur. amb.*, 2020, 707; G. Marcatajo, *Trasparenza del mercato, tutela del consumatore e green washing*, in *Jus-online*, 2022, 6, 192; A. Troisi, *Enforcement e normative di contrasto al fenomeno del greenwashing*, in *Giur. comm.*, 2022, 5, 1257; A. Pistilli, *Il green-washing tra pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta: quando può dirsi atto di concorrenza sleale*? in *Dir. ind.*, 2022, 381;

il profilo consumeristico, l'espressione *greenwashing* indica l'uso distorto o ingannevole delle c.d. "asserzioni ambientali" (*green claims*), che si concreta nel suggerire o nel dare comunque l'impressione, nell'ambito di una comunicazione commerciale, del *marketing* o della pubblicità, che un prodotto o un servizio abbia un impatto positivo o sia privo di impatto sull'ambiente o, ancora, sia meno dannoso per l'ambiente rispetto a prodotti o servizi concorrenti.
Sempre più spesso i messaggi pubblicitari contengono riferimenti a vanti ambientali totalmente sprovvisti di evidenze a supporto, e il destinatario non è così in grado di comprendere chiaramente a quale aspetto del prodotto/servizio pubblicizzato corrisponda il beneficio ambientale genericamente richiamato (di regola, i messaggi sono preordinati a fare presa sul pubblico per il tramite di frasi, locuzioni e perifrasi oramai divenute di uso comune che tuttavia non sono per nulla in grado di qualificare ed identificare il grado di sostenibilità sotteso al prodotto/servizio pubblicizzato)[3].
L'introduzione del termine «*greenwashing*» nella nostra lingua e nella nostra coscienza comune è attribuita all'ambientalista statunitense Jay Westerveld, noto per aver coniato il termine nel 1986, con la pubblicazione di un saggio sulle pratiche del settore alberghiero. Nel suo scritto, Westerveld metteva in discussione le pratiche di alcune catene alberghiere che sfruttavano l'idea dell'impatto ambientale connesso al lavaggio della biancheria, cercando di convincere gli ospiti a ridurre il consumo di asciugamani, nonostante il motivo principale non fosse affatto quello di ridurre gli sprechi energetici quanto piuttosto quello di aumentare il profitto[4].

N. Berardi, *Greenwashing e comunicazione d'impresa,* Milano, 2023, 1 ss.; E. Cicigoi, *Greenwashing. Fondamenti giuridici. Pratiche commerciali sleali. La direttiva 2024/825*, Pisa, 2024, 41 ss.; L. Botti, *Greenwashing e comunicazione d'impresa. L'ecologismo di facciata*, in *Dir. ind.,* 2024, 5, 496; D. Bevilacqua, E. Chiti, *Green Deal. La costruzione di una nuova Europa*, Bologna, 2024, 1; C. Galli, A. Rainone, *La Direttiva "greenwashing": un common ground per la sostenibilità in Europa*, in *Dir. ind.,* 2025, 1, 14 ss.

[3] F. Bertelli, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contr. e impr.*, 2021, 1, 286 ss.

[4] Nella letteratura straniera, tra i più, J. Motavalli, *A history of greenwashing: how dirty towels impacted the green movement*, in *Daily Finance*, 12 febbraio 2011; B. Parguel, F. Benoit-Moreau, F. Larceneux, *How Sustainability Ratings Might Deter 'Greenwashing': A Closer Look at Ethical Corporate Communication*, in *Journal of Business Ethics*, 2011, 15 ss.; Y.-S. Chen, C.-H. Chang, *Greenwash and Green Trust: The Mediation Effects of Green Consumer Confusion and Green Perceived Risk*, in *Journal of Business Ethics* , 2013, 489 ss.; R. Torelli, F. Balluchi, A. Lazzini, *Greenwashing and Environmental Communication: Effects on Stakeholders' Perceptions,* in *Business Strategy and the Environment,* 2020, 407 ss.

Il lavoro pionieristico di Westerveld ha contribuito notevolmente a sensibilizzare il pubblico sull'importanza di esaminare criticamente le rivendicazioni ecologiche delle aziende. Il termine «*greenwashing*» è diventato un concetto cardine nel mondo del *marketing* e dell'attivismo ambientale, poiché continua a essere utilizzato per identificare e denunciare le situazioni in cui le dichiarazioni, gli spot pubblicitari e le campagne di comunicazione sulla sostenibilità potrebbero risultare fuorvianti, poco sincere o semplicemente false.

2. Il *greenwashing* e la nuova Direttiva europea n. 825 del 28 febbraio 2024: il punto di approdo di una interpretazione evolutiva delle norme sulle pratiche commerciali scorrette

L'assenza di una normativa specifica in materia di *greenwashing* a livello comunitario ha sollevato da tempo il problema del trattamento giuridico da applicare, demandando all'interprete di volta in volta il delicato compito di coordinare le regole in materia di pratiche commerciali scorrette e dell'autodisciplina pubblicitaria, con la disciplina generale della concorrenza sleale, della responsabilità civile e del contratto[5].
Prima dell'entrata in vigore delle modifiche introdotte dalla Direttiva 2024/825/EU, di cui ci occuperemo di qui a breve, l'interprete comunitario ha utilizzato come referente normativo la Direttiva

[5] Ampiamente F. Palazzini, *Greenwashing nelle comunicazioni pubblicitarie e la rilevanza come atto di concorrenza sleale,* in *Riv. Giur. dell'ambiente,* 2021, 4, 930; A. Troisi, *La comunicazione ambientale: il greenwashing dietro la sostenibilità*, in *An. giur. dell'economia,* 2022, 1, 355; T. Perillo, *Dal consumatore "debole" al consumatore "attivo": itinerari della conversione ecologica*, in *AmbienteDiritto,* 2022; A. Troisi, *Enforcement e normative di contrasto al fenomeno del greenwashing*, cit., 1257; G. Schneider, *Per un approccio sostanziale alla finanza sostenibile: il greenwashing alla prova del rischio di condotta = The Need of a Substantial Approach to Sustainable Finance: Greenwashing Practices under the Lenses of Conduct Risk*, in *Riv. trim. di diritto dell'economia*, 2022, 250; D. Rossano, *Il fenomeno del greenwashing alla luce delle recenti evidenze empiriche. La proposta di direttiva green claims The phenomenon of Greenwashing in the light of recent empirical evidence. The Proposal for a Green Claims Directive*, in *Riv. trim. diritto dell'economia*, 2023, 4, 605; I. Riva, *Comunicazione di sostenibilità e rischio di 'Greenwashing*, in *Riv. di diritto alimentare,* 2023, 55; G. Spedicato, *Note sui rapporti tra la disciplina delle pratiche commerciali sleali e la disciplina dei marchi nel contrasto al greenwashing d'impresa,* in *www.orizzontideldirittocommerciale.it*, giugno 2023, p. 1- 15 ss.; G. Riolfo, *L'impresa "sostenibile". La rilevanza esterna degli obblighi e delle responsabilità degli amministratori*, Milano, 2024, 81 ss.; M. Cian, *Educare (informando) il consumatore per educare le imprese: la direttiva UE 825/2024 sulla transizione verde*, in *Giur. Comm.,* 2025, 1, 79 ss.

2005/29/CE[6] dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, la quale, sebbene non stabilisca norme specifiche in relazione al *marketing* e alla pubblicità verde o ambientale, contiene disposizioni che si applicano a tutte le dichiarazioni rilasciate nel contesto di pratiche commerciali tra imprese e consumatori, incluse quelle relative all'ambiente, rappresentando di fatto una base giuridica per assicurare che le asserzioni ambientali non venissero utilizzate in modo sleale per i consumatori.

In particolare, dal combinato disposto degli artt. 6, 7 e 12 della Direttiva 2005/29 si ricava un onere del professionista in termini di chiarezza, accuratezza e specificità rispetto alle dichiarazioni ecologiche, che devono essere corredate da prove rigorose a sostegno delle stesse, che i professionisti devono essere pronti a fornire alle autorità di vigilanza competenti in modo comprensibile qualora la dichiarazione sia contestata (requisito di sostanza), affinché i consumatori non siano indotti in errore (requisito di forma).

Cionondimeno, la diffusione massiccia del *greenwashing* ha reso invece urgente dettare norme specifiche e definire tali pratiche come sleali in ogni circostanza, prescindendo quindi dalla necessità di dimostrare la sussistenza di un danno da esse derivante per i produttori concorrenti o per i consumatori.

Pertanto, il legislatore europeo è intervenuto sulla disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli e dei marchi di certificazione con la Direttiva (UE) 2024/825, approvata in data 28 febbraio 2024 e che andrà recepita dagli Stati Membri entro il 27 marzo 2026, diretta ad indirizzare il mercato verso scelte più sostenibili da un punto di vista ambientale e che mira a contrastare il *greenwashing*[7].

---

[6] Dir. 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la Dir. 84/450/CEE del Consiglio e le Dir. 97/7/CE e Dir. 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il Reg. CE n. 2006/ 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio ("direttiva sulle pratiche commerciali sleali"), pubblicata in G.U.C.E., L 149, dell'11 giugno 2005, 22. Il testo è disponibile all'indirizzo: http://*eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/oj/2005/l_149/l_14920050611it00220039.pdf.*

[7] Cfr. N. Berardi, *op. cit.*, 1 ss.; R. Ibba, *L'introduzione di obblighi concernenti i fattori di ESG a livello UE: dalla Direttiva 2014/95 alla proposta di Direttiva sulla* corporate *sustainability due diligence*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, 3, 433 ss.; E. Cicigoi, *op. cit.,* 2024, 41 ss.; L. Botti, *op. cit.,* 496; D. Bevilacqua, E. Chiti, *op. cit.*, 1; C. Galli, A. Rainone, *op. cit.*, 14 ss.; A. Genovese, *La comunicazione d'impresa sulla sostenibilità e il diritto della concorrenza*, in *Dialoghi di diritto dell'economia, giugno* 2024, 11 ss.; A. Pistilli, *Non sempre verde è quel che*

La direttiva (UE) 2024/825 innova il quadro normativo su tre versanti che fissano alcuni principi di riferimento[8]:
-Associare la tutela dei consumatori, la tutela della concorrenza e la transizione verde del mercato interno;
-Dettare un canone di correttezza concorrenziale che è generale e rileva in modo residuale per la comunicazione che esula dalla trasparenza ESG obbligatoria e regolata;
-Distinguere la comunicazione che si riferisce alla sostenibilità della catena del valore dalla comunicazione che si riferisce alla responsabilità sociale in genere.
La nuova direttiva ha modificato le precedenti direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE, introducendo nuove regole per garantire maggiore trasparenza nelle dichiarazioni ambientali delle aziende e prevenire il ricorso a informazioni ingannevoli sulla sostenibilità dei prodotti. Le novità di maggiore rilievo riguardano:
- il concetto di «asserzione ambientale» che delimita il perimetro di applicazione della nuova disciplina ed è definito dall'art. 1.1, lett. b), nel contesto di una comunicazione commerciale, qualsiasi messaggio o rappresentazione avente carattere non obbligatorio a norma del diritto dell'Unione o nazionale, in qualsiasi forma, compresi testi e rappresentazioni figurative, grafiche o simboliche, quali marchi, nomi di marche, nomi di società o nomi di prodotti, che asserisce o implica che un dato prodotto, categoria di prodotto, marca o operatore economico ha un impatto positivo o nullo sull'ambiente oppure è meno dannoso per l'ambiente rispetto ad altri prodotti, categorie di prodotto, marche o operatori economici oppure ha migliorato il proprio impatto nel corso del tempo; in breve, si ritiene ambientale qualsiasi comunicazione che individui una relazione fra il prodotto e l'ambiente in grado di orientare il comportamento economico del consumatore;
-la disciplina sulle pratiche commerciali ingannevoli di cui agli artt. 6 e 7 della Direttiva 2005/29CE viene estesa anche a tutte le co-

---

verde appare: i nuovi strumenti a tutela del consumatore nell'ambito del Green Deal europeo, in *Dir. ind.*, 2024, 5, 483 ss.

[8] Ampiamente sull'argomento M. Reale, *Comunicare l'impegno per l'ambiente: le nuove regole europee contro il Greenwashing,* in *Sociologia del diritto,* Vol. 51, 2024, 1, 107, per l'A. «l'adozione, peraltro diffusamente illustrate nel preambolo, e che si riallacciano all'orientamento già indicato nel precedente paragrafo: per consentire ai consumatori di svolgere un ruolo di primo piano nella "messa a terra" delle politiche di sostenibilità, è indispensabile che i produttori mettano a loro disposizione informazioni "chiare, pertinenti e affidabili" sulle caratteristiche ecocompatibili dei loro prodotti e delle loro attività».

municazioni che, nel promuovere determinati prodotti o servizi, ne vantino o esaltino particolari qualità da un punto di vista ambientale, infondatamente o in modo generico e non supportato da dati precisi e verificati secondo le regolamentazioni europee o standard certificati da enti terzi.
Pertanto, viene fatta ricadere nella fattispecie delle pratiche ingannevoli di cui all'art. 6, par. 1, Dir. 2005/29/CE qualsiasi comunicazione che «contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» con riguardo alle «caratteristiche ambientali o sociali, gli accessori, gli aspetti relativi alla circolarità, quali la durabilità, la riparabilità o la riciclabilità» di un prodotto o servizio[9];
-l'ampliamento della «*black list*» delle pratiche commerciali ingannevoli, con l'introduzione di nuove fattispecie legate al *greenwashing*, tra cui quelle di maggiore impatto sono:
a) l'introduzione della figura del «marchio di sostenibilità»[10] definito come «qualsiasi marchio di fiducia, marchio di qualità o equivalente, pubblico o privato, avente carattere volontario, che mira a distinguere e promuovere un prodotto, un processo o un'impresa con riferimento alle sue caratteristiche ambientali o sociali oppure a entrambe, esclusi i marchi obbligatori richiesti a norma del diritto dell'Unione o nazionale». Orbene la nuova direttiva ha espressamente vietato l'esibizione di marchi di sostenibilità non certificati o non stabiliti da autorità pubbliche. Sull'argomento giova ricordare che all'indomani della adozione della Direttiva 825/2024, come è stato evidenziato in un recente studio, vi erano «oltre 200 marchi ambientali diffusi nel mercato dell'Unione molto eterogenei quanto a funzionamento, grado di trasparenza e di attendibilità delle informazioni comunicate, utilizzati prevalentemente per condizionare

[9] S. Tommasi, *Dalla sostenibilità declamata alla sostenibilità effettiva nella direttiva (EU) 2024/825: l''empowering consumers for the green transition,* in *Riv. di diritto dell''economia, dei trasporti e dell'ambiente,* 2024, 727 ss. Cfr. anche Assonime, *Le nuove norme europee per il contrasto al 'greenwashing' nei rapporti tra impresa e consumatore*, in *www.assonime.it*.

[10] C. Galli, A. Rainone, *op. cit.,* 20 ss.; M. Bertani, *Marchi di sostenibilità*, in *Dir. Ind.,* 2024, 5, 455. L'A. sembra individuare nel marchio di sostenibilità un nuovo istituto modellato sulla falsariga del marchio di certificazione, definendo il marchio di sostenibilità come una «nuova specie di marchio di certificazione».

le scelte dei consumatori, ma non sempre rispondenti ai necessari requisiti di accuratezza e affidabilità»[11].
b) la presentazione di requisiti imposti per legge sul mercato dell'Unione per tutti i prodotti appartenenti a una data categoria come se fossero un tratto distintivo dell'offerta dell'operatore economico;
c) qualsiasi comunicazione commerciale relativa a un bene contenente una caratteristica introdotta per limitarne la durabilità, nonostante le informazioni sulla caratteristica e sui suoi effetti sulla durabilità del bene siano a disposizione dell'operatore economico al fine di contrastare le pratiche ormai ampiamente diffuse relative all'obsolescenza precoce programmata, che rientrano in quella politica industriale e commerciale che consiste nel progettare un prodotto definendone a priori la durata di vita.
Si nota che «Il consumatore viene quindi spinto a comperare beni che cessano di funzionare dopo un certo periodo o a seguito di una intensità di uso predeterminata; oppure è portato a credere che il bene non funzionerà più se non sostituendo i materiali di consumo in esso contenuti, il tutto con intuibili ripercussioni sull'accumulo di rifiuti nonché sull'uso di energia e materiali»[12].
Si evidenzia che il più delle volte le predette indicazioni sono volutamente rilasciate in maniera poco chiara, scarsamente comprensibili e attendibili, laddove addirittura vengono omesse.
La direttiva in esame si caratterizza altresì per la presenza di interventi che si innestano nei testi previgenti, dei quali rimane pressoché immutata la trama (sono soltanto due gli articoli formulati *ex novo*, i quali confluiscono entrambi nella direttiva sui diritti dei consumatori); in un numero ridotto di casi si assiste alla riscrittura di alcune proposizioni normative, per cui, come ha osservato attenta dottrina[13], «la direttiva rappresenta solo un tassello, in un mosaico legislativo più ampio, ancora in costruzione».
Tuttavia occorre apprezzare, come è stato sottolineato, la volontà del legislatore di «creare incentivi per le imprese ad adeguarsi concretamente alle esigenze di sostenibilità derivanti da una rinnovata sensibilità sul tema da parte dei consumatori»[14].

---

[11] Cfr. M. Reale, *op. cit.,* 111.
[12] In tal senso cfr. ancora M. Reale, *op. cit.,* 113.
[13] M. Cian, *op. cit.,* 79 ss.
[14] C. Galli, A. Rainone, *op. cit.,* 14 ss. per i quali «La Direttiva in esame si divide tra nobili intenti e ipertrofie regolamentari (di cui è difficile comprendere la ragione, non essendo le comunicazioni certificatorie che riguardino aspetti diversi da quelli

3. L'attuale disciplina del *greenwashing* in Italia e gli scenari futuri

Il legislatore nazionale è impegnato da tempo per combattere il *greenwashing* e stabilire regole chiare per le dichiarazioni di *marketing* ambientale.

In attesa del recepimento nel nostro ordinamento della Direttiva 825/2024, che consentirà all'Italia di dotarsi finalmente di una normativa specifica sulle asserzioni ambientali[15], si osserva che, ad oggi, gli operatori del diritto in assenza di una definizione normativa del *greenwashing*, sono chiamati a colmare tale vuoto, in via interpretativa[16].

L'art. 12 del Codice di Autoregolamentazione dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (IAP)[17] è, ad oggi, l'unica disposizione

---

ambientali meno rilevanti): da un lato è apprezzabile la volontà di creare incentivi per le imprese ad adeguarsi concretamente alle esigenze di sostenibilità derivanti da un rinnovata sensibilità sul tema da parte dei consumatori, dall'altro essa finisce col ribadire ed esplicitare concetti già acquisiti nell'ordinamento comunitario. Si tratta, tuttavia, di un intervento che ha il sapore di un monito da parte delle istituzioni europee, nonché di un importante strumento per armonizzare il mercato unico europeo che nell'ultimo ventennio ha continuato ad espandersi inglobando all'interno dell'Unione realtà molto eterogenee tra loro e con sensibilità diverse nei confronti del rispetto dell'ambiente».

[15] Al riguardo v. A. Ciccia Messina, *Fine del greenwashing sulle etichette nell'Ue*, in *ItaliaOggi*, 2024, 36, 2: per l'A. «...per arrivare allo stesso risultato, senza aspettare il recepimento della direttiva, ci sono già gli articoli 21 e 22 del codice del consumo (d. lgs. 206/2005)». Inoltre le tempistiche previste per il recepimento (24 mesi ed ulteriori 6 mesi prima che la normativa di dettaglio diventi operativa), determinerebbero una *vacatio legis* di due anni e mezzo che inciderebbe notevolmente sull'efficacia delle nuove disposizioni.

[16] Dottrina e giurisprudenza sono sempre state concordi nell'estendere la disciplina ivi prevista per le informazioni pubblicitarie anche a quelle ambientali, laddove queste presentino i requisiti di ingannevolezza ivi previsti, v. G. Marcatajo, *op. cit.*, 200 ss.; C. Alvisi, V. Guggino, *Introduzione,* in C. Alvisi, V. Guggino (a cura di), *Autodisciplina Pubblicitaria. La soft law della pubblicità italiana*, Torino, 2020, 85; V. Di Cataldo, *L'esperienza italiana dell'autodisciplina pubblicitaria*, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa - Lezioni Magistrali, Napoli, 2013, 205; M. Di Toro, *Pubblicità ingannevole: Autorità Antitrust vs Giurì di Autodisciplina*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2009, 2, 90; B. Pozzo, *op. cit.*, 741.

[17] V. art. 12 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, rubricato «Tutela dell'ambiente naturale» ed introdotto nel 2014: «La comunicazione commerciale che dichiari o evochi benefici di carattere ambientale o ecologico deve basarsi su dati veritieri, pertinenti e scientificamente verificabili. Tale comunicazione deve consentire di comprendere chiaramente a quale aspetto del prodotto o dell'attività pubblicizzata i benefici vantati si riferiscono». In quest'ottica, in Italia, la Giuria ha più volte giudicato ingannevoli, ai sensi dell'art.12 CA, diverse campagne pubblicitarie, volte a valorizzare

espressamente dedicata alle asserzioni ambientali, priva di portata precettiva e vincolante solo per gli aderenti, mentre le pronunce dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, competente ai sensi dell'art. 27-*bis* c. cons., sono state adottate sulla base del combinato disposto delle norme del Codice del consumo e, per quanto applicabili, dell'art. 2598 c.c.

In sintesi, l'attuale disciplina interna di riferimento in materia di contrasto al *greenwashing* è rinvenibile su tre diversi fronti:

— il D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del Consumo così come modificato dal D.lgs. 2 agosto 2007 n. 145). Il Codice del Consumo, testo di riferimento per la disciplina dei rapporti tra professionisti e consumatori, dedica ampio spazio alla regolamentazione delle pratiche commerciali scorrette che trovano applicazione in presenza di un'iniziativa di *greenwashing* idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico di un consumatore, in quanto si collocano proprio a difesa della posizione del consumatore medesimo e della sua libertà di assumere scelte commerciali consapevoli;

— il già richiamato Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale (art. 11, emanato in attuazione della Direttiva 2005/29/CE sulla pubblicità ingannevole);

— gli artt. 2598 e 2043 ss. c.c. in materia di concorrenza sleale.

In questo contesto normativo, si colloca l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito solo AGCM), quale organo preposto all'applicazione della normativa a tutela della concorrenza e già competente in materia di pubblicità ingannevole.

Nell'ambito dei procedimenti concernenti pratiche scorrette, l'AGCM gode di ampia autonomia e poteri accertativi che le consentono di procedere anche d'ufficio, oltre che su ricorso di terzi, e di potere inibire un determinato *claim* ambientale e sanzionare così l'azienda, in presenza di accertate infrazioni.

---

i benefici ambientali di prodotti ingiustamente presentati come *green*. Le pronunce dimostrano, chiaramente, la linea seguita dagli organi di autodisciplina nel perseguire l'ingannevolezza dei messaggi pubblicitari diretti a promuovere le campagne di sostenibilità ambientale, minacciando la correttezza e la trasparenza del mercato. Vanno bandite le informazioni *green*, laddove generiche, vaghe, inutilmente denigratorie, impropriamente comparative o volte ad ingenerare la falsa convinzione dell'esclusività di una determinata proprietà benefica in termini di sostenibilità. Vanno, dunque, ritenute affidabili le informazioni fondate su dati certi, concreti, veritieri, dimostrabili, verificabili e comparabili.

L'art. 27 cod. cons.[18] e l'art. 8 del D.lgs. n. 145 del 2007 regolano poteri e attribuzioni dell'Autorità a fronte di pratiche commerciali scorrette o casi di pubblicità ingannevole, configurando un unico binario di *enforcement*; entrambe le disposizioni fanno comunque salva «la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale».

L'AGCM ha il compito di intervenire, in caso di condotte del professionista integranti pratiche commerciali scorrette, con un provvedimento conclusivo del procedimento che accerta la scorrettezza delle condotte poste in essere. L'Autorità potrà quindi vietarle, disporre la pubblicazione del provvedimento ed irrogare la sanzione amministrativa pecuniaria del caso o, infine, prevedere l'assunzione di impegni da parte del professionista, così da rimuovere gli effetti di una pratica sospettata di essere scorretta.

In questi ultimi anni, l'AGCM[19] ha condotto diverse indagini riguardanti pratiche di *greenwashing* da parte di aziende operanti in vari settori; fra quelle che hanno avuto maggiore rilievo anche dal punto di vista mediatico, possiamo ricordare:

Caso Volkswagen (Dieselgate): Nel 2016 l'AGCM ha sanzionato Volkswagen per pratiche commerciali scorrette legate all'installazione di software manipolativi nelle centraline dei veicoli diesel, finalizzati a falsare le emissioni inquinanti durante i test. L'Autorità ha imposto una multa di 5 milioni di euro all'azienda per aver ingannato i consumatori sulle reali performance ambientali dei propri veicoli;

Caso Fileni: L'AGCM ha avviato un'istruttoria nei confronti dell'azienda agroalimentare Fileni per dichiarazioni ingannevoli riguardanti la sostenibilità ambientale delle proprie attività e l'origine delle materie prime utilizzate. In particolare, l'Autorità ha contestato affermazioni sulla compensazione totale delle emissioni di CO^2 e sull'uso esclusivo di materie prime italiane nella produzione dei mangimi;

Caso Shein: Nel settembre 2024, l'AGCM ha avviato un'istruttoria nei confronti di Shein, noto rivenditore di moda online, per

---

[18] Secondo l'art. 27 cod. cons., l'AGCM può imporre sanzioni amministrative pecuniarie che variano da un minimo di 5.000 euro a un massimo di 10 milioni di euro, in base alla gravità e alla durata della violazione. In caso di inottemperanza a provvedimenti precedenti, disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni.

[19] V. Relazione annuale sull'attività svolta dall'AGCM al 31 marzo 2024 in *https://www.agcm.it/dotcmsdoc/relazioniannuali/relazioneannuale2023/AGCM_Relazione_annuale_2024.pdf* .

possibili pratiche di *greenwashing*. Secondo l'Autorità, a fronte della crescente sensibilità dei consumatori per l'impatto delle loro scelte di consumo sull'ambiente, la società avrebbe cercato di veicolare un'immagine di sostenibilità produttiva e commerciale dei propri capi d'abbigliamento attraverso asserzioni ambientali generiche, vaghe, confuse e/o fuorvianti in tema di «circolarità» e di qualità dei prodotti e del loro consumo responsabile. Anche alcune informazioni presenti su «evoluSHEIN», la collezione di abbigliamento dichiarata «sostenibile» dalla società, potrebbero indurre in errore i consumatori riguardo alla quantità utilizzata di fibre «*green*», omettendo anche di informarli sulla non ulteriore riciclabilità dei capi d'abbigliamento.
Questi interventi evidenziano l'attenzione dell'AGCM nel monitorare e sanzionare pratiche commerciali scorrette legate al *greenwashing*, al fine di garantire una corretta informazione ai consumatori e promuovere una concorrenza leale tra le imprese[20].

4. L'intervento della giurisprudenza nel contrasto alla diffusione delle pratiche di *greenwashing*: gli orientamenti più recenti

Le pratiche commerciali scorrette in materia di *greenwashing* possono integrare anche atti di concorrenza sleale, sussumibili sotto l'ipotesi residuale di cui all'art. 2598, 3° comma, c.c., legittimando i danneggiati sia i consumatori, così come le imprese concorrenti di quelle che se ne avvalgono ad agire dinanzi al giudice ordinario il quale, una volta accertata la concorrenza sleale idonea a danneggiare anche solo «potenzialmente» l'azienda concorrente, ne inibisce la continuazione e dispone in ordine al risarcimento del danno.
Appare utile ricordare che, ai sensi dell'art. 2598 c.c., gli atti di concorrenza sleale si distinguono in tre categorie: le prime due com-

[20] Sull'argomento v. ancora N. Berardi, *op. cit.*, 58 ss., il quale osserva come «l'AGCM abbia avuto modo di esprimersi a più riprese in campo di comunicazione ambientale e tutela della sensibilità ecologica ed economica del consumatore. L'Autorità si è da sempre concentrata su due profili primari: la verificabilità scientifica del *claim* (ossia, la prova tecnica della correttezza dell'asserzione comunicata al pubblico) e l'impatto del c.d. effetto aggancio (ossia, il concreto effetto decettivo generato sul consumatore al momento del primo punto di contatto con la comunicazione commerciale, particolarmente rilevante poiché potrebbe indurre il consumatore ad acquistare un prodotto o servizio disinteressandosi degli altri messaggi che avrebbero potuto consentire di formarsi una rappresentazione completa della realtà)».

prendono gli atti «tipici» di concorrenza sleale, per i quali è presunta l' idoneità a danneggiare l'altrui azienda; la terza fattispecie comprende gli atti «atipici», che devono essere provati sia nella loro contrarietà alle regole di correttezza professionale, sia nella loro idoneità a danneggiare l'altrui azienda[21].

Non bisogna poi dimenticare le differenze sostanziali e processuali tra l'illecito concorrenziale e l'illecito civile: l'illecito concorrenziale, ai fini della sua sussistenza, non necessita di uno stato soggettivo tipico del soggetto agente, mentre l'illecito civile – fatte salve le ipotesi di responsabilità oggettiva – è sempre caratterizzato dalla colpa, ove non addirittura dal dolo, di colui che pone in essere l'atto illecito: sicché l'agente deve aver voluto o previsto l'evento o, in ogni caso, usando l'ordinaria diligenza, avrebbe dovuto prevederlo[22].

Al contrario, l'atto di concorrenza sleale rileva nell'ordinamento giuridico per il solo fatto di essere stato compiuto e, una volta accertato oggettivamente, legittima il giudice ad adottare i provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti, a prescindere da ogni indagine di natura psicologica (che, invece può spiegare efficacia solo ai fini del risarcimento del danno).

Sul piano oggettivo, poi, l'illecito civile non può ravvisarsi se non laddove all'attività colposa o dolosa dell'agente corrisponda un danno ingiusto; l'illecito concorrenziale, invece, si riscontra per il solo

[21] In termini generali M. Libertini, *Lezioni di diritto industriale. Concorrenza sleale*, Catania, 1979, 1; G. Ghidini, *La concorrenza sleale*, in W. Bigiavi (diretto da), *Giur. sist. civ. e comm.*, Torino, 1982; Id., *Della concorrenza sleale*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1991; S. Sanzo, *La concorrenza sleale*, in P. Cendon (diretta da), *Enciclopedia*, Padova, 1998; M. Libertini, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale,* in *Europa e diritto privato*, 1999, 509 ss.; U. Troiani, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2008, 7, 68 ss.; P. Auteri, G. Floridia, V.M. Mangini, G. Olivieri, M. Ricolfi, R. Romano, P. Spada, *Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2020.

[22] Si rinvia, *amplius*, a G. Floridia, *Correttezza e responsabilità di impresa*, Milano, 1982, il quale esclude ogni rapporto di sussidiarietà fra le due tipologie di illecito, nonché a L. Nivarra, *Concorrenza sleale e responsabilità di impresa*, in G. Alpa, G. Conte (a cura di), *La responsabilità di impresa,* Milano, 2015, 191 ss., G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia, *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Torino, 2018, 8. In giurisprudenza, v. *ex plurimis* Cass. civ. 25 luglio 1986, n. 4755, in *Mass. Giur. It.,* 1986, per la quale «mentre con le norme repressive dell'illecito concorrenziale il legislatore protegge il diritto a determinati comportamenti negativi da parte di altri soggetti qualificati (precisamente il diritto di ottenere che ciascun imprenditore non si avvalga verso gli altri di mezzi scorretti nell'esercizio dell'attività economica), la norma generale sull'esercizio dell'illecito aquiliano tutela il diritto assoluto di ogni cittadino alla propria integrità patrimoniale, che viene lesa dallo stesso comportamento legittimo».

fatto che l'attività compiuta abbia in sé una potenzialità dannosa; ed ancora sul piano processuale si registra una vera e propria inversione dell'onere della prova in favore del soggetto passivo dell'attività assertivamente illecita, mentre in materia di responsabilità aquiliana il danneggiato è tenuto a fornire la dimostrazione di tutti gli elementi necessari e sufficienti per il riconoscimento dell'altrui responsabilità (cioè dolo o colpa del soggetto agente, danno e nesso di causalità), in caso di concorrenza sleale, una volta acquisita la prova dell'illecito concorrenziale, spetta all'agente dimostrare la propria incolpevolezza, in forza della presunzione *iuris tantum* sancita dall'art 2600, 3° comma, c.c. (secondo il quale «accertati gli atti di concorrenza sleale, la colpa si presume»)[23].

In uno scenario di questo tipo - estremamente frastagliato – si pone il problema del trattamento giuridico da applicare al caso concreto integrante una possibile ipotesi di *greenwashing*, ed in questo spazio piuttosto angusto, la giurisprudenza è stata chiamata in varie occasioni ad intervenire[24].

Tuttavia, è facile ipotizzare che con il recepimento della Direttiva 825/2024 nel nostro Paese, si assisterà con ogni probabilità ad un ulteriore incremento dei provvedimenti giudiziari in materia di *greenwashing*.

Nel novembre del 2021 è balzata agli onori delle cronache giudizia-

---

[23] Cass. civ., 16 aprile 1983, n. 2634, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1983, 1592, per cui: «la disciplina dell'illecito di concorrenza sleale si differenzia da quella dell'ordinario illecito aquiliano con riguardo alla più intensa e rapida tutela concessa per la concorrenza sleale e, ancor prima, con riferimento ai diversi presupposti delle due categorie di illecito, in quanto l'uno è correlato all'adozione di mezzi di concorrenza che violano la correttezza professionale, l'altro ad ogni comportamento lesivo di un diritto; per il primo è sufficiente che l'atto di concorrenza sia potenzialmente idoneo a danneggiare l'altrui azienda, senza che occorra un danno effettivo, sempre necessario per l'altro; nell'illecito aquiliano è normalmente richiesto, e deve essere dimostrato dall'attore, l'estremo del dolo e della colpa, da cui si prescinde nell'illecito concorrenziale, tranne che ai fini dell'azione risarcitoria, nel qual caso, peraltro la colpa si presume». Più recentemente in materia cfr. Cass. civ., ord., 10 gennaio 2025, n. 626, in *CED Cassazione*, 2025, secondo la quale: «L'illecito concorrenziale di cui allart. 2598 c.c. non si perfeziona necessariamente attraverso la produzione di un pregiudizio attuale al patrimonio del soggetto concorrente, essendo sufficiente la potenzialità o il pericolo di un danno, concretantesi nellidoneità della condotta vietata a cagionare un pregiudizio».

[24] In termini riepilogativi F. Calisai, *Attività di impresa, sostenibilità e comunicazione. Il greenwashing: forme di tutela e rimedi civilistici,* in *Rass. Dir. Civ.,* 2022, 2, 487. V. anche M. Massironi, *Green claim e greenwashing al vaglio della giurisprudenza*, in *Nonsolodirittobancario*, 2022.

rie e non solo, una decisione del Tribunale di Gorizia[25], resa nell'ambito di un procedimento cautelare d'urgenza, il cui preambolo, ci fa capire sin da subito, la rilevanza del provvedimento, in quanto tra i primi ad essere pubblicati in Europa: «La sensibilità verso i problemi ambientali - evidenzia in apertura il Tribunale - è molto elevata, e le virtù ecologiche decantate da una impresa o da un prodotto possono influenzare le scelte di acquisto del consumatore medio». Pertanto, «non è conforme ad un'esigenza di effettiva tutela dell'ambiente che i vanti ambientali divengano frasi di uso comune, prive di concreto significato ai fini della caratterizzazione e della differenziazione dei prodotti»[26].
Nel caso di specie, i giudici hanno accolto il ricorso d'urgenza presentato da Alcantara, famoso brand italiano specializzato in tes-

[25] Trib. Gorizia, 26 novembre 2021, in *Giur. comm.*, 2022, 5, 1257.

[26] Ampiamente F. Palazzini, *op. cit.*, 927. Per l'A.: «L'ordinanza del Tribunale di Gorizia è la prima in Italia ad aver inibito, anche se in via cautelare, condotte di *greenwashing*. Da un punto di vista giuridico ciò vuol dire che la sensibilità ambientale è stata riconosciuta come spinta motivazionale rilevante nel processo decisionale del consumatore e, quindi, meritevole di tutela. La pronuncia del Tribunale di Gorizia segna un passaggio di grande interesse all'interno della giurisprudenza inerente alle pratiche commerciali scorrette e conferisce maggiore autorevolezza alle pronunce già rese dagli organi di autodisciplina. È plausibile ritenere che tale vicenda avrà un impatto positivo sulla corretta diffusione dei messaggi commerciali, spingendo gli operatori del mercato a comunicare in maniera più scrupolosa eventuali benefici ambientali». V. anche B. La Porta, *Riflessioni a margine di un'ordinanza cautelare del Tribunale di Gorizia: 'greenwashing' tra concorrenza sleale e diritto del consumatore all'acquisto consapevole*, in *Dir. agroalimentare,* 2022, 7; M. Terenzi, *Il Tribunale di Gorizia contrasta la pubblicità ambientale ingannevole [nota a Tribunale di Gorizia, ord. 25 novembre 2021, RG 2021/712]*, in *Alimenta,* 2022, 329; M. Massironi, *op. cit.,* per l'A. «A seguito della progressiva presa di coscienza da parte dell'organo di autodisciplina pubblicitaria, era dunque ragionevole attendersi che sul fenomeno cominciassero ad intervenire le prime pronunce della giurisprudenza di merito. In Italia, è il Tribunale di Gorizia, con l'ordinanza cautelare emessa il 25 novembre 2021 all'esito di un ricorso *ex* artt. 669-*bis* e ss. e 700 c.p.c., ad essere il primo foro ad aver avuto l'opportunità di esprimersi sul fenomeno del *greenwashing»;* A. Troisi, *op. cit.,* 1257; F. Urbani, *La prima pronuncia in materia di contrasto al greenwashing: correttezza informativa e lealtà della concorrenza fra imprese*, in *Riv. soc.*, 2022, 2-3, 663 ss.; A. Genovese, *op. cit.*, 10 ss. L'A. osserva come «l'ordinanza cautelare del Tribunale di Gorizia adotta una definizione di *greenwashing* pubblicitario che si caratterizza per la particolare ampiezza delle coordinate normative cui fa riferimento. Nella decisione del Tribunale vengono richiamati l'art. 2598, n. 3, c.c., le norme europee a tutela del consumatore, quali l'art. 169 TFUE, l'art. 12 TFUE, l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché il d.lgs. n. 145/2007 (con particolare riferimento all'art. 2, lett. a) sulla pubblicità ingannevole) ed il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria»; L. Botti, *op. cit.,* 496.

suti ad alto contenuto tecnologico per il rivestimento di elementi di autoveicoli (ed altro), contro la società Miko che realizzava un rivestimento concorrente: fra i clienti di entrambe le aziende figuravano case automobilistiche di primaria importanza; da qui anche la rilevanza della pronuncia.
Nelle proprie campagne pubblicitarie, la società Miko aveva utilizzato affermazioni quali «la prima microfibra sostenibile e riciclabile», «100% riciclabile», «amica dell'ambiente», «scelta naturale» e «microfibra ecologica».
Il Tribunale di Gorizia, nell'accertare l'illecito concorrenziale, ha ritenuto fondate le richieste della ricorrente (Alcantara), concedendo l'inibitoria ed ordinando alla resistente (Miko) di astenersi dal rilasciare ulteriori messaggi e di procedere alla rimozione di quelli già in circolazione, comminando infine la pubblicazione dell'ordinanza sul proprio sito web, nonché l'invio di copia della stessa ai clienti.
Secondo i giudici friulani, i messaggi pubblicitari denunciati erano fin troppo generici in alcuni casi e sicuramente fuorvianti nel proporre un'immagine *green* dell'azienda a discapito dei consumatori e delle loro aspettative, senza dar conto di quali fossero effettivamente le politiche aziendali che in concreto avrebbero consentito un maggior rispetto dell'ambiente. Oltretutto, alcune affermazioni riportate nella campagna pubblicitaria avrebbero trovato smentita nella stessa composizione del tessuto.
Ciò che rileva dall'ordinanza, ai fini della presente trattazione, è l'affermazione per la quale le caratteristiche ecologiche e sostenibili di un prodotto decantate da un'impresa sono in grado di orientare, anche indirettamente, le scelte dei consumatori, atteso che – sebbene i destinatari principali della campagna pubblicitaria fossero le case automobilistiche che si servivano del tessuto per la realizzazione di propri prodotti – «la ripresa a cascata dei *claim* da parte delle altre aziende clienti, poteva comunque influenzare il consumatore del prodotto finale».
La contestata pubblicità per quanto inidonea ad incidere sulla scelta del cliente finale, in ordine all'autovettura da acquistare, poteva comunque influenzare le scelte attinenti il materiale da utilizzare per i rivestimenti interni, avvantaggiando indirettamente l'autrice della campagna pubblicitaria.
Non vi è dubbio che le strategie imprenditoriali attuali sono orientate verso la sostenibilità; tuttavia, molto spesso i *claim* pubblicati veicolano informazioni dal significato incerto per le imprese con-

correnti e il mercato stesso, sicché emerge la necessità che le dichiarazioni ambientali si basino su una comunicazione efficace e veritiera.
L'attenzione sempre crescente concernente le pratiche ambientali aziendali da un lato, la maggior consapevolezza dei consumatori dall'altro, nonché una maggior concorrenza nei mercati globali hanno spinto le imprese a rilasciare informazioni riguardanti le proprie prestazioni e a promuovere prodotti e servizi etichettati come «sostenibili». Tuttavia, nonostante la quantità di dati divulgati, il loro effettivo potenziale informativo, in termini di sostenibilità sociale e ambientale, spesso resta poco chiaro.
Le asimmetrie informative caratterizzanti qualsiasi rapporto tra professionista e consumatori vengono molte volte acuite ulteriormente dalla diffusione di *green claim* non corrispondenti alla realtà imprenditoriale. Secondo il Tribunale di Gorizia le aziende coinvolte nella vicenda si trovavano in una condizione tale per cui erano sottoposte a un giudizio più rigoroso in termini comunicazionali e probatori rispetto a chi si serve di messaggi e pubblicità non ambientali; in queste ipotesi appare quindi marcato il ruolo della responsabilità sociale che l'impresa assume.
Sulla scorta di tale ragionamento, il Giudice friulano è giunto a qualificare la pubblicità diffusa da Miko una forma di *greenwashing* suscettibile di configurare un atto di concorrenza sleale per avere fatto ricorso a messaggi pubblicitari asseritamente ingannevoli, perché connotati da espressioni molto generiche finalizzate a ingenerare nel consumatore un'immagine *green* dell'azienda («scelta naturale, amica dell'ambiente, la prima e unica microfibra che garantisce eco-sostenibilità durante tutto il ciclo produttivo, microfibra ecologica»), in assenza di informazioni relative alle politiche aziendali effettivamente perseguite al fine di assicurare il minor impatto ambientale di una linea di produzione di un tessuto di derivazione petrolifera, come quello oggetto dei messaggi sottoposti a scrutinio, e, più in generale, il maggior rispetto dell'ambiente in termini di eco-sostenibilità.
La decisione del Tribunale di Gorizia ha rappresentato il primo caso di sanzionamento del *greenwashing* attraverso l'utilizzo di strumenti normativi ben noti, quali l'articolo 12 del Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale, secondo cui «la comunicazione commerciale che dichiari o evochi benefici di carattere ambientale o ecologico deve basarsi su dati veritieri, pertinenti e scientificamente verificabili» nonché l'art. 2598, n. 3, c.c. in tema di concorrenza sleale.

Con riferimento a quest'ultimo referente normativo, occorre evidenziare che l'idoneità lesiva della condotta posta in essere dalla resistente Miko, rilevante ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 2598, n. 3, c.c., riguarda la contrarietà del *claim* alla correttezza professionale e prescinde dalla sua attitudine a screditare il prodotto o l'attività dell'impresa concorrente, posto che la condotta censurata è rappresentata proprio dalla «sottrazione di affari ai concorrenti».
Ciò che conta per il giudice è, invero, l'antigiuridicità del comportamento oggetto di indagine e, quindi, la contrarietà di esso alle norme che definiscono i parametri di correttezza professionale a cui l'imprenditore dovrebbe ispirarsi, rinvenibili, negli artt. 1175 e 1337 c.c. In altre parole, è già sufficiente la violazione dei canoni generali di condotta a connotare il comportamento dell'imprenditore in termini di slealtà, stante la natura ampia ed elastica della prescrizione contenuta *sub* n. 3 dell'articolo 2598 avente a tutti gli effetti natura di clausola generale[27] .
Nel 2022, l'ordinanza cautelare di condanna del Tribunale di Gorizia è stata revocata in sede di reclamo collegiale: il nuovo giudice ha valutato il ricorso presentato dalla società Alcantara «infondato per difetto del presupposto del *periculum*» e quindi ha accolto integralmente il reclamo proposto dalla Miko, ritenendo che non vi fossero prove sufficienti del fatto che le comunicazioni di Miko avessero causato un danno concreto alla controparte, Alcantara, in termini di perdita di clienti.
Deve rilevarsi che il Collegio ha revocato l'ordinanza di primo grado, senza tuttavia esprimersi e prendere posizione sull'ingannevolezza dei *claim* ambientali e sulla condotta di concorrenza sleale contestata, lasciando di fatto irrisolta la questione[28] e rimettendo

---

[27] Così A. Vanzetti, V. Di Cataldo, M. Spolidoro, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2021, 100 ss., nonché P. Troiano, *La giurisprudenza sul codice civile*, in E. Biondi, M. Petrone, P. Troiano (a cura di), *Libro V: Del Lavoro*, *Artt. 2595-2642*, Milano, 2012, 45: «La norma di chiusura di cui all'art. 2598 n. 3, non racchiude ipotesi complementari a quelle contemplate nei nn.1 e 2, ma casi alternativi e diversi». In giurisprudenza, v. Cass. civ, 10 novembre 1994, n. 9387, in *Mass. Giust. civ.,* 1994, 11; Cass. civ. 22 ottobre 2003, n. 15761, in *Mass. Giust. civ*., 2003, 10.

[28] Con riferimento al contrasto del *greenwashing* nell'esperienza italiana, oltre ai casi già citati, è interessante segnalare: AGCM 8 febbraio 2012, n. 23278, *Ferrarelle*, leggibile nel sito *www.agcm.it*, riguardante il *claim* di neutralità ambientale «impatto zero», riferito ad un progetto volontario di compensazione delle emissioni di CO2 connesse ad una percentuale marginale della produzione annua complessiva del prodotto; AGCM, 5 luglio 2022, n. 30233, leggibile nel sito *www.agcm.it*, *Freenow*, riguardante la condotta di un

la decisione finale all'esito del giudizio di merito.

Pertanto, la decisione del giudice di primo grado conserva tuttora la sua rilevanza per la novità delle argomentazioni giuridiche sviluppate. Più recentemente, il Tribunale di Milano, Sez. Imprese[29] si è espresso su una campagna pubblicitaria realizzata da un produttore di filtri per rubinetti, contestata da Mineracqua (Federazione Italiana delle Industrie delle Acque Minerali Naturali e delle Acque di Sorgente), che la riteneva ingannevole, denigratoria e concretizzante un atto di concorrenza sleale in danno delle imprese delle acque minerali naturali.

In particolare, sono stati sottoposti al sindacato del giudice i seguenti messaggi: «quindi è possibile gustare acqua pura senza compromettere la propria etica ambientale»; «l'acqua è finalmente libera da tutti i contenitori, finalmente libera di essere gustata nella sua purezza»; «tutti i benefici dell'acqua minerale direttamente dal rubinetto della vostra cucina».

In sintesi, oggetto del giudizio era una pubblicità comparativa che promuoveva un filtro per l'acqua, evidenziandone i vantaggi in termini ambientali e la sostanziale equipollenza biochimica rispetto alle acque minerali naturali, messe in cattiva luce sotto il profilo dell'ecosostenibilità[30].

---

operatore di servizi taxi che applicava un sovrapprezzo denominato «*clean air fee*» in assenza di un'effettiva destinazione del relativo importo a programmi per il miglioramento dell'ambiente. Nella giurisprudenza civile, sul tema della possibile ingannevolezza di *claims* riguardanti l'impatto ambientale dei prodotti reclamizzati v. Trib. Venezia, 7 luglio 2021, in *Foro it.*, 2021, I, 4023, parzialmente riformata da App. Venezia, 16 novembre 2023, *ivi*, 2024, I, 271. In dottrina, v. M. Tommasini, *Green claim e sostenibilità ambientale. Le tutele ed i rimedi apprestati dall'ordinamento contro le pratiche di* greenwashing, in *Dir. fam. pers.*, 2023, 858 ss.; M. Cristofori, *Il ruolo della proprietà intellettuale per lo sviluppo della sostenibilità. Riflessioni e prospettive*, in *Riv. dir. ind.*, 2023, I, 38 ss.

[29] Trib. Milano, sez. impr., 20 luglio 2022, in *Danno e resp.*, 2023, 5, 657, con nota di A. Seminara, *I limiti della comunicazione pubblicitaria nei rapporti business to business, tra vanti di ecosostenibilità e raffronti fuorvianti,* in *Danno e resp.*, 2023, 5, 659. Secondo l'A.: «da fornitura di informazioni assurge - come d'altronde tutti i provvedimenti in materia di pratiche commerciali - a strumento per la realizzazione della libera circolazione delle merci all'interno del mercato unico europeo (art. 3, par. 1 e 2, Reg. UE 1169/ 2011). Non può non rilevarsi come nel settore alimentare l'obbligo di una corretta comunicazione commerciale assume una portata assai pregnante, riguardando informazioni su beni idonei a condizionare direttamente la salute umana».

[30] In tema di pubblicità, cfr. P. Auteri, La *pubblicità comparativa secondo la direttiva n. 97/55/CE*, in *Contr. impr. eur.*, 1998, 601ss.; E. Apa, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali,* Napoli, 2011; G. De Cristofaro (a cura di), *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso,* Milano, 2020; M. Fusi, P. Testa, *Diritto e Pubblicità,* Milano,

Secondo l'attrice, la campagna pubblicitaria sarebbe stata illegittima in quanto idonea a confondere il consumatore medio rispetto alle caratteristiche del prodotto, inducendolo a ritenere erroneamente che tra le acque minerali naturali e le acque potabili di rubinetto non vi fossero differenze qualitative; a parere dell'attrice; inoltre, i *claims* che facevano riferimento alla plastica come inquinante, oltre che inveritieri, sarebbero stati altresì denigratori dell'attività e delle imprese produttrici di acqua minerale naturale.
Al netto di altre censure della ricorrente che sono state ritenute contrarie al dettato normativo, è di interesse sottolineare come il Tribunale abbia ritenuto legittimi e veritieri i passaggi che bollavano come inquinante la plastica delle bottiglie di acqua minerale, affermando che «Non è né denigratorio né falso il riferimento come inquinante alla plastica, adoperata spesso per l'imbottigliamento dell'acqua minerale naturale, effettuato da parte convenuta in considerazione del fatto che l'acqua del rubinetto, diversamente dall'acqua minerale naturale, per essere consumata, non ha bisogno di essere imbottigliata alla fonte. Non si ritiene significativa, a tal fine, la mancata precisazione che le bottiglie di plastica utilizzate sono realizzate in PET, riciclabile al 100%, in quanto è evidente che anche lo smaltimento di tale materiale è potenziale causa di rischio d'inquinamento ambientale, presentando, comunque, un costo economico di smaltimento e di riciclo».
Di contro il Tribunale di Milano ha accolto solamente due delle plurime doglianze sollevate dall'attrice, riconoscendo in particolare l'illegittimità dello slogan che attribuiva all'acqua filtrata «tutti i benefici dell'acqua minerale» e della tabella comparativa dei costi di consumo dei rispettivi prodotti, affermando che «è ingannevole l'attribuzione all'acqua filtrata dei benefici dell'acqua minerale, ed è parimenti fuorviante la comparazione dei costi di consumo indicante dati non del tutto veritieri, o comunque ancorata a parametri poco chiari al consumatore».

5. Considerazioni conclusive

Il progressivo deterioramento delle condizioni ambientali del no-

2006; A.P. Seminara, *L'informazione pubblicitaria nell'ambito della regolazione giuridica dei mercati*, Napoli, 2023.

stro pianeta ed il susseguirsi di fenomeni ambientali estremi, con conseguenze spesso devastanti per le economie dei paesi colpiti, hanno contribuito a rafforzare la sensibilità verso la sostenibilità ambientale sia a livello istituzionale con l'adozione di politiche «*green*» che dei singoli consumatori con scelte di acquisto più mirate sotto il profilo della sostenibilità ambientale.
L'importanza dell'argomento ha spinto anche il nostro legislatore costituzionale ad intervenire sull'argomento, con la L. 11 febbraio 2022, n. 1, riformando gli artt. 41 e 9 Cost., la quale ha posto il riconoscimento dell'ambiente, la tutela delle biodiversità e degli ecosistemi, fra i valori protetti dalla carta costituzionale. In particolare, relativamente al nuovo testo dell'art. 41, comma 2, con riguardo all'esercizio della libertà di iniziativa economica, viene ora espressamente stabilito come la stessa non può essere perseguita, oltre che in contrasto con l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana - elementi già considerati nel contenuto del testo precedente - qualora possa recare danno anche alla salute o all'ambiente. Ugualmente, seguendo la stessa prospettiva, il testo del nuovo art. 9 Cost. sottolinea come la necessità di tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, sia prevista anche «nell'interesse delle future generazioni»[31].
In questo contesto è parimenti aumentata l'attenzione mostrata dai consumatori nell'acquisto di prodotti e servizi orientati verso la sostenibilità. Non vi è dubbio che il *greenwashing* possa oggi influenzare profondamente la percezione del consumatore, che spesso si basa sulle dichiarazioni ambientali delle aziende per prendere decisioni di acquisto. Quando si scopre che un'azienda pratica il *greenwashing*, nel consumatore ingannato si verifica un senso di tradimento e diffidenza. Questo produce un effetto a macchia d'olio che mina indiscriminatamente la fiducia dei consumatori nelle dichiarazioni ambientali in generale, rendendo più difficile distinguere le aziende realmente impegnate nella sostenibilità e comunque danneggiandole.
Nel mercato odierno clienti, consumatori e più in generale tutti gli *stakeholder*, hanno un accesso all'informazione sempre più facilitato e completo; al contempo prestano più attenzione nel tutelare i pro-

[31] In argomento v. G. Marcatajo, *La riforma degli articoli 9 e 41 della costituzione e la valorizzazione dell'ambiente,* in *Ambientediritto.it,* 2022, 2, 8; Id., *Ambiente e tutela individuale intergenerazionale*, in *The Cardozo Electronic Law Bullettin*, 2020, 1, 1 ss.; Id., *La tutela dell'ambiente come diritto della persona,* in *Riv. giur. amb.*, 2021, 3, 611 ss.; M. Pennasilico, *Economia circolare e diritto: ripensare la «sostenibilità»,* in *Pers. e Merc.,* 2021, 1, 714 ss.

pri interessi, sicché «l'informazione è divenuta una merce e quasi una materia prima che può essere sfruttata, venduta o tesaurizzata». Millantare strategie *green* senza un riscontro effettivo, cercando quasi una *captatio benevolentiae* nei consumatori non produce più gli effetti positivi di un tempo, al contrario può comportare effetti devastanti sulla reputazione e credibilità delle imprese.

Il fenomeno del *greenwashing* non può più essere ricondotto ad una mera problematica comunicativa, la correttezza dell'immagine sostenibile trasmessa e la sua aderenza alla realtà sono elementi che implicano una valutazione di liceità del comportamento delle imprese rispetto alle politiche e scelte adottate dalla stessa. Pertanto, una regolamentazione efficace è cruciale per proteggere i consumatori, garantire la trasparenza aziendale e stimolare l'adozione di pratiche sostenibili autentiche: la strada verso un consumismo eticamente responsabile richiede la collaborazione tra aziende, governi, organizzazioni non governative e, soprattutto, i consumatori stessi. È fondamentale educare il pubblico su come riconoscere il *greenwashing*, premiare le aziende autenticamente impegnate nella sostenibilità e incoraggiare scelte di consumo più consapevoli. Solo attraverso un impegno congiunto si può sperare di raggiungere una vera sostenibilità, preservando il nostro pianeta per le generazioni future. In questa ottica ci si augura che la nuova Direttiva Europea n. 825/2024 di prossima applicazione, attraverso l'adozione di regole chiare e comuni, destinate a tutte le imprese che utilizzano autodichiarazioni ambientali, possa porre fine al fenomeno del c.d. «ambientalismo di facciata» che negli ultimi anni ha trovato terreno sempre più fertile grazie all'assenza appunto di una regolamentazione specifica.

I procedimenti alternativi: un istituto in evoluzione, finalità e metodologia di realizzazione con particolare riferimento alla mediazione civile e commerciale

Giovanni Carini
Avvocato del Foro di Napoli

Abstract

Il presente contributo analizza l'istituto della mediazione civile e commerciale quale forma alternativa di risoluzione delle controversie, evidenziandone l'evoluzione normativa, le finalità e le modalità operative, con particolare riferimento al recepimento della mediazione nell'ordinamento nazionale, esaminando le principali tappe legislative e le influenze del diritto sovranazionale. Viene dedicata particolare attenzione alla cosiddetta "prefase", così come configurata nel sistema previgente alla Riforma Cartabia, quale momento cruciale per comprendere la portata applicativa e gli effetti della mediazione obbligatoria Il contributo si sofferma poi sull'analisi soggettiva delle parti coinvolte nel procedimento: il ruolo del mediatore, le prerogative e responsabilità delle parti, la funzione dell'avvocato nel garantire l'effettività delle tutele, nonché l'intervento indiretto ma significativo del giudice. L'elaborato mette in luce la mediazione come strumento in evoluzione, non solo alternativo al processo giudiziario, ma anche complementare ad esso, ponendo l'accento su una cultura della composizione consensuale e sull'efficienza del sistema giustizia nel suo complesso.

This paper examines the institution of civil and commercial mediation as an alternative dispute resolution mechanism, highlighting its regulatory evolution, underlying purposes, and operational framework, with specific reference to its implementation within the Italian legal system. The analysis retraces the main legislative milestones and explores the influence of supranational legal sources.Particular attention is devoted to the so-called "preliminary phase", as shaped under the legal framework prior to the Cartabia Reform, which represents a pivotal stage for understanding both the scope of mandatory mediation and its practical effects. The contribution also focuses on the roles and responsibilities of the key actors involved in the mediation process: the mediator, the parties, the legal counsel, and the judge, whose indi-

rect yet significant involvement contributes to the effectiveness of the procedure. The paper presents mediation as an evolving legal instrument, not merely as an alternative to judicial proceedings, but also as a complementary avenue within the justice system, promoting a culture of consensual dispute resolution and supporting the broader goal of judicial efficiency.

Sommario*:* 1. Premessa – 2. Il recepimento della mediazione nell'ordinamento italiano. – 3. La fase preliminare (c.d. "prefase") nel sistema previgente alla Riforma Cartabia – 4. I soggetti del procedimento di mediazione a) il mediatore – b) le parti – c) l'avvocato – d) il giudice.

1. Premessa

A quindici anni dalla sua prima disciplina (D.Lgs. 28/2010), la mediazione civile e commerciale ha assunto un ruolo sempre più centrale nel sistema giuridico italiano. Il suo sviluppo è stato sostenuto da una serie di riforme legislative e politiche pubbliche, tra cui il D.Lgs. 149/2022 (Riforma Cartabia) con l'ampliamento delle materie soggette a mediazione obbligatoria e la riforma strutturale della procedura e il D.Lgs. 216/2024, entrato in vigore il 25 gennaio 2025, che ha introdotto importanti correttivi e strumenti digitali (mediazione e firma telematica, estensione temporale del procedimento fino a sei più tre mesi, norme precise su deleghe e patrocinio. Grazie a queste misure, la mediazione si è progressivamente affermata come uno degli strumenti privilegiati all'interno dell'ADR (Alternative Dispute Resolution), contribuendo all'obiettivo di una giustizia più rapida, accessibile e meno onerosa per cittadini e imprese[1].
Questo istituto, che consente alle parti di risolvere le controversie al di fuori del tradizionale processo giudiziario, si propone come una valida alternativa fondata sul dialogo, la collaborazione e la responsabilizzazione dei soggetti coinvolti. La mediazione civile e commerciale permette infatti di evitare i costi – economici, temporali e anche emotivi – tipici del contenzioso ordinario, contribuendo nel contempo ad alleggerire il carico di lavoro dei tribunali e a ridurre i tempi di definizione delle controversie. Negli ultimi anni, anche alla luce degli interventi normativi più recenti, l'istituto sta acquisendo una concreta efficacia applicativa e una crescente funzionalità operativa, divenendo uno strumento sempre più integrato nella pratica forense e nella cultura giuridica italiana. Non si tratta solo di un meccanismo alternativo, ma di una nuova forma di giustizia 'partecipata', in cui le parti, con l'assistenza di un mediatore terzo e imparziale, possono costruire soluzioni condivise e personalizzate, evitando l'imposizione di una decisione eterodiretta. Se compiutamente attuata – attraverso adeguata formazione degli operatori, rafforzamento delle strutture, incentivi normativi e cul-

---

[1] Russo M., *La reintroduzione della mediazione obbligatoria*, in *Giur. it.*, 2015, 485; Santi, A., *Opportunità, strategie e cautele del nuovo modello di mediazione civile e commerciale*, in *Società*, 2014, 1105.

turali – la mediazione può rappresentare una svolta epocale per il sistema giuridico italiano, inteso nella sua dimensione più ampia: non solo come apparato giudiziario, ma come strumento di tutela effettiva dei diritti, di efficienza amministrativa e di coesione sociale. In tale prospettiva, la promozione della mediazione non risponde soltanto a logiche deflattive, ma si inserisce in un più ampio disegno di rinnovamento della giustizia, fondato su valori di responsabilità, autonomia negoziale e composizione consensuale dei conflitti. Il legislatore, nell'introdurre quei procedimenti che possiamo definire sinteticamente e in generale, negoziazioni stragiudiziali alternative alla sede contenziosa, tra i quali rientra a pieno titolo la mediazione, ha inteso realizzare un progetto ambizioso ponendo le basi per un diverso approccio, anche culturale che anche la dottrina da tempo professa del modo di dirimere le controversie[2]. Ed è in questa direzione ed ottica che il legislatore ha dovuto operare, con norme che potremmo definire aperte e programmatiche, perché coerenti con una metodologia sperimentale e prudente, per cercare di rendere compatibile i procedimenti alternativi con il nostro ordinamento, considerate anche le sempre più pressanti sollecitazioni dell'Unione Europea in questa direzione. Questo perché, se da un lato lo scopo che deve ispirare il legislatore, era ed è principalmente e soprattutto quello deflattivo per risolvere il problema del sovraffollamento dei Tribunali, offrendo strumenti alternativi che alla fine diano un risultato analogo se non migliore del provvedimento giudiziale, dall'altro non si doveva rischiare che tale scelta intaccasse il labile confine col diritto di agire in giudizio e non si imponessero oneri economici eccessivi a carico dell'utenza. Tuttavia, nonostante le riforme legislative abbiano posto la mediazione civile e commerciale al centro delle politiche di deflazione del contenzioso, i risultati iniziali non hanno pienamente rispecchiato le aspettative del legislatore. La percentuale di controversie effettivamente risolte in sede di mediazione, soprattutto nei primi anni di applicazione del D.Lgs. 28/2010, si è rivelata inferiore rispetto agli obiettivi prefissati[3]. Questa discrasia tra la di-

---

[2] Danovi e. F. Ferraris, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, 2013.

[3] Matteucci G., *Mediazione civile e commerciale in Italia dopo la Riforma Cartabia, Da Zaleuco di Locri Epizefiri (VII secolo A.C.) all'intelligenza artificiale. Appunti per la formazione, 2024,* Aracne. La Prima Presidente della Corte di cassazione, Margherita Cassano, nella relazione di apertura dell'anno giudiziario 2024, ha rappresentato che "nel settore civile le pendenze sono diminuite dell'8,2 per cento nei tribunali e del 9,8 per cento nelle corti d'appello. La durata media dei procedimenti si è ridotta in primo grado del 6,6 per cento e in appello del 7 per cento. Il *disposition time* è sceso del 6,4 per cento nei tribunali

mensione normativa e l'applicazione concreta dell'istituto è riconducibile a una pluralità di elementi, che spaziano da una resistenza culturale al cambiamento del tradizionale paradigma contenzioso, a una limitata consapevolezza delle reali potenzialità della mediazione, fino a criticità organizzative legate alla qualità e all'uniformità dell'offerta dei servizi di mediazione sul territorio. L'approccio tradizionale, fortemente ancorato alla logica del conflitto *rectius,* del processo giudiziario e della decisione imposta dal giudice, ha ostacolato la diffusione di una cultura della mediazione, basata sul dialogo, sull'autonomia delle parti e sulla ricerca di soluzioni condivise. In secondo luogo, ha pesato anche una limitata conoscenza del funzionamento e dei vantaggi pratici della mediazione, sia da parte dei cittadini che degli stessi operatori del diritto. Spesso, l'istituto è stato percepito come un passaggio burocratico, imposto per legge, piuttosto che come un'opportunità concreta per risolvere le controversie in modo efficace, rapido ed economicamente sostenibile. A ciò si aggiungono come innanzi evidenziato, criticità di natura organizzativa e strutturale: disomogeneità territoriale nell'offerta dei servizi di mediazione, carenze nella formazione professionale dei mediatori, e una scarsa valorizzazione del ruolo dell'avvocato come promotore della soluzione negoziale, hanno ulteriormente rallentato l'effettiva affermazione dell'istituto. Solo negli ultimi anni, anche grazie al rafforzamento normativo operato dalla Riforma Cartabia (D.lgs. n.149/2022) e al successivo correttivo del 2024 (D.lgs. n.216/2024), si è assistito a un progressivo cambio di paradigma, volto a superare tali ostacoli attraverso un approccio integrato, che unisce strumenti normativi, incentivi economici e interventi culturali. Tuttavia, la strada per una piena attuazione della mediazione come pratica diffusa e spontaneamente scelta dalle parti resta ancora

---

e del 6,4 per cento nelle corti d'appello. Fra i tanti aspetti delle modifiche normative che hanno reso possibili questi risultati confortanti desidero citarne uno in particolare: la mediazione. Dai dati ministeriali emerge, infatti, una sua significativa applicazione soprattutto nelle cause in tema di successione, divisione ereditaria, diritti reali, condominio, assicurazione, responsabilità extracontrattuale già instaurate, a dimostrazione di un mutamento condiviso di cultura di giudici e avvocati", sottolineando"[c]ome osservato nella dottrina, il valore della mediazione non risiede soltanto nella sua capacità deflativa, quanto piuttosto nella sua idoneità a realizzare la coesione sociale, a porre al centro la persona, prima ancora che la 'parte', a restituire agli individui l'opportunità di comprendere le ragioni del conflitto e di acquisirne la consapevolezza, a promuovere l'ascolto empatico dell'altro, a gestire relazioni efficaci attraverso il confronto" (25 gennaio 2024, apertura anno giudiziario 2024, relazione, 6-7).

in via di consolidamento. Solo il crescente riconoscimento delle sue potenzialità in termini di efficienza, economicità e conservazione dei rapporti interpersonali, sia nel settore civile che commerciale, si rivela particolarmente vantaggioso tanto per le aziende, che possono risolvere rapidamente controversie commerciali evitando lunghi e costosi procedimenti legali, quanto per i privati che, tramite la mediazione, hanno l'opportunità di raggiungere soluzioni più rapide e soddisfacenti, senza compromettere relazioni personali o familiari. Questi vantaggi rendono la mediazione uno strumento sempre più rilevante nel panorama delle controversie, sia nel contesto civile che in quello commerciale.

Un breve excursus di carattere storico-normativo si rivela imprescindibile ai fini di una compiuta comprensione dell'evoluzione dell'attuale sistema regolatorio. Tale ricostruzione consente di cogliere non solo le ragioni sottese alla sua genesi, ma anche le criticità strutturali e applicative che ne hanno segnato lo sviluppo e che continuano, in parte, a condizionarne l'efficacia nel contesto giuridico contemporaneo. Già dagli anni '70, la cultura della mediazione nel nostro Paese, intesa come strumento validamente alternativo, affonda le sue radici nel più ampio processo di recepimento, da parte dell'Italia, delle sollecitazioni provenienti dal diritto europeo in materia di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) allo scopo di realizzare una tutela effettiva dei diritti dei consumatori, con attraverso l'istituzione di comuni norme procedurali, finalizzate a fornire un valido rimedio alla criticità della situazione legata all'organizzazione dei sistemi giudiziari nazionali. L'Unione Europea ha svolto un ruolo cruciale nell'incentivare l'istituto della mediazione civile attraverso una serie di con atti normativi e iniziative, volte a promuovere metodi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR - Alternative Dispute Resolution) nei suoi Stati membri. L'intervento dell'Unione Europea in materia di risoluzione alternativa delle controversie ha avuto inizio con due atti di *soft law* di particolare rilievo: la Raccomandazione 98/257/CE del 30 marzo 1998 e la Raccomandazione 2001/310/CE del 4 aprile 2001. Con tali strumenti, la Commissione ha sollecitato gli Stati membri a promuovere l'adozione di procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie civili e commerciali, evidenziando la necessità di garantire meccanismi alternativi al processo ordinario, improntati a criteri di efficienza, imparzialità, trasparenza e rapidità. Queste Raccomandazioni hanno segnato l'avvio di una strategia europea volta

a favorire la cultura della composizione consensuale, ponendo le basi per l'elaborazione della successiva Direttiva 2008/52/CE, che avrebbe conferito al tema un inquadramento giuridico vincolante. Il focus posto sulle controversie civili e commerciali con implicazioni transfrontaliere riflette la volontà delle Istituzioni sovranazionali di superare gli ostacoli legati alla frammentazione giuridica e alle difficoltà pratiche di accesso alla giustizia in un'Unione Europea sempre più integrata. Il Libro Verde sulle ADR[4] è un trattato sistematico, che pone in risalto l'importanza degli strumenti ADR e la centralità che devono assumere nell'ambito della tutela dei diritti, non solo come rimedio alla paralisi della macchina giustizia, ma come valorizzazione ed ampliamento della possibilità di accedere alla giustizia da parte del cittadino, con un diverso approccio ed una diversa mentalità rispetto a quella del contenzioso.

Questi interventi hanno dunque rappresentato un primo e fondamentale passo verso la costruzione di un quadro normativo armonizzato in materia di mediazione e altre forme di ADR, che ha trovato compimento con l'adozione della Direttiva 2008/52/CE, conferendo per la prima volta un valore vincolante a tali principi e promuovendo la diffusione della mediazione come strumento complementare e alternativo alla giurisdizione ordinaria. Nella Direttiva n. 2008/52/CE il tema è affrontato con una visione globale, distaccandosi totalmente dall'atteggiamento settoriale della tutela del consumatore che fino ad allora aveva caratterizzato le iniziative dell'Unione. Tale direttiva disegna un modello di mediazione sistematico ed unitario per le controversie transfrontaliere, prevedendo che siano assicurate garanzie di rapidità ed efficienza, convenienza ed equità, alle procedure che tendono alla risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale, purché relative a diritti disponibili. La direttiva fra le linee guida si è proposta di fornire un quadro giuridico comune per la mediazione nelle controversie civili e commerciali, al fine di renderla più accessibile e efficace in tutta l'UE. Inoltre, semplificando la gestione delle controversie che coinvolgono più Stati membri, promuovendo una maggiore cooperazione tra le giurisdizioni nazionali, viene favorita la mediazione transfrontaliera, attraverso la creazione

[4] Il Libro Verde sulle Alternative Dispute Resolution (ADR), pubblicato dalla Commissione Europea nel 2002 (Bruxelles, 19.04.2002), ha rappresentato un passaggio fondamentale nel processo di promozione e diffusione degli strumenti ADR all'interno dell'Unione Europea e ha costituito il presupposto teorico e politico per l'adozione, nel 2008, della Direttiva 2008/52/CE.

di standard minimi per la formazione dei professionisti del settore viene garantita l'imparzialità e la competenza dei mediatori. Infine, si promuove l'autonomia delle parti, riconoscendo loro la libertà di scegliere la mediazione come metodo preferenziale di risoluzione delle controversie, anziché il ricorso al sistema giudiziario[5]. Prevede inoltre, tutele specifiche sulla qualità dei mediatori, sugli obblighi di riservatezza, sul riconoscimento di effetti dell'istanza di mediazione sui termini di prescrizione e di decadenza, nonché sull'esecutività degli accordi risultanti, cristallizzando perciò rilevanti principi di fondo in tema di mediazione cui gli stati membri devono attenersi nel legiferare in materia. La succitata direttiva prevedeva altresì, l'obbligo per gli Stati membri, di dare attuazione alla stessa entro il 21 maggio 2011, obbligo adempiuto dall''Italia con l'emanazione del D.lgs. 4 marzo 2010 n.28 che al pari di altri Stati membri, nel recepire la direttiva, la ha assimilata ad una normativa-quadro cui disciplinare l'istituto della mediazione a livello nazionale. Dunque, sulla base della Direttiva 2008/52/CE, il governo italiano ha emanato il D.lgs. n. 28/2010[6] per coordinare le disposizioni vigenti in materia di mediazione e conciliazione in ambito civile e commerciale, nel rispetto delle linee guida della disciplina comunitaria, ispirandosi in parte anche alla abrogata normativa della conciliazione stragiudiziale in materia societaria. Quindi per la prima volta, l'istituto della mediazione veniva, con portata sistematica, introdotto nell'ordinamento italiano come un metodo alternativo per la risoluzione di tutte le controversie civili e commerciali relative a diritti disponibili, superando gli interventi normativi spot per determinate materie quale quella societaria.. Tuttavia, questo primo intervento sistematico subì un quasi immediato arresto ad opera della Corte costituzionale. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal TAR del Lazio – Roma, in riferimento all'art. 5, comma 1, del D.lgs. 28/2010, nella parte in cui subordinava la proponibilità della domanda giudiziale al previo esperimento del tentativo di mediazione obbligatoria[7]. La pronuncia ha, dunque, segnato un

---

[5] Alcuni Stati membri hanno adottato misure di sconto o gratuità per determinati tipi di mediazione, con l'intento di promuoverne l'uso.

[6] D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 - Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

[7] Proto Pisani A., *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, IV, 142 ss., spec. 145; Dittrich L.,*Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 575 ss., prec. 585-586; Balena G., *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 333 ss., spec. 341; Tiscini R., *La mediazione civile e commerciale*, Torino,

momento di arresto nel processo di implementazione della mediazione obbligatoria, sollevando interrogativi sul rapporto tra esigenze di efficienza processuale e rispetto del principio di legalità formale, che impone la stretta osservanza dei limiti della delegazione legislativa in materia di diritti soggettivi e accesso alla giurisdizione. La Corte costituzionale con la sentenza 6 dicembre 2012 n. 272 dichiarava l'illegittimità costituzionale della disposizione, ritenendo che il legislatore delegato avesse ecceduto i limiti della legge delega (L. 69/2009). In particolare, secondo il Giudice delle leggi, la delega non contemplava, né in modo espresso né implicito, la possibilità di introdurre una mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, attribuendo così al legislatore delegato un potere normativo che eccedeva i confini tracciati dal Parlamento. Secondo la Corte, il legislatore aveva esorbitato dai confini della legge delega, introducendo e regolamentando l'istituto della mediazione obbligatoria, non espressamente né implicitamente previsto. La Corte accoglieva tale profilo formale, dichiarando assorbiti gli altri profili avanzati dai giudici remittenti come il dubbio di costituzionalità in relazione al diritto di azione e di difesa sancito dall'art. 24, quello della ragionevole durata del processo previsto dall'art. 111, nonché al principio di uguaglianza garantito dall'art. 3) della Carta. Tali ultimi profili rimanevano dunque impregiudicati, ma rappresentano il parametro cui il legislatore deve attenersi per adeguare e rendere compatibili, nei limiti del possibile, i procedimenti in esame con le regole dell'ordinamento, calmierando l'impatto che essi possono avere sulla radicata cultura del contenzioso. Il legislatore quindi, anche in ragione dei sollecitati profili di incostituzionalità, non ha potuto non attenersi a quei parametri prudenziali, richiamati in premessa, per cercare di non ricadere in censure di incostituzionalità ed adottando quale metodo di realizzazione della normativa il sistema dei "mezzi persuasivi" che sono quelli che andremo ad approfondire di seguito anche e soprattutto in una ottica evolutiva della legislazione.

2. Il recepimento della mediazione nell'ordinamento italiano.

Il recepimento della Direttiva 2008/52/CE da parte dell'Italia ha rappresentato un momento decisivo nel processo di riconoscimento della mediazione come strumento alternativo di risoluzione delle controversie in ambito civile e commerciale. Chiarite le fonti e gli

2011, 143 ss.

indirizzi programmatici da osservare per disciplinare la normativa in esame, la principale incombenza del legislatore è stata, o perlomeno doveva essere, quella di adattarla alla peculiarità del nostro ordinamento e renderla compatibile con esso. Tuttavia, l'intervento del legislatore italiano, non si è limitato a un mero adeguamento formale agli obblighi comunitari, ma ha assunto una portata più ampia, cercando di trasformare la mediazione in un elemento strutturale della strategia di deflazione del contenzioso giudiziario. Uno dei primi e più rilevanti profili su cui occorre soffermarsi è quello relativo alla obbligatorietà del tentativo di mediazione, che ha suscitato fin da subito le maggiori perplessità e ha rappresentato il nodo centrale delle critiche dottrinali e giurisprudenziali. Come già evidenziato, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 272 del 2012, non si è pronunciata nel merito sulla compatibilità della mediazione obbligatoria con i principi costituzionali, bensì ha ritenuto viziato il procedimento legislativo, censurando il comportamento del Governo per eccesso di delega legislativa. In altri termini, il Giudice delle leggi non ha escluso in astratto la legittimità di un sistema di mediazione obbligatoria, purché tale previsione fosse introdotta direttamente dal Parlamento, in forza di una legge ordinaria o di una delega legislativa esplicita e puntuale. Ciò comportò la sospensione temporanea dell'efficacia della mediazione obbligatoria e riaprì il dibattito sulla necessità di una previsione espressa del Parlamento per limitare l'accesso alla giustizia. A seguito della richiamata sentenza della Corte Costituzionale, con il Decreto-Legge 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. *Decreto del Fare*), convertito con modificazioni dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98, il legislatore reintrodusse la mediazione obbligatoria in una forma rinnovata e costituzionalmente legittima, poiché fondata ora su una legge parlamentare[8]. Con tale intervento normativo che introdusse l'obbligo di assistenza legale delle parti già dalla fase iniziale, l'incontro informativo preliminare gratuito, volto a illustrare alle parti la funzione e le modalità della mediazione e sanzioni processuali per la mancata partecipazione senza giustificato motivo si cercò di gestire le criticità emerse anche dalle voci contrarie all'istituto, mitigandone l'impatto soprattutto in relazione alla reintroduzione della obbligatorietà del tentativo di mediazione per le medesime materie già individuate nel 2010. Pur confermando l'obbligatorietà del previo esperimento del procedimento di media-

[8] D.L. 21 giugno 2013 n.69 convertito in Legge n.98/2013

zione per le materie espressamente individuate dalla legge[9], a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, il legislatore del *Decreto del Fare* ha attribuito alla nuova disciplina una natura sperimentale e temporanea. In particolare, la disposizione transitoria prevedeva che l'efficacia del regime obbligatorio sarebbe stata monitorata in base ai risultati concreti conseguiti, valutando i dati statistici relativi al numero dei procedimenti attivati, agli accordi raggiunti e al livello di soddisfazione degli utenti. Tale impostazione denota un approccio prudenziale e valutativo, volto a verificare in itinere l'effettiva capacità della mediazione obbligatoria di contribuire alla deflazione del contenzioso, alla riduzione dei tempi processuali e al miglioramento dell'accesso alla giustizia. In tal senso, l'obbligatorietà è stata concepita non come un elemento definitivo e strutturale del sistema, ma come uno strumento da sottoporre a verifica empirica, in attesa di riscontri positivi che ne giustificassero la conferma e l'estensione futura. Ed infatti si previde che la normativa conservasse efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore ed in particolare, al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore doveva essere attivato su iniziativa del Ministero della Giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione. In tale quadro normativo, viene espressamente ribadito l'obbligo, in capo agli organismi di mediazione, di trasmettere periodicamente i dati statistici relativi all'attività svolta, secondo le modalità e le tempistiche stabilite dalla Circolare della Direzione Generale di Statistica del Ministero della Giustizia[10]. Questa fase di rilevazione e controllo riveste un'importanza strategica nell'ambito della *valutazione dell'efficacia del sistema di mediazione*, in quanto consente al legislatore e all'amministrazione di individuare eventuali criticità, disomogeneità territoriali o disfunzioni operative, nonché di orientare le future riforme sulla base di dati concreti e verificabili.

---

[9] Condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da responsabilità per danno da circolazione stradale, diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi bancari e finanziari.

[10] L'eventuale inadempimento di tale obbligo informativo non è privo di conseguenze. In base all'art. 4 del D.M. 180/2010, infatti, la mancata comunicazione dei dati statistici può essere valutata come indice di inattività dell'organismo o, comunque, come segnale della sua inidoneità a garantire uno standard minimo di efficienza e qualità richiesto dalla normativa regolamentare. Tale inosservanza può dunque comportare provvedimenti sanzionatori da parte del Ministero, fino alla sospensione o cancellazione dell'organismo dal registro tenuto presso il Ministero della Giustizia.

3. La fase preliminare (c.d. "prefase") nel sistema previgente alla Riforma Cartabia

Un ulteriore strumento di affermazione del sistema ADR nei termini di gradualità attuativa di cui si discute, lo si ricava dall'art. 8 introdotto sempre introdotto con la riforma del D. Lgs. n. 28/2010 a seguito della dichiarazione di incostituzionalità[11]. Tale disposizione, riformulata poi dal D.L.n.69/2013 (cd. Decreto del Fare) convertito nella Legge n. 98/2013, prevedeva l'obbligo per le parti di partecipare personalmente al primo incontro di mediazione, accompagnate dai propri avvocati dove il mediatore invitava « le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento». Questo primo incontro ha una funzione informativa e preliminare, finalizzata a chiarire alle parti la natura, le modalità e i potenziali vantaggi della procedura di mediazione, lasciando loro la libertà di decidere, al termine di questa fase, se proseguire o meno il procedimento.
Questa seppur limitata disposizione racchiudeva in sé, nella sostanza, il fulcro della consistenza della mediazione, nel senso che il corretto inquadramento di tale norma e la sua giusta applicazione, rappresentano sotto il profilo metodologico un valido strumento per garantire un efficace svolgimento secondo le finalità e la ratio, ispiratrici della legge. Ma non è mancato chi è ha sottolineato che tale previsione ha rappresentato un compromesso normativo significativo in quanto se da un lato, ha ristabilito l'obbligatorietà della mediazione per le materie previste dalla legge, dall'altro ha introdotto un correttivo sostanziale, ridimensionando la rigidità della condizione di procedibilità e rafforzando la dimensione volontaria e consapevole della scelta mediativa[12]. Il primo incontro, dunque, costituisce oggi un momento cardine del sistema, in quanto consente alle parti di maturare una decisione informata e assistita, in un'otti-

---

[11] Colucci A., Marchi S., Meghnagi S, *La mediazione civile e commerciale. Un'attività multidisciplinare*, 2011, Ediesse. Cosi G., Romualdi G., *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, 2012, Giappichelli, Bove M., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, 2011, CEDAM.

[12] Sul rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 363-*bis*c.p.c. in merito alla soggezione o meno della domanda riconvenzionale al tentativo di mediazione ai fini della sua procedibilità si v. Cass. Civ., SS. UU. 7 febbraio 2024, n. 3452 in *Foro it.*, 2024, I, 752, con nota di Zanello A.; e commentata da Zucconi Galli Fonseca E., *Mediazione e nuove domande*, in *Giustizia consensuale,* n. 1/2024.

ca di responsabilizzazione e di autodeterminazione. In quest'ottica, l'art. 8 contribuisce non solo alla razionalizzazione del contenzioso, ma anche alla diffusione di una cultura della mediazione, che si fonda su strumenti giuridici chiari, graduali e coerenti con i principi di efficienza, accessibilità e partecipazione consapevole alla giustizia.
Trattasi di un aspetto che, sebbene possa apparire come estraneo allo svolgimento del processo di mediazione vero e proprio, richiede particolari comportamenti ed abilità in capo alle parti ed ai professionisti che intervengono a vario titolo nel procedimento e, prima di tutto, del mediatore. Difatti un primo esame della disposizione che disciplina la fase preprocedimentale, può facilmente condurne ad una equivoca lettura, interpretandola come una fase meramente formale, durante la quale le parti potrebbero, ipoteticamente, essere libere di decidere a loro piacimento ed in piena autonomia, se instaurare o meno il procedimento di merito passando alla fase successiva, risparmiando così i costi della mediazione. Ovviamente non si può nascondere che una simile impostazione deriverebbe da una inadeguata conoscenza della ratio dell'istituito, cosa che poteva essere comprensibile agli arbori della sua introduzione, ma non a distanza di tanti anni. Questa fase invece nella vigenza della normativa prima della riforma Cartabia che l'ha poi eliminata[13], era davvero importante[14] perché, pur rientrando nel novero delle modalità procedimentali non vincolanti, la si può considerare una palestra di formazione della corretta ed esaustiva tecnica negoziale, per realizzare la finalità normativa.
Infatti, anche se la conclusione della mediazione si realizza solo in seguito, già nella prefase appare chiaro quello che sarà lo svolgimento della procedura in termini di serietà concretezza e delle probabilità che possa culminare in un accordo o in una proposta di accordo, per cui è evidente che è in questa fase che si verifica il vaglio della serietà e fattibilità del procedimento. Il compito del mediatore è infatti, prima di tutto, quello di convincere le parti sull'utilità, almeno potenziale, dello strumento per raggiungere la dovuta consapevolezza delle potenzialità della mediazione. Bisogna da subito dire che sotto il profilo interpretativo, esiste una demarcazione tra la portata meramente formale e quella sostanziale del primo incontro

---

[13] Il "correttivo Cartabia" (decreto legislativo 216/2024, in vigore dal 25 gennaio 2025) ha modificato l'articolo 6 del D.lgs. n. 28/2010.

[14] Montesano G., Arieta L., *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2001, I, 1, p. 520 5

ma le riflessioni che sono alla base dele relative tesi, pur potendo apparire suggestive non convincono in quanto non sono correttamente proiettate nella realtà concreta del procedimento. Un primo orientamento definito sostanzialistico considera il primo incontro come una fase che non ha una propria autonomia per cui non ci si può limitare alla esecuzione degli adempimenti meramente formali richiamati dalla norma (il mediatore chiarisce la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore sempre nello stesso incontro invita le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione) ma si deve necessariamente accedere al percorso conciliativo entrando quindi nella fase di merito del procedimento rendendo effettiva la mediazione.
Secondo una parte della giurisprudenza di merito[15], solo l'inquadramento sostanzialistico dell'istituto permette alla mediazione di svolgere la sua funzione deflattiva del contenzioso e di non rimanere solo un orpello processuale[16]. Secondo tale orientamento, la circostanza che la parte non approcci alla mediazione con la dovuta serietà può equivalere al mancato esperimento di essa con la conseguenza di cui si è detto. La tesi formalistica invece ritiene che sia sufficiente ciò che la norma sembrava letteralmente indicare: una volta che le parti sono correttamente comparse innanzi al mediatore e sono state rese edotte di termini funzioni e modalità del procedimento, la condizione di procedibilità è stata realizzata.
Richiamati i principi affermati dalla giurisprudenza va evidenziato che la rigidità delle posizioni manifestate destavano perplessità per l'eccessivo estremismo che esprimevano perché non sembravano conformi alla *ratio legis*. Del resto, è proprio la equivocità della disposizione inserita dopo la sanzione di incostituzionalità di cui si è detto, a confermane il ruolo di centralità ed essenzialità per garantire secondo la ratio legis, che il procedimento non si riducesse ad uno strumento dilatorio o coercitivo ma rappresentasse il risultato di ponderate riflessioni tra le parti che con l'assistenza del terzo traggono i concreti argomenti di quello che poi sarà il procedimento attuativo vero e proprio. È evidente che, quando si giunge al tavolo del mediatore, le posizioni delle parti siano ancora distanti: questa circostanza, tuttavia, non è un valido motivo per giustificare il mancato svolgimento del tentativo di mediazione (la c.d. mancanza dei

---

[15] Cfr. Trib. Bologna, n.1833 del 28.07.2021.

[16] Dalla Bontà S., *Mediazione e processo. Note a margine di recenti pronunciamenti giurisprudenziali*, *4* luglio 2024, *Judicium.it*.

presupposti), ma è proprio il presupposto per cui ci si dovrebbe sedere al tavolo della mediazione e procedere oltre il primo incontro, svolgendo una effettiva procedura di mediazione civile. Si potranno così ascoltare i reali bisogni e gli interessi dei soggetti coinvolti e gli avvocati avranno anche l'occasione di ascoltare la versione della controparte, senza i filtri del proprio cliente che, come a volte accade, possono riservare brutte sorprese in seno al giudizio[17]. Come innanzi evidenziato, la Riforma Cartabia sembra segnare un netto superamento dell'impostazione meramente formale che caratterizzava la cosiddetta "prefase", orientandosi verso una visione sostanzialistica della mediazione[18].

In tale prospettiva, l'intervento normativo ha inciso in modo significativo sull'articolazione procedimentale, eliminando la fase meramente informativa e riconducendo il primo incontro a una fase pienamente operativa, come si evince dalla nuova formulazione dell'art. 8, comma 6, del D.Lgs. 28/2010 che testualmente prevede: «*Al primo incontro, il mediatore espone la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, e si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione. Le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse. Del primo incontro è redatto, a cura del mediatore, verbale sottoscritto da tutti i partecipanti*».

Ne consegue che con la riforma Cartabia, il compito attribuito al mediatore assume dunque una valenza sostanziale: egli non si limita a fornire un'informazione preliminare sullo strumento, ma è chiamato ad attivarsi concretamente per favorire un dialogo costruttivo tra le parti, inglobando in questa fase gli aspetti non meramente formalistici, bensì orientato alla composizione del conflitto. Il primo incontro diventa, in questa prospettiva, un momento decisivo per innescare il percorso di mediazione, superando logiche difensive o pregiudizi culturali ancora radicati[19]. Alcuni autorevoli contributi dottrinali[20] hanno posto in rilievo come il superamento di una con-

---

[17] Secondo tale orientamento, la circostanza che la parte non approcci alla mediazione con la dovuta serietà può equivalere al mancato esperimento di essa con la conseguenza di cui si è detto.

[18] Tofanelli M., *La riforma Cartabia tra utopia e passato,* 28 marzo 2023, Judicium.it.

[19] Matteucci G., *Mediazione civile e commerciale dopo la Riforma Cartabi*a, in Altalex.com, 2024: Marinaro M., *La formazione alla mediazione dei conflitti. Spunti di riflessione e percorsi per la riforma*", www.judicium.it, 2 luglio 2021.

[20] Simoncini A., Cremona E., *Mediazione e Costituzione*, in *Giustizia consensuale*, 2022, 3 ss., prec. 16 ss.

cezione meramente strumentale della mediazione, intesa cioè unicamente quale mezzo di deflazione del contenzioso giudiziario[21], consenta di coglierne la valenza autonoma e teleologica. In tale ottica, la mediazione si configura non più soltanto come alternativa processuale, ma come espressione di una diversa cultura della giustizia, coerente con i principi costituzionali e con una visione estesa del concetto di tutela. In particolare, si è osservato come la mediazione possa trovare fondamento nell'art. 2 della Costituzione, il quale riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, ma al contempo richiama inderogabilmente i doveri di solidarietà sociale. Proprio tale richiamo consente di rileggere la mediazione in chiave relazionale e comunitaria, come spazio in cui le dinamiche conflittuali vengono ricondotte nell'alveo del dialogo, della responsabilità condivisa e della ricomposizione cooperativa degli interessi. Lungi dall'essere un semplice strumento tecnico-processuale, la mediazione assume così una dimensione etico-giuridica, capace di valorizzare le spinte coesive presenti nella società civile, e di favorire la costruzione di soluzioni condivise e sostenibili, al di fuori della logica antagonista del processo. Il tavolo di mediazione, in questo senso, diviene luogo di riconoscimento reciproco, di esercizio della libertà responsabile e di promozione della convivenza civile, realizzando pienamente i valori costituzionali che sorreggono l'ordinamento democratico.

In conclusione seppure attualmente non esista più la prefase nei termini di formalità pre-procedimentale, il primo incontro resta comunque una importante indicazione metodologica a cui attenersi per il tentativo della definizione della mediazione che guarda al procedimento ed il legislatore affida la concreta realizzazione della legge non tanto allo strumento coercitivo/sanzionatorio che pur essendo previsto, non può mai spingersi al punto tale di comprimere definitivamente la libertà del cittadino di agire in giudizio per realizzare la propria tutela, quanto a quello della incentivazione della scelta di approcciare consapevolmente al procedimento alternativo realizzando dei vantaggi visibili, rispetto ai consueti strumenti di tutela. Prima di tutto il successo della mediazione è rimesso agli organi del procedimento nel combinato disposto tra le linee guida di professionalità e rigore imposte all'esperto e le modalità attuative che in parte attengono al procedimento, ed in parte a quella abilità negoziale non scritta ma che deve estrapolarsi dalla esperienza trat-

[21] Sulla finalità deflattiva della mediazione obbligatoria, Corte cost. 20 gennaio 2022, n. 10 e 18 aprile 2019, n. 97.

ta dal lungo rodaggio sul campo; in seconda battuta agli strumenti incentivanti diretti termine da utilizzare in senso lato quali le agevolazioni fiscali e il contenimento dei costi.

4. I soggetti del procedimento di mediazione: a) il mediatore – b) le parti – c) l'avvocato – d) il giudice.

a) Il mediatore.

Il quadro delineato evidenzia l'importanza del ruolo del mediatore, il quale è investito del compito di favorire la consapevolezza delle parti circa l'utilità potenziale della procedura, illustrandone i benefici in termini di celerità, economicità e sostenibilità relazionale. Tale impostazione conferma la volontà del legislatore di potenziare il carattere funzionale e non solo formale della mediazione, rendendola uno strumento realmente accessibile e incentivando un cambio di paradigma nella gestione del conflitto[22]. In proposito il legislatore definisce nel D.L. n. 28/2010, il mediatore come un terzo imparziale che assiste due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione delle controversie civili anche con la formulazione di una proposta. Tale definizione non è mutata neppure con la riforma Cartabia

Da tale indicazione non si ricava alcuna specifica professionalità, salvo la partecipazione ad un corso di formazione, poi, escluso per gli avvocati che sono mediatori di diritto e devono solo partecipare a corsi di aggiornamento. Ciò nonostante, una lettura orientata della norma fa cogliere con chiarezza l'importanza strategica del ruolo del mediatore in relazione alle potenzialità dello strumento della mediazione. Nel tempo la fisionomia del mediatore[23] si è ben delineata con la pratica non più meramente formale: egli è chiamato non solo a gestire tecnicamente la procedura, ma anche a illustrare i benefici concreti della mediazione, in termini di tempestività nella risoluzione della lite, contenimento dei costi e valorizzazione della dimensione relazionale del conflitto, troppo spesso trascurata nel

---

[22] Iannone M., *La mediazione come strumento condiviso*, 2025, DeIustitia.it; Biavati P., *Diritto processuale civile*, Il Mulino, 2023, 347, secondo cui "la mediazione non si limita a un'applicazione meccanica della legge, ma mira a una soluzione condivisa, rispettosa degli interessi reali delle parti".

Mighetto M.V., *Negoziazione, mediazione e arbitrato nella riforma Cartabia*, 2022, Key Editore.

[23] Pietroni D. Rumiati R., *Il mediatore*, 2012, il Mulino.

processo giudiziario tradizionale. Questa impostazione normativa riflette la chiara intenzione del legislatore di rafforzare il profilo funzionale, e non meramente formale, della mediazione, contribuendo a renderla uno strumento realmente effettivo e fruibile. In tal senso, si incentiva un profondo cambiamento di paradigma nella cultura del conflitto, promuovendo un approccio fondato sulla collaborazione, sull'autonomia negoziale e sulla responsabilizzazione delle parti, in alternativa al modello giudiziale contenzioso[24].

Per una corretta ed esaustiva individuazione del ruolo del mediatore conforme alla finalità della legge che ci occupa, oltre, come si è detto, ai requisiti formali di professionalità occorre dar conto di quelli relativi alla capacità negoziale che in parte sono mutuabili dalle similari esperienze pregresse in materia di procedimenti alternativi ed in parte vanno espunti da quelle variabili di supporto che la legge introduce ai fini della concreta realizzazione dello scopo cui è destinata. In altri termini, per coloro che devono svolgere in maniera proficua la funzione di esperto, non basta l'appartenenza ad una data categoria professionale presuntivamente abilitata a tanto ma è necessario che essa sia integrata con quelle peculiarità che rappresentano delle novità operative, peraltro, non del tutto e comunque genericamente definite. Orientamento giurisprudenziale consolidato riconduce la figura del difensore non solo a un mero esecutore di adempimenti procedurali, ma a un soggetto strategicamente responsabile della corretta gestione dell'iter mediativo, chiamato a bilanciare gli obblighi di legge con la tutela effettiva degli interessi del proprio assistito[25]. In altri termini, l'ordinanza si configura come una vera e propria formalizzazione giurisprudenziale del ruolo attivo dell'avvocato nell'ambito del procedimento di mediazione. In tal senso, il provvedimento evidenzia come la mediazione non debba essere considerata un passaggio formale o accessorio, bensì un momento essenziale del percorso giurisdizionale, in cui l'avvocato è investito di un dovere di valutazione concreta sull'idoneità dello strumento alla specifica controversia. Da ciò deriva la necessità di un approccio consapevole e proattivo, che sappia coniugare conoscenze tecniche, capacità negoziali e sensibilità relazionale, al fine di orientare il cliente verso la soluzione più funzionale ed efficiente. Altra peculiarità del ruolo del mediatore, si incentra nella sua posi-

---

[24] Per un approccio sociologico, si v. Simmel G. Tonarelli A. (Cur), *Il mediatore*, 2014, Armando Editore.

[25] Corte di Cassazione SS.UU., sentenza n. 3452 del 7 febbraio 2024.

zione di terzietà rispetto alle parti ed agli avvocati e segnatamente se la sua funzione sia limitata alle incombenze di natura ed efficacia sostanziale o possa essere assimilabile a quella del pubblico ufficiale[26]. In realtà dalla normativa non emerge chiaramente la posizione giuridica del mediatore ma certamente, al riguardo, va tenuta ben distinta la posizione che assume in relazione alle dichiarazioni ed alle informazioni che attengono strettamente al merito della vertenza da conciliare e da quelle procedimentali che riguardano le modalità di svolgimento della mediazione e, quindi, la sua regolarità. Sul primo profilo, la normativa è piuttosto chiara nel far prevalere il principio della riservatezza nel senso che il mediatore non può certificare quelle dichiarazioni delle parti idonee ad influire sulla posizione giuridica di una o entrambe nel processo, per le quali peraltro vige il più generale divieto di divulgazione[27].

Si tratta più nello specifico di quelle dichiarazioni che possono giovare alla tesi difensiva di una delle parti, perché rappresentano, ad esempio, delle circostanze di portata probatoria (esempio le eventuali ammissioni o descrizioni di circostanze).

Quello in esame è il c.d. ambito oggettivo dell'obbligo di riservatezza che impone ai soggetti che intervengono e, quindi al mediatore l'obbligo della riservatezza su "le dichiarazioni rese dalle parti" e "le informazioni acquisite durante il procedimento".

Infatti, non tutto quello che accade o viene dichiarato nel corso del procedimento di mediazione è coperto da segretezza e dunque i soggetti della procedura hanno il divieto di divulgarlo, ma la riservatezza ha un ambito oggettivo più ristretto e specifico, avendo ad oggetto unicamente queste due circostanze. Poiché, di conseguenza, l'obbligo di riservatezza ha l'evidente contropartita quella della corretta verbalizzazione da parte del mediatore, si comprende quindi come tutte le circostanze di tempo, di luogo, le identità delle presenze all'incontro, i fatti storici che accadono all'incontro, etc. non siano coperte da riservatezza e dunque la parte e il legale le potranno divulgare, ed altresì il mediatore le potrà verbalizzare ed

[26] Sulla riservatezza interna, interessante è la sentenza del Tribunale di Milano n. 6826 del 22.08.2023.

[27] Secondo l'art. 10, "Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informa zioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio".

anche attestare.
Di contro, le illustrazioni delle questioni, le proposte e controproposte delle parti, i riconoscimenti reciproci che ciascuno possa fare nel corso della negoziazione, le motivazioni delle proposte o dei dinieghi dovrebbero essere coperti da segreto ex art. 9 e non dovrebbero essere verbalizzati dal mediatore (salvo espresso consenso della parte da cui provengono, che di tale riservatezza può disporre anche rinunciandovi).
Fin qui l'ambito oggettivo.
Per quanto attiene quello soggettivo, l'obbligo di riservatezza come previsto e novellato dall'art. 9 del D. lgs n. 28/2010 ha una portata generalizzata per quanto attiene l'ambito soggettivo in quanto si riferisce a tutti coloro che, a qualsiasi titolo, intervengono nel procedimento di mediazione[28].
Quindi in sostanza il mediatore non può attestare e divulgare con portata di attestazione tutte quelle dichiarazioni ed informazioni emerse nel procedimento che ineriscono all'*an* del diritto fatto valere, mentre può certificare certamente il *quomodo* dello svolgimento della mediazione perché si possa avere contezza del corretto andamento della procedura.
Dal contesto normativo non si ricava che le attestazioni del mediatore sono assimilabili a quelle del pubblico ufficiale. Tuttavia, una sentenza del Tribunale di Forlì[29] ha equiparato la funzione del mediatore a quella del "pubblico ufficiale verbalizzante" per i fatti accaduti dinanzi a sé e la verifica della documentazione ai suoi atti. Da tale premessa discende che secondo l'orientamento citato, il verbale redatto dal mediatore fa piena prova, fino a querela di falso, delle circostanze procedimentali in esso contenute. Tale tesi, tuttavia, neppure nella sentenza citata viene supportata dal richiamo della norma di riferimento e, come già accennato, non vi è una disposizione specifica che equipari il mediatore al "pubblico ufficiale". L'unico riferimento al potere di certificazione del mediatore è quello riportato dall'art. 11, III comma, D. lgs 28/2010 il quale

[28] Art. 9 D. lgs 28/2010 "1. Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o partecipa al procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo. 2. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti".

[29] Tribunale di Forlì sentenza n. 619 del 25.09.2023

prevede che, in caso di conclusione positiva della mediazione, il verbale che dia atto di tale risultato debba essere sottoscritto anche dal mediatore per certificare l'autenticità delle sottoscrizioni delle parti e dei difensori,
Ciò induce a ritenere che la funzione "attestatrice" del mediatore vada limitata alla autografia delle firme apposte e non anche alla funzione di pubblico ufficiale, secondo la definizione codicistica.

b) Le parti.

La normativa vigente in materia di mediazione non fornisce una definizione esplicita della "parte" all'interno del procedimento; tuttavia, tale nozione può agevolmente desumersi dal contesto sistematico dell'istituto. Parte è da intendersi il soggetto titolare del diritto o dei diritti oggetto di controversia, suscettibili di componimento in via conciliativa attraverso lo strumento alternativo. In questa prospettiva, la centralità della parte nelle procedure ADR risulta particolarmente evidente: non si tratta di far valere la "ragione giuridica" secondo i criteri tecnico-processuali propri del contenzioso, bensì di ricercare soluzioni fondate su logiche di equità, buon senso e utilità concreta. L'obiettivo primario della procedura di mediazione, infatti, non è quello di accertare chi ha torto o ragione, bensì quello di evitare lo scontro giudiziario, valorizzando le potenzialità conciliative che emergono da una valutazione realistica degli interessi in gioco. Il mediatore, in tal senso, guida le parti nella consapevolezza dei limiti della via contenziosa, evidenziando come il protrarsi del conflitto giudiziario possa comportare costi, tempi e rischi sproporzionati rispetto ai vantaggi derivanti da una soluzione pattizia. La mediazione, quindi, non mira tanto alla giustizia "formale", quanto alla costruzione di un accordo sostenibile, in cui le parti si riconoscano attivamente come protagoniste della soluzione.
Ne consegue che la centralità della parte all'interno delle procedure alternative di risoluzione delle controversie è quanto mai marcata. Diversamente dal processo contenzioso, in cui l'obiettivo primario è quello di far valere la "ragione giuridica" secondo i criteri tecnico-processuali stabiliti dalla legge, la mediazione si propone di prevenire il conflitto, facendo leva su ragioni ispirate al buon senso, alla proporzionalità e alla sostenibilità della soluzione. Lo scopo del procedimento mediativo, infatti, non è quello di stabilire chi abbia torto o ragione in senso strettamente giuridico, bensì di favorire una composizione negoziata della lite, che consenta alle parti di valuta-

re i rischi, i costi e i tempi del contenzioso. Il mediatore svolge un ruolo cruciale nel prospettare in modo realistico i limiti dell'opzione giudiziale, orientando i soggetti verso una soluzione transattiva che possa risultare, nella pratica, più conveniente, meno conflittuale e maggiormente soddisfacente per entrambe le posizioni. Proprio per questa ragione la mediazione, scevra da particolari rigori formalistici, è affidata soprattutto ad una corretta illustrazione dell'oggetto su cui mediare in modo da rendere pienamente consapevole la parte delle funzioni modalità di svolgimento e finalità e risultato di essa. Solo in ragione di una idonea prospettazione potrà dirsi realizzato quel presupposto di consapevolezza che rappresenta la garanzia della effettività quantomeno del tentativo di mediazione. Per queste ragioni è richiesto (art.8-n. comma D.lgs. 28/2010) che al procedimento intervengano le parti personalmente essendo la possibilità di rappresentanza una ipotesi residuale e soggetta a forme rigorose da osservare a pena di inammissibilità. Tali circostanze trovano riscontro nella normativa che richiede espressamente che riferimento la domanda e la data del primo incontro siano comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante e che al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato.

In tal senso, la giurisprudenza di legittimità e di merito si mostra sostanzialmente univoca nel ritenere che la parte debba partecipare personalmente al procedimento di mediazione, ritenendo tale presenza funzionale al corretto svolgimento dell'istituto. Tuttavia, ciò non esclude la possibilità di delegare un terzo alla partecipazione, a condizione che il delegato sia munito di procura specifica, che contempli espressamente il potere di partecipare alla mediazione e di disporre dei diritti sostanziali oggetto della controversia. Tale requisito formale e sostanziale risponde all'esigenza di garantire l'effettività della procedura, evitando che la mediazione si riduca a un adempimento meramente formale privo di reale capacità compositiva. A tal fine, è ritenuto necessario che il rappresentante sia a conoscenza dei fatti di causa e pienamente legittimato a valutare e accettare una proposta conciliativa, assumendo quindi un ruolo decisionale pienamente sostitutivo della parte rappresentata. Questa impostazione è stata confermata e valorizzata anche nel progetto di riforma delle ADR redatto dalla Commissione Alpa, che all'art. 84 prevede espressamente la necessaria presenza, al tavolo della media-

zione, di un soggetto legittimato e abilitato a comporre il conflitto in nome e per conto della parte, ribadendo così l'importanza della partecipazione effettiva, consapevole e qualificata delle parti al procedimento.
Quindi il potere di sostituire a sé stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una procura speciale sostanziale che non rientra nei poteri di autentica dell'avvocato neppure se il potere è conferito allo stesso professionista. In assenza della suddetta procura specifica, recante il potere di partecipare alla mediazione e di disporre dei diritti sostanziali in essa coinvolti, il procedimento risulta viziato nella sua struttura essenziale e, di conseguenza, l'azione giudiziaria successiva deve essere dichiarata improcedibile ai sensi dell'art. 5 del D.lgs. n. 28/2010. Tale conseguenza deriva dal fatto che la condizione di procedibilità, imposta dalla legge nelle materie in cui la mediazione è obbligatoria, deve ritenersi effettivamente soddisfatta solo qualora le parti (o loro rappresentanti validamente delegati) partecipino all'incontro con poteri concreti di decisione e transazione. Una partecipazione meramente formale, priva di tali requisiti, non realizza lo scopo sostanziale della procedura e ne compromette l'efficacia ai fini processuali, esponendo la parte al rischio di una declaratoria di improcedibilità da parte del giudice.

c) L'avvocato

Certamente l'avvocato[30] svolge un ruolo di centralità nell'ambito del procedimento di mediazione, così come la parte ed il mediatore e da ultimo il giudice nei termini che appresso meglio andremo ad illustrare.
Va precisato che è controverso il fatto che l'assistenza dell'avvocato in mediazione sia obbligatoria. Difatti anche se l'art 8 del d.lgs 28/2010 al n. 5 prevede espressamente che nei casi previsti dall'articolo 5, comma 1, e quando la mediazione è demandata dal giudice, le parti debbano essere assistite dai rispettivi avvocati, in realtà non vi è alcuna norma che in mancanza, disponga la improcedibilità della domanda giudiziaria.
Inoltre mentre l'art.12 al primo comma fa riferimento alla assisten-

[30] D'Urso L., Di Palo G., Gabellini R., *Il ruolo dell'avvocato nella mediazione Procedure e tecniche.* Aggiornato al D.M. n.180/2010, 2011, Giuffré editore; Scuderi G., Gentile S., Piacenza S., *I ruoli del mediatore e dell'avvocato nella mediazione,,* SGB, 2011, Libreria Progetto.

za dell'avvocato in maniera ipotetica: «Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite dagli avvocati, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati, anche con le modalità di cui all'articolo 8-bis costituisce titolo esecutivo…gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico il successivo precisa che art.1bis».
In tutti gli altri casi, l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico. A ciò si aggiunga che quella della facoltatività dell'assistenza legale in mediazione è stata anche una indicazione della Corte Europea.
In ogni caso e a prescindere da tale *querelle*, ritengo che una mediazione non possa essere validamente ed efficacemente espletata senza l'assistenza del legale. Difatti egli è una componente essenziale della mediazione e svolge funzioni tecniche, in quanto inevitabilmente le implicazioni e gli aspetti giuridici non possono non trovare ingresso nel procedimento di mediazione, il cui oggetto è comunque una controversia giuridica da dirimere. Tale funzione tecnica deve essere tuttavia tenuta opportunamente distinta da quella che attiene il merito e l'opportunità della conciliazione, trattandosi di profili ben diversi. Al riguardo l'errore più frequente è quello di non osservare tale demarcazione ed è dovuto certamente ancora ad una non adeguata conoscenza dell'istituto che, invece, dovrebbe essere noto al pari delle norme giuridiche processuali o sostanziali. Infatti i procedimenti in esame si compongono sia da stringenti aspetti formali la cui inosservanza conduce a conseguenze tali da poter pregiudicare il processo, sia di profili sostanziali che attengono all'*an* della conciliazione e che vanno gestiti con altrettanta abilità tecnica per una proficua conclusione del procedimento anche se poi alla fine si chiude negativamente ma che, come si è detto, vanno analizzati separatamente e che devono essere prudentemente valutati dalla parte all'esito del procedimento. Ecco perché, a mio parere, l'avvocato assume una funzione molto peculiare nel procedimento di mediazione che, solo in parte è riconducibile al suo consueto *munus*. Non si tratta dell'avvocato in mediazione ma dell'avvocato della mediazione che necessita di abilità e preparazione assolutamente specialistica che non è solo quella processuale e sostanziale, ma anche quella specificamente evincibile dalla ratio e finalità dei procedimenti alternativi. A titolo esemplificativo, per ciò che attiene

i profili formali, la normativa ha fatto leva sulla adeguata informazione del cliente da parte dell'avvocato, prevedendo addirittura che la carenza informativa possa incidere sulla efficacia del mandato, determinandone la annullabilità. In particolare, la norma in esame prevede che l'avvocato, al momento del conferimento dell'incarico e, quindi, al momento della sottoscrizione del contratto di mandato debba informare il proprio cliente circa la necessità di esperire il procedimento di mediazione in ogni caso in cui è previsto come condizione di procedibilità per la domanda giudiziale che andrà ad incardinare. È inoltre espressamente previsto che tale informazione debba essere di chiaro contenuto e formulata per iscritto ed il relativo documento che contiene detta informazione deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. In tale prospettiva, nell'ambito della disamina della funzione tecnica dell'avvocato nell'ambito dei procedimenti di mediazione costituisce una rilevante novità introdotta dalla Riforma Cartabia l'art. 163 c.p.c., come modificato dal D.Lgs. n. 149/2022. La disposizione, nel testo vigente, onera espressamente il difensore che redige l'atto introduttivo del giudizio a dichiarare l'avvenuto assolvimento degli obblighi legati alla condizione di procedibilità, laddove essa sia prevista per legge. In particolare, nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5 del D.lgs. n.28/2010, l'avvocato è tenuto a dare atto, nell'atto di citazione, di aver previamente esperito il tentativo di mediazione ovvero di non averlo potuto svolgere per cause oggettive. con ciò confermando il ruolo di centralità tecnica che gli è attribuito[31]. Tale disposizione rafforza il ruolo proattivo del

[31] Monteleone G., *La mediazione obbligatoria: conciliazione o giurisdizione surrogata? brevi riflessioni critiche*, affronta il dibattito sull'affidamento ai giudici onorari di tale funzione, in Judicium 10.07.2023, www.judicium.it. Donato Nuzzo G., *Mediazione obbligatoria, norma disapplicata per i costi troppo elevati*, Altalex, 12.12.2023. La Corte di Cassazione, SS.UU. civile nella sentenza n. 19596/2020 ha statuito che : 'nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis, del D.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-bis conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo": La Corte di Cass. SS.UU., II sez. civile con l'ordinanza 20 gennaio-11 agosto 2021, n. 22736 traccia le differenze tra mediazione obbligatoria e mediazione delegata, e chiarisce che in caso di decadenza dall'eccezione di improcedibilità per il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, il giudice di appello non è tenuto a disporre la mediazione, né è sindacabile in Cassazione la scelta discrezionale del giu-

difensore nella fase preliminare del procedimento e sottolinea la sua responsabilità nella corretta instaurazione del processo, fungendo al contempo da strumento di verifica per il giudice circa l'osservanza della condizione di procedibilità. Essa si inserisce in una più ampia logica di efficientamento del processo civile, nella quale le forme di giustizia alternativa diventano parte integrante del sistema, e non più strumenti opzionali o marginali.

d) Il ruolo del giudice.

Nel contesto contemporaneo, caratterizzato da un sovraccarico del sistema giudiziario e dalla esigenza di accesso a una giustizia celere, sostenibile e partecipativa, si assiste a un'evoluzione del ruolo del giudice, sempre più orientato verso la promozione di forme di giustizia consensuale. Fra gli strumenti centrali di questa trasformazione, la mediazione assume un ruolo determinante in questo processo: non più intesa soltanto come meccanismo deflattivo del contenzioso, ma come espressione di una nuova cultura del conflitto, improntata alla responsabilizzazione delle parti e alla tutela relazionale dei diritti. In tale prospettiva, il giudice non è più solo arbitro imparziale nella risoluzione autoritativa delle controversie, ma assume una funzione attiva e propositiva nel favorire percorsi alternativi alla giurisdizione, promuovendo l'incontro dialogico tra le parti. Il suo intervento, [32]. disciplinato dall'art. 5-bis del D.Lgs. 28/2010 e significativamente riformulato dalla Riforma Cartabia (D.Lgs. 149/2022), si traduce in un invito alla mediazione motivato, fondato su una valutazione attenta della mediabilità della controversia alla luce della natura del conflitto, dello stato dell'istruzione e del comportamento processuale delle parti. Attraverso un esame della normativa, della giurisprudenza e degli orientamenti dottrinali più recenti, si cercherà di delineare le potenzialità e i limiti di questa

---

dice di merito di non disporre la mediazione delegata; C. di Cass. n. 25155/2020; Corte d'Appello di Napoli, ord. n. 452/2023 02/02/2023; Tribunale di Torino, sentenza n. 11556 del 18 giugno 2024. Sulle conseguenze del mancato esperimento mediazione non rilevato all'udienza nei contratti bancari, Corte di Appello di Roma, sentenza n. 2904 del 26 aprile 2024.

[32] Breggia L. *La mediazione demandata dal Giudice*, Enciclopedia Treccani; Cestelli Fabio M., *La figura del giudice nei confronti della mediazione,* 2011, Skill Edition; Dalla Bontà S., *Il giudice quale promotore di una giustizia consensuale*, in Dalla Bontà S.-Mattevi E., *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota*, Napoli, 2022, 51 ss., spec., p. 67 ss

nuova configurazione del ruolo giurisdizionale; cioè, se il ruolo del giudice sia rivolto ad una transizione verso un modello integrato di giustizia, che valorizzi le tecniche di composizione consensuale come strumenti di attuazione dei principi costituzionali di solidarietà (art. 2 Cost.), di efficienza del processo (art. 111 Cost.) e di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.). In origine, l'art. 5 co. 2, D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in vigore dal 21 marzo 2010, prevedeva la possibilità per il giudice, nel processo civile già avviato, di «invitare» le parti a procedere alla mediazione. Un invito non vincolante per le parti, del tutto libere di prestarvi adesione o meno. A seguito del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, conv. con mod., nella legge 9 agosto 2013, n. 98, in vigore dal 21 agosto 2013, «(…) il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa. Con la Legge Delega n. 206/2021 si assiste ad un rilancio dell'istituto con la mediazione demandata. Il legislatore abbraccia una impostazione differente: all'impostazione prevalentemente costrittiva della disciplina della mediazione, si aggiunge un approccio promozionale, con cui si vuole puntare non solo ad incentivare l'accesso e la partecipazione al procedimento di mediazione, ma in special modo il raggiungimento dell'accordo satisfattivo per le parti

L'art 5 quater a seguito del D.lgs. del 10 ottobre 2022, n. 149 (Mediazione demandata dal giudice) [33] che ha novellato l'art. 5-bis del D.lgs. n. 28/2010, attribuisce al giudice il potere di demandare le parti in mediazione, può essere esercitato sia in primo grado che in sede di

[33] Art. 5-quater (Mediazione demandata dal giudice).- 1. Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al L'art 5 quater a seguito del decreto legislativo del 10 ottobre 2022, n. 149 momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione. Con la stessa ordinanza fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. 2. La mediazione demandata dal giudice è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6. 3. All'udienza di cui al comma 1, quando la mediazione non risulta esperita, il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale

Giudizio di Appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni con un provvedimento che assume la forma di ordinanza motivata. La mediazione demandata dal giudice costituisce un ulteriore strumento di rafforzamento della mediazione nel nostro ordinamento, che si configura oggi come elemento strategico di sistema per la diffusione delle ADR. Il riferimento all'obbligo di una motivazione dell'ordinanza che demanda le parti in mediazione è significativo, esso infatti impone che la decisione del Giudice, sia il frutto di un'attenta analisi del caso di specie e dello stato della causa e che di tale analisi il Giudice debba rendere conto delle Parti. È infatti previsto che il Giudice debba tenere e dare conto dei seguenti fattori: la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti ed ogni altra circostanza. Con quest'ultima espressione introdotta dalla Riforma, è stato ampliato l'elenco dei motivi che possono convincere il Giudice sulla mediabilità della causa. Si pensi al caso in cui intervenga una modifica oggettiva del giudizio come la proposizione di una domanda riconvenzionale che potrebbe modificare la posizione dell'attore o un mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale sul caso oggetto del giudizio che può incidere sulla forza processuale delle parti e sulle aspettative sull'esito del processo, differenti rispetto alla fase iniziale. A prescindere dagli sviluppi che la mediazione demandata secondo la nuova formulazione avrà nella pratica, si può ritenere che per come è congeniata, essa possa rappresentare un ulteriore strumento di realizzazione dell'istituto attraverso il ponte di collegamento della Magistratura, offrendo ai contendenti, con l'ordinanza motivata, dei preziosi spunti di valutazione per indirizzare la definizione conciliativa della controversia. L'espresso riferimento normativo alla necessità di motivare l'ordinanza costituisce un elemento innovativo e qualificante. La motivazione non può essere generica o stereotipata, ma deve riflettere una valutazione analitica e consapevole del caso concreto, in relazione alla natura della causa, allo stato dell'istruzione, al comportamento processuale delle parti e ad ogni altra circostanza rilevante. Quest'ultima clausola generale – introdotta proprio dalla riforma – consente al giudice di tenere conto anche di elementi sopravvenuti o non strettamente giuridici, come ad esempio: la proposizione di domande riconvenzionali che modificano l'equilibrio iniziale del processo; la sopravvenienza di un mutamento giurisprudenziale che incide sulle probabilità di successo della lite; oppure un mutato atteggiamento collaborativo delle parti che apre nuovi spazi alla composizione consensuale.

Tale assetto normativo delinea una funzione giudiziale che si estende oltre la mera direzione del processo, trasformando il giudice in un facilitatore dell'accesso a forme di giustizia complementare, in linea con i principi costituzionali di efficienza, ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) e solidarietà sociale (art. 2 Cost.). In questa veste, il giudice non impone la conciliazione, ma crea le condizioni favorevoli affinché le parti possano valutare consapevolmente l'opportunità di una soluzione non contenziosa. La mediazione demandata assume così una valenza sistemica, rappresentando un ponte funzionale tra giurisdizione e autonomia privata: essa consente, da un lato, di alleggerire il carico giudiziario, ma, dall'altro, soprattutto, di favorire l'emersione di soluzioni condivise, che spesso risultano più sostenibili ed efficaci di una pronuncia autoritativa[34]. Sarà la capacità del giudice di operare valutazioni appropriate che condurrà a selezionare le cause che presentino maggiori possibilità di essere risolte in mediazione e quali invece dovranno necessariamente affidarsi alla sentenza, perché ad esempio incrostate da pure questioni di diritto.

È in tale prospettiva che l'ordinanza motivata del giudice diventa uno strumento di persuasione razionale, che fornisce ai contendenti elementi di riflessione giuridica, economica e strategica, contribuendo a reindirizzare il conflitto verso esiti più funzionali. In relazione al livello di avanzamento del processo, il giudice è posto in una posizione privilegiata per valutare con maggiore consapevolezza la mediabilità della controversia. In particolare, una volta superate le principali preclusioni istruttorie, e quindi cristallizzato l'ambito del dibattito processuale, egli può procedere a un'analisi più profonda delle allegazioni di parte, delle eccezioni sollevate e delle istanze istruttorie formulate, ricostruendo con precisione tanto il *thema decidendum* quanto il *thema probandum*, anche alla luce dei criteri indicati dall'art. 5-bis del D.Lgs. 28/2010. In questa fase del giudizio, dunque, l'intervento giudiziale non si configura come una mera opzione formale, ma assume una valenza sostanziale nell'indirizzare le parti verso una risoluzione consensuale, che tenga conto dell'equilibrio

---

[34] Tiscini R.,*Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023, p. 72 ss; Tedoldi A.M., *La mediazione civile e commerciale nel quadro della riforma ovvero: omeopatia del processo*, in *Giustizia consensuale*, 2022, p.477 ss.; Gabellini E., *Il procedimento di mediazione riformato: tra incertezze giurisprudenziali e novità introdotte dal d.m. 24 ottobre 2023, n. 150*, in *Judicium*, 2024, p.3 ss..

tra le pretese giuridiche e le esigenze pragmatiche di definizione del conflitto. Tale consolidamento del quadro processuale consente al giudice di cogliere eventuali margini conciliativi tra le posizioni contrapposte, anche sulla base di elementi probatori già acquisiti o richiesti. Inoltre, l'accesso a una visione d'insieme più strutturata del conflitto, delle posizioni soggettive e degli interessi sottesi, consente una valutazione più informata circa l'opportunità di disporre l'avvio di un tentativo di mediazione.
Tuttavia, permangono alcune criticità applicative. In primo luogo, la concreta efficacia della mediazione demandata dipenderà dalla formazione del giudice e dalla sua propensione culturale a interpretare la funzione giurisdizionale in chiave dialogica e promozionale. Al riguardo, l'art. 5 quinquies a seguito del decreto legislativo del 10 ottobre 2022, n. 149 rubricato *Formazione del magistrato, valutazione del contenzioso definito con mediazione demandata e collaborazione* al comma 1 disciplina i doveri del magistrato nella cura della propria formazione e aggiornamento in materia di mediazione, con la frequentazione di corsi, pure nelle sedi decentrate, organizzati dalla S.S.M..A tale ente viene rimessa l'individuazione di una adeguata offerta formativa periodica, così come viene lasciata all'autonomia e responsabilità del singolo magistrato la scelta di partecipare a tali corsi. Il comma 2 invece, introduce un importante elemento di novità, collegando direttamente l'impiego effettivo della mediazione demandata da parte del magistrato a meccanismi di valorizzazione dell'impegno professionale del medesimo. La norma, infatti, riconosce specifici incentivi all'avanzamento di carriera per i magistrati che, oltre ad aver acquisito un'adeguata formazione in materia di mediazione, si distinguano per l'utilizzo concreto dello strumento all'interno della gestione del contenzioso giudiziario. In particolare, il legislatore prevede che tali attività rilevino ai fini della valutazione dell'"*impegno, capacità e laboriosità*" del magistrato, facendo espresso rinvio ai criteri previsti dall'art. 11 del D.lgs. n. 160/2006, concernente la disciplina dell'ordinamento della magistratura. Si tratta di un riconoscimento normativo del valore sistemico che assume la mediazione demandata non solo per la deflazione del carico giudiziario, ma anche come indicatore qualitativo della funzione giurisdizionale, in quanto espressione di una gestione evoluta e responsabile del conflitto. Questa previsione, in linea con una visione moderna della giustizia civile, conferisce centra-

lità al ruolo del giudice come promotore di modelli alternativi e consensuali di risoluzione delle controversie, incentivandolo a farsi parte attiva nel perseguire soluzioni compatibili con la natura sostanziale del conflitto e con gli interessi effettivi delle parti.
Il comma 3 prevede che le ordinanze di mediazione demandata siano oggetto di specifica rilevazione statistica, necessaria per la concreta applicazione dei criteri su cui ruota la valutazione di questa professionalità del magistrato, come prevista dal comma 2, così da consentire di associare le ordinanze di invio in mediazione con l'abbandono della lite, quale elemento indicatore dell'intervenuta soluzione della controversia per effetto della composizione stragiudiziale in sede di mediazione.
Altra criticità rilevata nel dibattito dottrinario concerne il rischio che una ordinanza con una motivazione standardizzata o meramente formale potrebbe svuotare la norma del suo contenuto sostanziale, riducendo l'invio in mediazione a un adempimento burocratico privo di reale incidenza.
Di certo, la riformulazione dell'art. 5-bis rappresenta un passaggio significativo verso una giustizia più flessibile e partecipativa, nella quale il giudice assume un ruolo strategico di coordinatore intelligente delle risorse del sistema, in grado di promuovere soluzioni orientate alla responsabilizzazione delle parti e alla tutela effettiva degli interessi in gioco. La sfida, tuttavia, rimane attuare tali principi nella prassi giudiziaria, valorizzando il potenziale trasformativo della mediazione come strumento complementare e non subordinato alla giurisdizione.
L'efficacia della norma dipende soprattutto dalla propensione culturale del giudice: è innegabile che una motivazione realmente analitica e non formale influisce in modo decisivo sulle parti del giudizio.
Calamandrei nel 1952 evidenziava che…*'ciò che plasma il processo e gli dà la sua fisionomia tipica non è la legge processuale, ma è il costume di chi la mette in pratica' Il diritto scritto non è che un contorno esterno, entro il quale il rilievo, con i colori ed i chiaroscuri, è dato dal costume. Ogni 'procedimento' ha questa caratteristica:[…] per quanto siano minuziose le norme che disciplinano il suo svolgimento, le attività che lo compongono non possono mai essere previste in maniera così rigorosa da non lasciare un certo margine all'iniziativa e alla discrezione personale di chi è chiamato a compierle'* [35].

---

[35] CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*: Conferenze tenute alla facoltà di Diritto dell'Università Nazionale del Messico nel 1952, Cedam 1954, p.35 ss. Il testo è stato tradotto

Altresì, è essenziale la formazione continua degli operatori, come richiede il nuovo art. 5 quinquies.
Nel quadro più ampio della digitalizzazione della giustizia civile, una tecnologia giudiziaria preventiva in coerenza con l'art.111 della Costituzione potrebbe consolidare la mediazione demandata: L'introduzione di una "scia digitale" della procedura all'interno dei sistemi informatici giudiziari, in particolare nel SICID (Sistema Informatico Civile Distrettuale) e nella consolle del magistrato. Attraverso questa modifica, di natura sia organizzativa che strutturale, si renderebbero interoperabili e visibili i dati relativi alle ordinanze di mediazione demandata, nonché si registrerebbero in modo sistematico gli esiti delle procedure attivate per effetto di tali provvedimenti. In attesa del completamento del piano di innovazione previsto dalla DGSIA, si sta procedendo all'aggiornamento dei registri informatici degli eventi tipici del processo civile, al fine di integrare nel fascicolo digitale una sezione dedicata alla mediazione, che consenta di registrare l'adozione dell'ordinanza di invito alla mediazione (ex art. 5-bis, D.lgs. 28/2010); tracciare l'effettiva attivazione del procedimento di ADR da parte delle parti; inserire gli esiti della mediazione (accordo, mancato accordo, mancata comparizione, improcedibilità, etc.); valutare il tasso di successo e l'efficacia dell'istituto in termini di deflazione del contenzioso. L'impiego della tecnologia in campo giudiziario, è necessaria non solo per supportare il magistrato nella gestione evoluta del processo, fornendogli indicatori di mediabilità utili per orientare la decisione in senso conciliativo, ma anche per implementare politiche di monitoraggio e valutazione dell'efficacia della mediazione, sia a livello statistico, sia ai fini dell'organizzazione giudiziaria.
In prospettiva, la strutturazione digitale di un focus dedicato alla mediazione demandata all'interno del fascicolo informatico rappresenta un passo cruciale verso una giustizia civile realmente integrata e orientata al risultato, nella quale la mediazione non è più un'appendice eventuale, ma un momento fisiologico e tracciabile del percorso processuale. L'assetto delineato dall'art. 5bis rappresenta una tappa significativa verso un sistema giudiziario più partecipativo, preventivo e attento alle dinamiche del con-

---

in Cina nel 2005 a dimostrazione della rilevanza ed attualità del pensiero del grande giurista italiano; Caponi R., *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile*, Astrid-online.it, p.7 ss.

flitto, con la magistratura chiamata a svolgere una funzione di orientamento consapevole delle parti, in vista di soluzioni che valorizzino l'autonomia negoziale e la composizione relazionale oltre la decisione autoritativa.

La configurabilità di un ente non lucrativo transnazionale: limiti normativi e prospettive *de iure condendo*.

Luca Troianiello
(Dottore di ricerca in Diritto delle Persone, delle Imprese e dei Mercati – Università degli Studi di Napoli *Federico II*)

Abstract

Il presente contributo esamina la possibilità di un'azione congiunta di enti non lucrativi appartenenti ad ordinamenti di Stati membri differenti al di fuori dei propri confini nazionali. In attesa di un'imminente riforma nel campo non profit a livello europeo, il lavoro indaga le potenziali soluzioni alternative percorribili e gli attuali strumenti forniti dall'ordinamento italiano, nonché da quello unionale, capaci di consentire ad organismi privi dello scopo di lucro transnazionali di operare liberamente sul territorio comunitario, anche in assenza del riconoscimento normativo di una generale libertà di stabilimento a favore di tali enti.

This paper examines the possibility of a joint action by non profit entities belonging to systems of different States members outside their national borders. Therefore, in anticipation of an imminent reform in the European non profit field, the paper investigates the potential alternative paths that can be taken and the current tools provided by the Italian, as well as the EU, legal system that are capable of allowing transnational non profit entities to operate freely in the EU territory, even in the absence of a general freedom of establishment.

SOMMARIO: 1. Introduzione **2.** Prima opzione: Organizzazione della Società Civile (OSC) **3.** Seconda opzione: Fusione Transfrontaliera **4.** Terza opzione: Trust di scopo **5.** Quarta opzione: Società Europea (SE) **5.1** *Segue*: Quinta opzione: Società Cooperativa Europea (SCE) **6.** Sesta opzione: Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE) **7.** Conclusioni: prospettive *de iure condendo* nell'alveo dell'Unione Europea.

Introduzione

Negli ultimi anni il rilievo del cd. «Terzo Settore», per tale intendendosi la macro-categoria che ricomprende «*il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi*", ad esclusione delle "*formazioni, delle associazioni politiche, dei sindacati, e delle associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche*»[1], è cresciuto esponenzialmente all'interno dei singoli ordinamenti nazionali.
Ad esempio, in Italia, l'entrata in vigore del cd. «Codice del Terzo Settore»[2] ha dato nuova linfa agli organismi non lucrativi della realtà socio-economica nazionale, sia grazie alle consistenti agevolazioni fiscali riconosciute che per la disciplina più limpida sull'organizzazione e sulla complementarietà tra scopi altruistici ed attività commerciale, come anche dimostrato dal censimento permanente delle istituzioni non profit del 18 aprile 2024, redatto dall'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT), secondo il quale gli enti attivi al 31 dicembre 2021 erano circa 360.000, confermando la netta ascesa avvenuta nell'ultimo decennio[3]. In aggiunta, la riforma in questione, oltre ad aver abrogato la qualifica di *Onlus*, ha predisposto per la prima volta una disciplina organica per tutti i soggetti giuridici privati che perseguono finalità di utilità sociale, a prescindere dalla forma giuridica adottata.
Questa tendenza italiana non è isolata, dal momento che una forte spinta all'espansione del settore non profit è rinvenibile nella maggior parte dei paesi dell'Unione Europea[4]. Indipendentemente dalla

[1] Definizione di Terzo Settore data dall'art. 1, co.1, legge 6 giugno 2016, n. 106.

[2] Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117.

[3] È opportuno precisare che, sempre secondo le rilevazioni effettuate dall'ISTAT nel corso dell'ultimo ventennio, le organizzazioni non profit attive alla fine del 2001 erano circa 235.000, mentre alla fine del 2011 sfioravano i 300.000, confermando la tendenza positiva di diffusione di questi enti.

[4] Per un'analisi più dettagliata sulla diffusione delle organizzazioni senza scopo di lucro nei differenti Stati membri dell'Unione Europea v. lo studio classificato PE 693.439, di

struttura giuridica scelta per operare sul territorio nazionale, risulta chiaro che, a livello sovranazionale, il terzo settore si è ricavato uno spazio non più indifferente.
Tuttavia, nonostante questo crescente interesse "interno" per il campo del non profit, l'ordinamento dell'Unione Europea è ancora sprovvisto di una disciplina, o quanto meno di una struttura giuridica, unica e centrale che regoli specificamente questi fenomeni a livello europeo, anche a causa della mancata attuazione di tutte le proposte che sono state presentate nel corso degli anni[5].
Da ciò sorge una problematica.
Dandosi per acquisito che il punto di partenza della presente riflessione è quello per cui le organizzazioni del «Terzo settore» hanno ottenuto un potenziamento qualitativo e quantitativo negli ultimi anni da parte delle istituzioni nazionali, allora sembrerebbe essere indubbio che la costituzione di soggetti giuridici rivolti al perseguimento di obiettivi altruistici sia ormai un elemento integrante della realtà e della cultura degli Stati membri.
Di conseguenza, l'assenza di una normativa unitaria che consenta il reciproco riconoscimento automatico di queste persone giuridiche in tutto il territorio europeo, non soltanto appare incoerente con la suddetta premessa, ma potrebbe essere l'impedimento concreto al funzionamento e alla realizzazione degli obiettivi tipici degli organismi che agiscono al di fuori dei confini del rispettivo Stato membro di origine, proprio perché, a livello unionale, la libertà di stabilimento non viene garantita agli enti non profit[6].

A. Fici, dal titolo *"A statute for European cross-border associations and non-profit organizations. Potential benefits in the current situation"*, maggio 2021, reperibile sul sito: «*https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/693439/IPOL_STU(2021)693439_EN.pdf*».

[5] Tra tutte si veda la proposta di Regolamento del Consiglio sullo statuto della fondazione europea (FE) (COM (2012)0035 – 2012/0022(APP)). Sulla Fondazione Europea è possibile menzionare (senza pretesa di esaustività) i contributi di: F. Maschio, *L'evoluzione della soggettività giuridica e del ruolo delle fondazioni di origine bancaria, la Carta delle fondazioni e lo Statuto della fondazione europea (*) Evolution of the Legal Status and Role of Banking Foundations, the Charter of the Foundations and the European Foundation Statute*, in *Giust. civ.*, 2013, 3-4, 155 ss.; P. Pesticcio, *Fondazione Europea: un nuovo strumento a favore dell'interesse pubblico*, in *Enti non profit*, 2012, 6, 11 ss.; A. Fusaro, *Uno sguardo comparatistico sul diritto delle fondazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 5, 327 ss.; A. Quattrocchi, *La nuova fiscalità del no profit nella dimensione europea*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, 6, 1245 ss.; M. Graziadei, *Le fondazioni nel contesto europeo*, in *Contr. impr. eur.*, 2021, 3, 567 ss.

[6] Infatti, il TFUE, ai sensi degli artt. 49 ss., prevede che la libertà di stabilimento nel territorio dell'Unione sia riconosciuta esclusivamente alle società come definite dall'art.

Al fine di colmare questo *vulnus* normativo, le strade che si ritengono percorribili sono sostanzialmente due: la prima consiste nell'introdurre, alternativamente, una forma giuridica unitaria europea per associazioni, fondazioni e altri enti non lucrativi, così riportando in auge vecchie proposte del passato, oppure un innovativo *status* giuridico richiedibile da qualsiasi organizzazione senza scopo di lucro, anche correlata al terzo settore e all'economia sociale[7]; la seconda, invece, considerando una possibile inerzia da parte delle istituzioni europee nel breve periodo, si sofferma sull'individuazione di istituti o strumenti giuridici internazionali, già presenti a livello normativo, che possano essere utilizzati dagli organismi non profit nazionali per raggiungere gli obiettivi sopra menzionati.
Tale ultima soluzione si concretizza, quindi, nella ricerca di figure giuridiche, create per finalità differenti, da adattare al soddisfacimento delle esigenze non lucrative in campo sovranazionale.
Rinviando la trattazione della prima soluzione alla sezione conclusiva del presente contributo, ci si soffermerà sulle alternative idonee a perseguire il suddetto obiettivo, percorribili da enti non lucrativi nazionali.
Tuttavia, prima di indagare le singole proposte astrattamente praticabili, è opportuno precisare che la presente disamina trae spunto da un caso pratico avente ad oggetto la ricerca di uno strumento in grado di far convergere l'azione di due fondazioni, una italiana e l'altra spagnola, in un organismo internazionale, con la finalità di far perseguire allo stesso il medesimo scopo di pubblica utilità delle fondazioni al di fuori dei rispettivi confini nazionali, in maniera più agevole ed efficiente.
Date tali premesse, nell'indagine si darà per presupposta la partecipazione di due enti non profit provenienti da ordinamenti differenti, in virtù del fatto che l'accesso alla maggior parte delle figure giuridiche prese in considerazione richiede il coinvolgimento di organismi di "nazionalità" diversa.

---

54 co. 2 del TFUE, dalla cui definizione sono escluse quelle che non si prefiggono scopi di lucro. Sul punto v. N. De Luca, *European company law*, II ed., Cambridge, 2022, 12-13, il quale afferma che le «*Non-profit-making societies do not benefit from the right of establishment. This rule may be understood because non-profit-making societies do not engage in economic activity and are not considered undertakings in the lights of the TFUE*».

[7] A. Fici, *op. cit.*, 67 ss.

2. Prima Opzione: Organizzazione della Società Civile (OSC)

Un primo istituto che si può prendere in considerazione come possibile surrogato di ente non lucrativo transnazionale, data la sua diffusione a livello internazionale nel campo del non profit, è l'Organizzazione della Società Civile (OSC), la quale si configura come ampia categoria in cui rientrano le più famose Organizzazioni Non Governative (ONG).

Queste ultime sono organizzazioni senza scopo di lucro, non sottoposte ai governi e alle loro politiche, specializzate nella cooperazione internazionale allo sviluppo e agli aiuti umanitari[8], riconosciute ufficialmente dal Ministero degli Esteri italiano e, in alcuni casi, accreditate presso organismi internazionali come il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite. Dato il loro carattere globale, è d'uopo precisare che possono operare in Italia anche ONG con sede legale all'estero e, quindi, costituite ai sensi della normativa locale straniera.

L'elemento sovranazionale discende, oltre che dall'obiettivo perseguito, anche dal modo in cui tali organizzazioni vengono a formarsi poiché esse possono essere costituite da individui, enti, gruppi e/o associazioni appartenenti a stati diversi[9]. Questa iniziativa volontaria dà vita ad una struttura permanente diretta a perseguire scopi non lucrativi sovranazionali, coinvolgendo individui o entità giuridiche provenienti da realtà differenti, la cui azione, pertanto, mira ad un beneficio transnazionale e non risulta vincolata alle esigenze di uno specifico Stato.

Ciò conferisce alle ONG una connotazione globale a prescindere dalla qualificazione data alle stesse in ambito nazionale[10].

Dunque, a differenza della *ratio* su cui si fonda l'azione delle organizzazioni internazionali intergovernative, come ad esempio le

---

[8] Cfr. A. Propersi, G. Rossi, *Gli enti non profit*, 2018, Milano, 369.

[9] Per U. Draetta, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 1997, 24, le organizzazioni internazionali non governative «*sono costituite da privati appartenenti a Stati diversi e, pur svolgendo un'attività di tipo transnazionale, sono rette dal diritto interno dello Stato in cui hanno la sede*».

[10] Come evidenziato nella Raccomandazione CM/Rec (2007)14 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sullo *status* giuridico delle organizzazioni non governative in Europa, adottata il 10 ottobre 2007, «*Le ONG possono prendere nomi diversi, quali associazioni, enti di beneficenza, fondazioni, imprese, società e trust, ma è la loro natura reale, piuttosto che la loro denominazione formale a farle rientrare nel campo d'applicazione della presente Raccomandazione*».

Nazioni Unite, sostanziantesi nel tentativo di concludere accordi tra Stati per obiettivi universali o specifici, le organizzazioni non governative sono caratterizzate dalla tendenziale monosettorialità del loro operato e dallo stabilimento della propria sede principale in una nazione determinata. Da ciò consegue che, sebbene le attività tipiche di questi enti vengano svolte da organi vari, nell'interesse di soggetti e associazioni presenti in paesi diversi, le ONG verranno costituite secondo le forme giuridiche previste dallo Stato prescelto dai fondatori[11].

Questa dicotomia tra il carattere dell'attività svolta e la disciplina applicabile all'organizzazione non governativa non viene affrontata dal diritto europeo, né da quello internazionale, dal momento che è totalmente assente un atto universale, o comunque almeno euro-unitario che consenta di attribuire un riconoscimento automatico alle ONG al di fuori dei propri confini di appartenenza sulla base di caratteristiche standard che le identifichino come tali.

Nonostante non siano dettati normativamente gli elementi comuni minimi di individuazione, alcuni punti fermi sono stati prospettati dalla dottrina, anche in relazione a quanto statuito da alcuni atti giuridici non cogenti. Segnatamente, «*le ONG: devono essere dotate di uno Statuto, adottato con un atto o un contratto associativo di diritto interno; devono avere una struttura stabile e un organo permanente; devono perseguire un fine comune, realizzato attraverso un'attività transnazionale, condiviso da individui o associazioni collocate in diversi Stati membri. Inoltre, esse non devono perseguire alcun fine di lucro diretto, in quanto la destinazione di tutti gli introiti deve essere esclusivamente rivolta allo scopo di pubblica utilità contenuto nello statuto*»[12].

Quanto alla legislazione interna, le organizzazioni non governative sono state originariamente riconosciute nell'ambito della legge 9 febbraio 1979, n. 38, avente ad oggetto la cooperazione dell'Italia con i paesi in via di sviluppo, la quale indicava tutti i requisiti per conseguire l'idoneità ad operare nella cooperazione allo sviluppo. A seguito dell'entrata in vigore della legge 11 agosto 2014, n. 125,

---

[11] G. Cassoni, *I criteri di classificazione delle organizzazioni non governative*, in *Diritto internazionale*, 1967, 295 ss., il quale ritiene che una soluzione alla questione delle classificazioni «*può, forse, essere trovata utilizzando come criterio di classificazione i caratteri dell'atto costitutivo dell'ente, con la conseguenza che dovrebbero essere considerate organizzazioni intergovernative quelle create mediante un accordo internazionale e, viceversa, organizzazioni non governative quelle costituite mediante un atto o contratto associativo di diritto interno*».

[12] M. Castellaneta, *Lo status delle ONG nel diritto internazionale*, in *Studi e materiali. Quaderni semestrali. Consiglio Nazionale del Notariato*, vol. 4, 2005, 2, 1545.

poi, la suddetta categoria è stata assorbita all'interno della più ampia nozione delle organizzazioni della società civile[13] a cui, ad oggi, bisogna fare riferimento in ogni caso, a prescindere dalla nuova terminologia adottata, invero, al nuovo *status* sono pur sempre riconducibili organismi totalmente indipendenti dai governi e che non perseguono alcuna finalità lucrativa.
Come le ONG, anche le OSC si costituiscono mediante l'iscrizione in un apposito elenco, in questo caso tenuto dall'Agenzia italiana per la Cooperazione allo Sviluppo (AICS)[14], tramite il quale l'ente «di partenza», la cui forma giuridica e regolamentazione normativa discendono dalla legge dello Stato in cui il medesimo ha la propria sede, viene riconosciuto all'interno dell'ordinamento italiano anche come organizzazione della società civile.
Tuttavia, al fine di ottemperare a tale onere, i soggetti interessati non soltanto devono essere ricompresi in una della categorie legittimate all'iscrizione prevista dall'art. 26, comma 2, della legge n. 125/2014[15], ma devono anche possedere tutti i requisiti oggettivi stabiliti dall'art. 17, commi 1 e 2 del decreto ministeriale 113/2015[16], nonché quelli determinati periodicamente dal Comitato congiunto per la cooperazione allo sviluppo, istituito dall'art. 21 della suddetta legge, e contenuti nelle Linee Guida per l'iscrizione all'Elenco dei

[13] L'organizzazione della società civile viene definita a livello comunitario come «*una struttura organizzativa i cui membri agiscono per l'interesse pubblico attraverso un processo democratico, rivestendo un ruolo di mediatore tra le autorità pubbliche e i cittadini*», il cui rilievo giuridico discende anche dal richiamo della stessa da parte dell'articolo 15 del TFUE e dell'articolo 11 del TUE.

[14] Come ribadito dalle Linee guida per l'iscrizione all'Elenco dei soggetti senza finalità di lucro ai sensi dell'articolo 26, commi 2 e 3, della legge n. 125/2014 e dell'articolo 17 del Decreto ministeriale n. 113/2015, la permanenza nell'elenco è subordinata all'invio ogni tre anni di una dichiarazione sulla permanenza dei requisiti, di una relazione sullo stato di avanzamento delle attività svolte nell'ultimo triennio o in corso di realizzazione, tutte predisposte secondo i modelli forniti dall'Agenzia, nonché alla comunicazione a quest'ultima, entro 30 giorni, di ogni variazione statutaria.

[15] Oltre alle già richiamate ONG, sono legittimati all'iscrizione nell'elenco delle OSC, tra gli altri, gli enti del terzo settore (ETS) non commerciali, le organizzazioni commercio equo e solidale, della finanza etica e del microcredito e le imprese cooperative e sociali, tutti statutariamente finalizzati alla cooperazione internazionale allo sviluppo.

[16] Tra i requisiti richiesti dal decreto è opportuno precisare che, allo scopo di verificare concretamente l'impegno nella cooperazione allo sviluppo dell'organismo che aspira ad ottenere la qualifica di OSC, viene prescritta la realizzazione obbligatoria di iniziative sociali e collettive nel triennio precedente l'iscrizione per le quali sia stato impiegato un importo globale di almeno 120.000 euro, di cui 30.000 euro siano stati destinati almeno ad una iniziativa specifica.

soggetti senza finalità di lucro, ai sensi dell'articolo 26, commi 2 e 3, della stessa legge e dell'articolo 17 del medesimo decreto.
Ora, chiarito ciò, non va sottaciuto come, benché la maggior parte degli enti senza scopo di lucro presenti sul panorama internazionale adottino la forma giuridica dell'OSC, una sua generalizzazione potrebbe non risultare totalmente soddisfacente per tre principali motivi.
Un primo ostacolo, di natura pratica più che giuridica, si rinviene nella specificità dei requisiti di iscrizione all'elenco delle OSC. Ad esempio, i presupposti per cui l'organizzazione non profit non sia controllata né collegata a «*soggetti aventi finalità di lucro, in modo tale che questi ultimi possano trarre un beneficio dai contributi pubblici ricevuti dall'OSC richiedente*», oppure per cui essa deve dimostrare di aver «*realizzato nell'ultimo triennio iniziative di cooperazione allo sviluppo per la realizzazione di interventi e l'esecuzione di iniziative progettuali di medio o lungo periodo in Paesi Partner ("DAC LIST OF ODA RECIPIENTS" pubblicata dall'OCSE) … oppure documentare di avere realizzato iniziative di educazione della cittadinanza globale principalmente in Italia o in uno o più Stati membri dell'Unione europea*»[17] non sono facilmente conseguibili dalla maggioranza degli enti considerati, stante le frequenti connessioni con organismi lucrativi ai fini del conseguimento di finanziamenti e l'ammontare esiguo di investimenti destinati alle suddette iniziative.
Un secondo elemento negativo riguarda il controllo pubblico. Sebbene si tratti di organizzazioni private, il loro ruolo centrale nell'ambito della cooperazione internazionale allo sviluppo comporta un'ingerenza dell'autorità pubblica italiana, e in alcuni casi anche di quella europea, sulle loro attività e sulla loro struttura. Difatti, come stabilito dall'articolo 9 delle Linee Guida dell'AICS, l'Agenzia ha la facoltà di effettuare ispezioni relative al mantenimento dei suddetti requisiti da parte di tali soggetti e, inoltre, viene imposto a questi ultimi di inviare ogni tre anni una relazione sullo stato di avanzamento delle attività svolte, nonché di comunicare ogni volta le variazioni statutarie deliberate, sulle quali l'agenzia ha, a sua volta, un potere di verifica[18]. Di conseguenza, la scelta di operare sul piano nazionale

---

[17] Come previsto dall'art. 4, numeri 7 e 9, delle Linee guida dell'AICS.

[18] Per ulteriori approfondimenti circa la sfera di controllo pubblico sulle iniziative delle OSC, G. Visconti, *Le organizzazioni della società civile e gli altri soggetti senza scopo di lucro attivi nella cooperazione allo sviluppo disciplinata dalla legge n° 215 del 2014*, in *Diritto.it*, reperibile sul sito: <*https://www.diritto.it/wpcontent/uploads/2016/03/pdf_37913-1.pdf*>, pubblicato il 09 marzo 2016.

ed internazionale in veste di organizzazione della società civile implica, per gli enti di diritto privato, una serie di «appesantimenti» di matrice pubblicistica sulla libertà di iniziativa economica di questi ultimi.

Un terzo aspetto sfavorevole concerne l'ambiguità del carattere internazionale delle OSC. Come già precisato, benché queste organizzazioni siano formate da individui o persone giuridiche provenienti da Stati differenti che agiscono sul piano internazionale per perseguire uno scopo di pubblica utilità, le medesime, pur svolgendo un'attività di tipo transnazionale, sono disciplinate unicamente dal diritto interno del Paese in cui hanno la propria sede[19]. Pertanto, la ricostruzione in chiave di organizzazioni della società civile non consentirebbe agli enti non lucrativi di avere una regolamentazione unitaria a livello europeo o internazionale, dal momento che gli stessi rimarrebbero comunque assoggettati alla sola legislazione dello Stato in cui viene perfezionata l'iscrizione nell'elenco delle OSC o delle ONG.

Inoltre, con specifico riferimento ai soggetti giuridici italiani, è necessario anche considerare che la Convenzione europea sul riconoscimento della personalità giuridica delle organizzazioni internazionali non governative[20], mirata a fornire una base giuridica diretta, di natura contrattuale, almeno per quanto riguarda la presenza e l'operato delle organizzazioni internazionali non governative in Europa, non è stata ratificata dall'Italia. Di conseguenza, limitatamente a questi enti non profit interni, l'iscrizione nell'elenco dell'AICS non permetterebbe in nessun caso ad essi di ricevere un minimo riconoscimento della personalità giuridica in tutte le nazioni firmatarie della convenzione a causa di tale mancata ratifica, e quindi non si avrebbe alcuna forma di agevolazione, sia giuridica che pratica, per il loro operato nel campo europeo.

Nondimeno, è bene precisare che, sebbene tale soluzione non sia risultata confacente per il caso pratico affrontato, tanto per impedimenti normativi quanto per motivi di opportunità, l'iscrizione de-

---

[19] Con riferimento ai problemi internazional-privatistici v. P. Bertoli, *The legal status of non-governmental organisations in private international law*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, 1, 103 ss., il quale sostiene che «*As long as no customary rule or treaty provision confer NGOs a different or privileged status, it necessarily follows that they may only operate as subjects of municipal law*».

[20] European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organisations (ETS No. 124), Strasbourg 24/04/1986.

gli enti non lucrativi nell'elenco delle OSC è possibile e, dunque, può essere considerata come proposta parzialmente risolutiva della mancanza di un istituto internazionale non profit generale.

3. Seconda Opzione: Fusione Transfrontaliera

Considerati i vari oneri pratici da affrontarsi in caso di strutturazione sul modello delle OSC, è opportuno analizzare altre ipotesi, tra cui quella della fusione transfrontaliera.
Tale proposta si sostanzia in un'operazione di fusione degli enti senza scopo di lucro, operazione definita transfrontaliera perché coinvolgente soggetti appartenenti a Stati differenti, in un nuovo organismo non lucrativo unitario, avente come finalità principale quella già perseguita dalle persone giuridiche originarie, sul presupposto che gli scopi degli organismi di partenza siano i medesimi o, quantomeno, compatibili tra loro[21]. Pertanto, l'operazione che si vorrebbe proporre è una vera e propria fusione in senso stretto, e non una fusione per incorporazione, poiché l'ente finale risultante dall'operazione straordinaria è diverso da quelli di partenza.
La normativa italiana relativa alla fusione transfrontaliera è stata oggetto di una recente modifica che non era immaginata solo per innovare radicalmente l'istituto in discorso, ma intendeva perseguire l'obiettivo di introdurre una disciplina organica per tutte le operazioni straordinarie transfrontaliere. Difatti, il d.lgs. 2 marzo 2023, n. 19, attuativo della direttiva UE 2019/2021[22], di recente modificato dal d.lgs. 19 giugno 2025, n. 88, è stato adottato proprio in un'ottica di incentivazione della mobilità transfrontaliera degli operatori giuridici nell'esercizio del principio fondamentale della libertà di stabilimento[23] per una migliore allocazione delle risorse e dei fattori

---

[21] Per il caso in cui gli enti *non profit* perseguano finalità, seppure non lucrative, differenti tra loro il discorso si complica dal momento che o si dovrà trovare un obiettivo che sintetizzi tutte le prerogative non egoistiche coinvolte o, se ciò non sia possibile, sarà necessario un accordo a monte tra i partecipanti che si rifletterà sui rispettivi statuti interni. In ambedue i casi sembrerebbe difficile sostenere che lo scopo finale sia quello perseguito in origine dagli enti.
[22] Direttiva (UE) 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la Direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere.
[23] Sull'evoluzione della libertà di stabilimento nel territorio dell'Unione Europea delle società governate dalla legge di uno Stato membro si veda M. Sagliocca, *Appunti in tema di fusione transfrontaliera tra nuove frontiere in ambito europeo e vecchie tutele dei creditori*

produttivi, raggiungibile in maniera ottimale solo qualora il quadro normativo sia certo e predefinito.

Per quanto qui d'interesse, l'operazione di fusione, ad oggi regolata all'interno degli artt. 17 e ss. del d.lgs. 19/2023, prevede una fase a carattere preparatorio ed una successiva di natura esecutiva. Il primo segmento procedurale è caratterizzato dalla redazione di un progetto comune di fusione contenente ogni elemento prescritto dall'art. 19 del d.lgs. 19/2023 e corredato dalla relazione degli esperti e da quella degli amministratori circa l'opportunità e le implicazioni giuridiche ed economiche dell'operazione, che dovrà essere sottoposto al vaglio di tutti i soggetti partecipanti alla fusione. A seguito delle delibere favorevoli da parte dei soci, ciascuna autorità competente a livello nazionale[24] deve rilasciare a coloro che intendano porre in essere la fusione il c.d. «certificato preliminare», comprovante «*il regolare adempimento, in conformità alla legge, degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione della fusione, affinché vi sia la certezza che, in ogni ordinamento, sia stato effettuato tutto ciò che la legge richiede per portare a compimento l'operazione*»[25].

Nella fase esecutiva, invece, viene redatto il vero e proprio atto di fusione. La competenza alla conclusione di tale atto viene rimessa alla specifica autorità individuata dalle singole legislazioni nazionali; ad essa viene attribuito il compito, non soltanto di realizzare tale atto, ma anche di emanare una seconda certificazione, il cd. "certificato definitivo", che attesta la legalità dell'intera operazione e conferisce efficacia alla fusione transfrontaliera[26].

Dunque, mentre la fase preparatoria – vale a dire quella di redazione e approvazione del progetto di fusione – nonostante sia diretta ad ottenere il consenso maggioritario da parte di tutti gli organi assembleari, viene svolta in maniera autonoma e secondo la disciplina del proprio Stato di origine dai singoli enti partecipanti alla fusione, quella esecutiva deve essere attuata in maniera contestuale e unitaria e, pertanto, è sottoposta unicamente alla legislazione del Paese dove

---

sociali, in *Riv. Società*, 2019, 5-6, 1077 ss.

[24] In Italia è il notaio, come stabilito dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 19/2023, ove è specificato che lo stesso agisce nella sua qualità di pubblico ufficiale.

[25] A. Busani, *Fusione transfrontaliera e fusione internazionale*, in *Società*, 2023, 4, 408.

[26] *Ibidem*, 408, l'Autore, evidenziando la differente funzione dei due certificati contemplati nell'operazione di fusione transfrontaliera, evidenzia che «*il certificato preliminare serve a legittimare l'operazione nei vari ordinamenti cui appartengono le società che vi partecipano mentre il certificato definitivo serve a far "atterrare" l'apporto di patrimonio da parte della società incorporata nell'ordinamento nel quale opera la società incorporante*».

avrà sede l'ente risultante dall'operazione, salvo il vincolo di forma stabilito dall'art. 32, d.lgs. 19/2023[27].

Visto l'oggetto del presente contributo, bisogna innanzitutto domandarsi se tale disciplina innovativa sia valida solamente per le società o se vi possano accedere anche soggetti differenti. In proposito, non può sottacersi come, anteriormente all'entrata in vigore del Codice del Terzo Settore, con cui si è introdotto nel Codice Civile l'art. 42 *bis*[28], non vi fosse traccia di una disciplina positiva concernente le operazioni straordinarie degli enti di diritto privato non societari e, quindi, l'ammissibilità delle stesse dipendeva dall'ammissibilità o meno dell'interpretazione per analogia[29] delle norme dettate in materia di società, data da dottrina e giurisprudenza[30]. Nonostante l'acceso contrasto, l'orientamento più permissivo[31], il quale

---

[27] Il legislatore italiano, infatti, statuisce che l'atto esecutivo dovrà essere redatto necessariamente da un notaio se la legge applicabile non prevede che la fusione transfrontaliera risulti da atto pubblico.

[28] Articolo inserito dall'art. 98, comma 1, D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, a decorrere dal 3 agosto 2017.

[29] G. Domenichini, M.M. Pratelli, *Fusioni, scissioni e trasformazioni*, 2018, 4, 575-576/II, commentando la pronuncia del Trib. Roma, Sez. III, 25 gennaio 2016, sostengono che «*Il Tribunale: alla luce dell'evoluzione della normativa in tema di trasformazione, ritiene applicabile (per analogia) la disciplina della fusione — in quanto compatibile — agli enti non societari"* e *"ritiene che il procedimento di fusione di fondazioni debba "modellarsi quanto più possibile sulla disciplina di cui agli articoli 2501 e ss. c.c.»*.

[30] In senso favorevole si era espresso il Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5226, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 5, 471, con nota di V. Montani, *La trasformazione da associazione a fondazione: il Consiglio di Stato fa e disfà*, sostenendo che «*dopo le modifiche introdotte al Codice civile dalla riforma del diritto societario di cui al D.Lgs. n. 6 del 2003, la trasformazione di enti collettivi è un istituto di carattere generale e il passaggio da associazione a fondazione deve considerarsi non solo ammissibile, a fortiori rispetto alle ipotesi di trasformazione eterogenea espressamente previste (art. 2500-septies e 2500-octies cod. civ.), ma altresì costituisce un'ipotesi di trasformazione "omogenea", poiché lascia inalterato il fine non lucrativo*»; sul punto, sempre a sostegno di tale tesi, TAR Lombardia Milano, Sez. I, 14/02/2013, n. 445, in *Riv. not.*, 2014, 2, 257, e Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. K.A.40, Trasformazione di associazione in fondazione, 1° pubbl. 9/16 - motivato 9/17. In senso negativo, tra gli altri, v. Cons. Stato, Sez. I, 30 gennaio 2015, n. 296, in *Foro Amm.*, 2015, 1, 125; TAR Firenze, (Toscana), Sez. I, 24 novembre 2011, n. 1811, in *Riv. not.*, 2012, 6, 1327; TAR Torino, (Piemonte), Sez. I, 29 giugno 2012, n. 781, in *Foro Amm. TAR*, 2012, 6, 1838.

[31] Primo fra tutti D. Vittoria, *Il cambiamento del tipo per gli enti del I libro del codice civile*, in *Contr. e impr.*, 1992, 1163. In seguito, tra gli altri, F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato Dir. Comm. Dir. Pubbl. Econ.*, XXIX, Padova, 2003, 526; A. Cetra, *Le trasformazioni omogenee e eterogenee*, in P. Abbadessa, G.B. Portale (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 4, Torino,

ha poi trovato successiva conferma nella legge, proponeva un'applicazione analogica della disciplina contenuta nel Capo X del Libro V del codice civile nei limiti della compatibilità della stessa con il modello organizzativo, la struttura e lo scopo degli enti del Primo Libro; infatti, attualmente, l'art. 42 *bis* c.c. ammette espressamente la fusione - e le altre operazioni straordinarie - degli enti non societari, precisando che alla medesima saranno applicabili anche gli articoli da 2501 a 2505 *quater* c.c., in quanto compatibili.
Fatta questa premessa sulla legittimità della fusione di enti non societari, è necessario passare all'analisi dell'applicabilità o meno ad essi dell'istituto della fusione transfrontaliera.
La risposta a tale quesito risulta essere più semplice. Difatti, l'art. 2, lett. d), del d.lgs. 19/2023 prevede espressamente che tale decreto si applica anche «*alle operazioni transfrontaliere a cui partecipano, o da cui risultano, enti non societari, nel rispetto dell'art. 25, comma 3, della Legge n. 218/1995*[32] *e nei limiti in cui la disciplina sia compatibile con questo genere di trasformazione*». Leggendo tale disposizione in combinato disposto con l'art. 1, lett. e), del suddetto decreto, il quale definisce gli enti non societari come «*qualunque ente, di natura non societaria, regolato dalla legge italiana o di uno Stato appartenente all'Unione europea, che esercita un'attività di impresa*[33]*, ha la sede, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nel territorio dell'Unione europea ed è iscritto in un registro delle imprese*», si può affermare che la presente operazione straordinaria può essere compiuta anche esclusivamente tra enti non societari per creare un nuovo ente non societario, sempre purché sia rispettato l'elemento della internazionalità dei partecipanti.
Ciò considerando, una fusione transfrontaliera tra due enti non lucrativi, i quali svolgano un'attività compatibile con quella richiesta

---

2007, 139; M. Basile, *Le persone giuridiche*, in *Trattato Iudica - Zatti*, Milano, 2014, 435; A. Fusaro, *Trasformazioni e fusioni tra enti non profit*, in A. Zoppini, M. Maltoni (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, Padova, 2007, 147.

[32] La norma stabilisce che: «*I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati*». Sul punto cfr. M. Piazza, *Operazioni societarie transfrontaliere: procedure per trasformazioni, fusioni e scissioni coordinate a livello europeo*, in *Fisco*, 2023, 32-33, 3119, circa l'applicazione non piena del decreto agli enti non societari.

[33] Sulla ormai pacifica configurabilità dell'esercizio di attività economiche, anche qualificabili come imprenditoriali, da parte degli enti non profit si veda, da ultimo, G. Marasà, *La "commercializzazione" degli enti del libro I del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 2, 211-214.

dal decreto, sebbene sia strutturata in maniera più semplificata rispetto all'operazione in cui siano coinvolte solo società[34], è giuridicamente lecita ed ammissibile.
Tuttavia, il reale problema di questa proposta non riguarda le condizioni normative di configurabilità, ma si sostanzia nel risultato che si ottiene: infatti, come per la precedente alternativa, la fusione transfrontaliera consentirebbe la creazione di un unico soggetto giuridico non lucrativo, però sottoposto alla legislazione di unico Stato, ossia quella del luogo dove viene stabilita la sede dello stesso. Di conseguenza, una soluzione di questo tipo non raggiungerebbe l'obiettivo di individuare uno strumento giuridico internazionale o europeo, capace di operare al di fuori dei confini nazionali, ma, tutt'al più, potrebbe essere scelta solo nel caso in cui si voglia decidere di unificare l'operato di due enti non profit di nazionalità diverse e di sottoporre gli stessi ad un'unica legislazione, magari economicamente più favorevole.

4. Terza Opzione: Trust di scopo

La presente analisi può essere condotta anche da una prospettiva diversa, ossia ponendo al centro della disamina l'elemento oggettivo rappresentato dal patrimonio degli enti non lucrativi e, in quest'ottica, prendendo in considerazione, come sostituto di un organismo transnazionale, anche l'istituto del *trust*. L'obiettivo, dunque, è quello di verificare, in primo luogo, se sia ammissibile una costituzione congiunta di un *trust* da parte di soggetti non profit e, in secondo luogo, se questo strumento sia effettivamente in grado di semplificare e implementare l'azione unitaria dei medesimi in campo internazionale.
Il *trust* è un istituto di origine anglosassone[35] che contempla un pe-

[34] Difatti, per la procedura di fusione transfrontaliera tra, o da cui risultano, enti non societari, l'art. 4, co. 4, del d.lgs. 19/2023 prevede che «*alle operazioni previste dall'articolo 2, comma 1, lettere c) e d), non si applicano le norme che disciplinano il rilascio, da parte della competente autorità di altro Stato membro, del certificato preliminare e la sua efficacia, ai fini dell'attuazione dell'operazione transfrontaliera. Nelle medesime operazioni, ai fini del rilascio del certificato preliminare e del controllo di legalità di cui agli articoli 13, 33 e 47, il notaio accerta la sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 25, comma 3, della legge n. 218 del 1995 e le disposizioni che regolano la comunicazione di dati tra il registro delle imprese italiano e il registro delle imprese di un altro Stato si applicano in quanto compatibili*».

[35] Sulle origini del *trust* e sulla sua evoluzione storica v. M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, 15-22.

culiare rapporto di stampo fiduciario in cui un soggetto proprietario, denominato *settlor*, sottopone uno o più beni propri al controllo di un altro soggetto, il cd. *trustee*, il quale non può godere dei medesimi poiché ad esso spetta unicamente una funzione di gestione e di amministrazione dei beni nell'interesse di un terzo beneficiario individuato dal disponente. Difatti, in virtù della sua configurazione peculiare, il *trust* rappresenta uno dei fenomeni gestori più adoperati per realizzare «l'articolazione del patrimonio»[36].
Data la particolare funzione e provenienza dell'istituto, il *trust* è privo, secondo l'orientamento assolutamente prevalente in dottrina e nella giurisprudenza di legittimità[37], della soggettività giuridica, impedendo allo stesso, dunque, di essere qualificato come soggetto di diritto. Dal momento che si configura come «*patrimonio acefalo*» e «*mero insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato, formalmente intestati al trustee*», si ritiene non possibile "*entificare*" il *trust* proprio a causa della mancanza assoluta di alterità giuridica tra la funzione dello stesso e il *trustee*, il quale ultimo viene elevato a proprietario formale dei beni vincolati di cui può disporre senza necessità di autorizzazioni; si tratta, dunque, di una mera obbligazione fiduciaria – dalla quale sorge la segregazione patrimoniale – che avrà come unico titolare il *trustee* e non un soggetto terzo da individuarsi nel *trust*[38].
L'ordinamento italiano ha recepito tale figura nel 1989[39], anno in cui, a livello di diritto interno, è stata ratificata la Convenzione del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai *trust* ed al loro riconoscimento firmata a L'Aja.

---

[36] M. Bianca, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. not.*, 2009, 3, 558, per la quale con questa espressione «*si è soliti indicare tutti gli strumenti attraverso i quali la destinazione ad uno scopo di parte del patrimonio importa totale o parziale deviazione dalle regole generali relative alla responsabilità patrimoniale illimitata e alla libera circolazione dei beni*».

[37] Quanto alla soggettività giuridica del *trust* si veda, tra le ultime pronunce giurisprudenziali, Cass. civ., 23 dicembre 2024, n. 34075, in *Notariato*, 2025, 3, 309 ss., con nota di C. Clerici, *La soggettività giuridica del trust e le implicazioni di una recente sentenza della Cassazione*, nonché Cass. civ., 10 febbraio 2020, n. 3128, in *Ced Cassazione*, rv. 657143-01. In dottrina, tra gli altri, cfr. G. Graziadei, *Soggettività del trust e natura dell'attribuzione al trustee*, in *Notariato*, 2017, 3, 262 ss.; E. Lupo, *Soggettività fiscale e personalità giuridica del trust (Cass. 20 gennaio 2022, n. 1826)*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2022, 3, 479 ss.; M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Milano, 2016, *passim*.

[38] Infatti, in caso contrario, se si ammettesse il *trust* come autonomo soggetto giuridico non potrebbe sussistere l'obbligazione fiduciaria, dal momento che ci sarebbe un rappresentante legale del *trust* il quale, in virtù delle regole del mandato, dovrebbe richiedere autorizzazioni e ratifiche per il compimento degli atti di disposizione.

[39] La legge di ratifica della Convenzione de l'Aja è la l. 16 ottobre 1989, n. 364.

A seguito della sua introduzione, il *trust* ha registrato un notevole successo in quanto la sua struttura flessibile e duttile consente agli operatori economici, soprattutto a quelli italiani, di conseguire risultati giuridico-economici rilevanti, non facilmente raggiungibili mediante gli istituti tipici di matrice interna. Pertanto, questo strumento può essere adoperato, ad esempio, per perseguire legittimamente i medesimi obiettivi a cui tendono il negozio di fondazione o il fondo patrimoniale, senza però incorrere nella soggezione alle formalità legislative interne e alle sanzioni e ai divieti associati a tali istituti.

Un risultato di tale tipo può essere eguagliato con la conclusione di un "*trust interno*"[40], ossia quella peculiare forma di *trust* composto solo da elementi soggettivi e oggettivi appartenenti ad un unico ordinamento nazionale, in virtù dei quali non potrebbe essere inquadrato come *trust* nel senso dato dalla Convenzione, ma regolato interamente da una legge extraterritoriale che gli conferisce tale qualifica, la quale, infatti, funge da elemento di internazionalità. Nel sistema italiano, la tesi favorevole al riconoscimento del presente istituto è giunta ad affermare che, ormai, i *trust* puramente interni sarebbero ammessi anche sulla base di una disciplina nazionale autosufficiente – ancorché sintetica – che è quella ricavabile dall'art. 2645 *ter* del c.c., la quale ne consentirebbe la trascrivibilità.

Nonostante la Convenzione ne detti unicamente le linee generali, la fisionomia concreta dei singoli *trust* può essere variegata, dal momento che viene lasciata al disponente un'ampia autonomia negoziale; difatti, possono distinguersi diverse tipologie di *trust* in base all'elemento generale dell'istituto che viene modificato.

Se si assume come parametro lo scopo, dal momento che l'individuazione precisa del beneficiario non è indispensabile ai fini di tale strumento, oltre a potersi avere un *trust* con fine soggettivo, ossia diretto ad avvantaggiare una persona specifica, è configurabile anche il cd. «*trust di scopo*», o oggettivo.

Per *trust* di scopo si intende il *trust* non programmato in favore di un beneficiario individuato o da individuarsi, ma istituito "*per il mero perseguimento di un dato scopo, la cui attuazione è, dunque, fine a stessa, a prescindere dal fatto che qualcuno ne abbia uno specifico individuale beneficio*"[41].

---

[40] Tale espressione è stata coniata per primo da M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, 546.

[41] A. Busani, *Il Trust. Istituzione, gestione, cessazione, tassazione. Tecnica redazionale*, II ed., Padova, 2022, 477. Cfr. anche A. C. Di Landro, *Applicazioni dei trust in materie di pubblico interesse*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2011, 5, 488; M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli*

In merito ai soggetti, è possibile che l'ordinaria struttura trilatera contempli i medesimi individui in posizioni differenti dando vita, ad esempio, al "*trust autodichiarato*", qualora il disponente si nomini *trustee*, producendo il solo effetto di segregazione patrimoniale dei beni vincolati[42], oppure al "*trust autodestinato*", nel caso in cui il *settlor* sia anche unico beneficiario, o uno dei beneficiari, dell'istituto[43].
Quanto, invece, alle caratteristiche generali, si può brevemente evidenziare che il *trust* può essere disposto dal *settlor* sia con atto *inter vivos* che con atto *mortis causa*, rendendo pienamente legittima la figura del *trust* testamentario[44]. L'effetto principale che si produce, quale che sia la fonte dell'atto costitutivo, è quello della segregazione patrimoniale, secondo cui tutti i beni vincolati in *trust* formeranno una massa patrimoniale distinta, non facente parte né del patrimonio del *trustee* né di quello del disponente, la quale non potrà essere aggredita da nessuno dei creditori particolari dei soggetti coinvolti

---

ordinamenti di origine e in Italia, cit., 165; P. Panico, *Trust caritatevoli e per scopi non caritatevoli*, in D. Zanchi (a cura di), *Il trustee nella gestione dei patrimoni. Responsabilità e risoluzione dei conflitti*, Torino, 2009, 473.

[42] Cfr. G. Manes, P. Errani, *Trust autodichiarato e vincoli di destinazione: l'effetto segregativo*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2018, 5, 477. In senso contrario v. Cass. civ., Sez. VI, ordinanza del 25 febbraio 2015, n. 3886, in *Il Fisco*, 2015, 11, 1097, e in *Vita Not.*, 2015, 1, 386, secondo cui «*non c'è trust se non c'è trasferimento di beni a un trustee (e quindi il trust "auto-dichiarato" non esisterebbe); l'imposta di donazione si applica nel momento in cui il disponente vincola i beni in trust, perché grava sulla istituzione di vincoli di destinazione, a prescindere dal fatto che vi sia un trasferimento patrimoniale da un soggetto all'altro (ad esempio, un trasferimento da colui che - come il settlor - istituisce il trust a favore di un trustee)*». Sul punto A. Busani, *La Cassazione 'smonta' il trust*, in *Il Sole - 24 Ore*, 8 marzo 2015.

[43] Quanto alla condizione di ammissibilità di detto *trust* cfr. A. Busani, *Il Trust. Istituzione, gestione, cessazione, tassazione. Tecnica redazionale*, cit., 307-308 il quale sostiene «*che questa situazione in tanto è legittima in quanto risponda a un interesse del disponente meritevole di tutela, in mancanza del quale, infatti, il trust si configurerebbe come uno strumento di elusione della garanzia patrimoniale che l'ordinamento riconosce in favore dei creditori di costui*».

[44] Relativamente al *trust* testamentario cfr. S. Bartoli, D. Muritano, C. Romano, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, in P. Cendon (a cura di), *Trattati*, Milano, 2014, *passim*; M. Cenini, *Successione legittima e necessaria – Trust - Validità del trust discrezionale di famiglia in funzione successoria e rimedi per i legittimari*, in *Giur. It.*, 2023, 7, 1535 ss.; R. Franco, *Trust testamentario e liberalità non donative: spiragli sistematici per una vicenda delicata*, in *Riv. Not.*, 2009, 6, 1449 ss.; R. Sansoni, *La tutela dei legittimari al "banco di prova" del trust*, in *Notariato*, 2021, 4, 399 ss.; D. muritano, *Attribuzione di beni al trustee di trust testamentario e imposta di successione*, in *Trust*, 2020, 2, 168 ss.; C. Romano, *Gli effetti del trust oltre la morte del disponente: dal trust in funzione successoria al trust testamentario*, in *Notariato*, 2014, 6, 593 ss.; F. Rota, G. Biasini, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2017, *passim*; P. Virgadamo, *La costituzione di patrimoni separati per testamento: appunti e spunti a margine di un recente contributo*, in *Dir. fam.*, 2018, 2, 754 ss.

nell'istituto[45] e che, quindi, dovrà essere adoperata unicamente per soddisfare le obbligazioni contratte dal *trustee* nell'interesse del *trust*. Dunque, il *trustee*, essendo solo intestatario formale dei beni, avrà il potere-dovere di conservare e amministrare o disporre quanto attribuitogli in virtù delle modalità dettate dal disponente e secondo quanto previsto dalla legge applicabile al *trust*, ossia quella scelta dal costituente medesimo; inoltre, non determina alcun tipo di violazione la riserva di alcune prerogative da parte del disponente[46], né il riconoscimento di alcuni diritti al *trustee* in qualità di beneficiario.
Fatte queste opportune premesse, è necessario verificare se – e in quale configurazione – il *trust* possa essere costituito per colmare l'assenza di un istituto non lucrativo internazionale, soprattutto analizzando i risultati concreti che si produrrebbero.
In primo luogo, considerato che lo scopo degli enti non lucrativi generalmente non è proteso ad avvantaggiare un beneficiario determinato, dal momento che esso corrisponde a finalità di utilità sociale, l'unica tipologia di *trust* che potrebbe essere costituita in una situazione così delineata è il *trust* di scopo, segnatamente il *trust* con scopo di pubblico interesse o *charitable trust*[47].

---

[45] Quanto alla separazione del patrimonio, per tutti, v. A. Sempronì, *Segregazione patrimoniale e pubblicità*, in *Trust*, 2018, 6, 603 ss.; cfr. anche Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Giur. merito*, 2008, 3, 717 ss., con nota di F. Catarci, *"Trust" autodichiarato e garanzia dei creditori*, secondo cui «*dal riconoscimento del trust, istituito in conformità alla legge regolatrice, deriva (automaticamente) l'effetto segregativo del patrimonio del trustee, e la conseguente impossibilità per i creditori di quest'ultimo di attaccare i beni trasferiti; inoltre, per effetto del trasferimento al trustee, nessun diritto sui beni in trust spetta più al disponente. In particolare, il creditore del disponente non può aggredire, con azione esecutiva di espropriazione, i beni che il debitore ha trasferito al trustee con atto avente data certa anteriore al pignoramento*».

[46] V. A. Busani, *Il Trust. Istituzione, gestione, cessazione, tassazione. Tecnica redazionale*, cit., 280 e 284 ss., nel quale l'Autore da un lato elenca, in maniera esemplificativa, alcune prerogative che il disponente si può riservare quali «*(i) il potere di nominare o revocare il trustee, (ii) il potere di nominare gli amministratori di società controllate dal trust, (iii) il potere di compiere atti di gestione relativamente ai beni inclusi nel trust fund, (iv) il potere di nominare e di revocare i guardiani, (v) il potere di sostituire la legge regolatrice del trust con un'altra legge, (vi) il potere di introdurre limitazioni ai poteri del trustee*», e dall'altro lato pone l'attenzione sul cd. «*sham trust*», ossia «*il trust la cui istituzione (e, conseguentemente, la segregazione del cui patrimonio in capo al trustee) sia meramente "apparente", in quanto il disponente – pur manifestando formalmente l'intenzione di istituire il trust – intenda, in realtà, mantenere per sé il controllo dei beni e dei diritti formalmente vincolati in trust*».

[47] Per una panoramica generale sui *charitable trust* e sulle loro peculiarità rispetto ai *trust* di scopo, v. E. Barla De Guglielmi, *Charitable trust e trust di scopo: tra diritto inglese e leggi del modello internazionale*, in M. Monegat, G. Lepore, I. Valas (a cura di), *Trust. Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, Torino, 2010, *passim*.

Tuttavia, per i *trust* liberali o con finalità benefiche, oltre all'assenza di un beneficiario determinato, si richiede anche l'indispensabile perseguimento di uno degli obiettivi solidaristici tipizzati a livello giurisprudenziale o legislativo, i quali possono differire in base all'ordinamento che regolamenta l'istituto[48], nonché, per la maggioranza delle legislazioni, la necessaria nomina di un «guardiano» che possa eventualmente agire contro il *trustee* in difesa di tali obiettivi[49].
In secondo luogo, non costituisce un ostacolo alla presente ricostruzione la circostanza che il soggetto disponente non è una singola persona fisica, ma risultano essere più persone giuridiche.
La Convenzione de L'Aja nulla dice con riguardo alla definizione della figura del *settlor*[50]; dunque, in assenza di una limitazione legislativa e alla luce della notevole flessibilità dell'istituto, oltre ad essere assolutamente pacifica la riconduzione nel concetto di "*persona*" tanto delle persone fisiche quanto di quelle giuridiche, è considerata lecita anche la costituzione congiunta del *trust* da parte di più soggetti[51] – individui o enti – i quali, nella qualità di disponenti, con un unico atto unilaterale, possono subordinare al vincolo di destinazione beni provenienti da patrimoni differenti, purché entrambi siano titolari, ciascuno per quanto di propria spettanza, almeno di un legittimo potere di disposizione[52].

---

[48] Ad esempio, per l'ordinamento inglese gli scopi «*charitable*» vengono elencati nel *Charities Act* del 2006 (c 50). È anche il caso di segnalare che per tale sistema giuridico i *charitable trust* sono gli unici *purpose trust* legittimi, dal momento che tutti gli altri *trust* di scopo sono considerati nulli per assenza di un soggetto legittimato a far valere in giudizio le prerogative e i diritti ad essi attinenti, circostanza che viene evitata nei *charitable trust* da soggetti preposti alla tutela di interessi pubblici, quali il *General Attorney* o la *Charity Commission*.

[49] Cfr. Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2012, 1, 61, per il quale «*secondo la legge di Jersey il trust necessita o di beneficiari, o, se è un trust di scopo non charitable, di un guardiano*».

[50] L'art. 2, co. 1, della Convenzione del 1985 si limita a statuire che "*Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente*".

[51] L'eventualità che più soggetti occupino la posizione di disponente in un unico *trust* è ammessa, sebbene in via indiretta, da F. Di Ciommo, *I trust familiari*, in G. Bonilini (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. 1, 2° ed., Torino, 2022, 1788, nell'inciso "*il trust è costituito dal disponente (o dai disponenti) ad esclusivo vantaggio dei beneficiari*", nonché da M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., 102, quando, analizzando il primo precedente inglese moderno in tema di intesa simulatoria, afferma che «*Si trattava del trust istituito da un marito e da una moglie*». Difatti, tra gli esempi tipici di pluralità di disponenti si annoverano la gestione congiunta degli affari familiari da parte dei coniugi e l'investimento congiunto da parte di due persone.

[52] Sul punto v. F. Rota, G. Biasini, *op. cit.*, 61 e A. Busani, *Il Trust. Istituzione, gestione,*

È solo opportuno ricordare che la pluralità di disponenti può sempre essere evitata scindendo l'atto di istituzione da quello di dotazione del *trust*. In questo modo ad uno solo dei soggetti verrebbe affidata la costituzione concreta del vincolo di destinazione, divenendo esso l'unico *settlor*, mentre all'altro verrebbe riservata esclusivamente la dotazione in qualità di terzo e non di disponente.
In terzo luogo, un ulteriore elemento fondamentale da considerare è la legge regolatrice del *trust*. Secondo quanto stabilito dalla convenzione, la disciplina del *trust* discende dalla legge scelta dal disponente o, in mancanza di tale decisione, dalla legge con cui il negozio istitutivo del *trust* ha "*collegamenti più stretti*"[53].
Dunque, ai fini del presente contributo, la disciplina applicabile potrebbe essere scelta direttamente dagli enti non lucrativi in base ad una loro indipendente e insindacabile valutazione, suscettibile di tenere conto degli obiettivi da raggiungere e delle opportunità fiscali ed economiche, con l'unica precisazione che la scelta suddetta venga limitata agli ordinamenti che ammettano la validità dei *charitable trust* privi di beneficiari predeterminati.
Riassumendo, questa opzione si concretizzerebbe nella costituzione congiunta da parte degli enti non lucrativi di un *trust* con scopo di pubblico interesse, regolato dalla legge di uno stato diverso da quello italiano[54], la cui finalità ultima sarebbe identica a quella perseguita dagli enti suddetti, attraverso la destinazione ad esso delle porzioni di patrimonio di provenienza diversa.
Tuttavia, anche tale proposta incorre in un inconveniente determinante. Difatti, non si verrebbe a creare un istituto internazionale o europeo che superi le barriere dei confini nazionali, ma si andrebbe solamente a dare vita ad una situazione giuridica concernente un vincolo di destinazione e una separazione patrimoniale, regolata dalla legge di un singolo ordinamento la quale, al massimo, potrebbe essere diversa da quelle degli enti coinvolti nell'operazione.
A differenza delle precedenti opzioni, però, considerata la non soggettività giuridica del *trust*, gli enti non lucrativi originari rimarrebbe-

cessazione, tassazione. Tecnica redazionale, cit., 274, i quali menzionano, come esempio di mero potere di disposizione, il caso dell'esecutore testamentario che vincola in *trust* i beni ereditari a lui conferiti dal testatore.

[53] La disciplina della legge applicabile al *trust* è regolata dagli articoli da 6 a 10 della Convenzione de l'Aja del 1985.

[54] È necessario per il disponente optare per una legge straniera dal momento che l'Italia, sebbene abbia ratificato la Convenzione de l'Aja con la l. 364/1989, non ha mai adottato una propria disciplina interna sul *trust*.

ro comunque attivi dal momento che lo stesso darebbe luogo solo ad un fenomeno di segregazione del patrimonio e non di estinzione dei soggetti di partenza.

5. Quarta Opzione: Società Europea (SE)

Ai fini del presente contributo, la costituzione di una Società Europea, avente come unici soci gli enti non lucrativi, può essere considerata un'alternativa possibile la quale, però, sconta un dubbio giuridico abbastanza dirimente, ossia la possibilità di creare una società di capitali transnazionale che non consegua alcuna forma di lucro soggettivo, ma che assegni quanto prodotto ai fini altruistici perseguiti dai suoi soci. Prima di analizzare questi aspetti, risulta opportuno delineare brevemente i tratti salienti dell'istituto.
La società europea – anche conosciuta semplicemente come SE – è una particolare forma di società per azioni regolata non già dal diritto interno di un singolo stato, ma direttamente dal diritto unionale[55], che consente agli operatori economici, stabiliti all'interno del territorio dell'Unione, di svolgere liberamente la propria attività nel mercato unico, attraverso una struttura societaria assoggettata ad una disciplina uniforme, almeno per i suoi caratteri essenziali[56].
La SE viene inquadrata, da autorevole dottrina, come società «di secondo grado», dal momento che i soggetti legittimati alla costituzione della medesima sono esclusivamente le società e gli altri enti di diritto privato o pubblico, mentre sono prive di tale legittimazione tutte le persone fisiche[57].

---

[55] Con riferimento all'iter giuridico culminato con l'emanazione del Reg. (CE) n. 2157/2001 del Consiglio dell' 8 ottobre 2001 relativo allo statuto della Società europea (SE) v. G. Di Marco, *La "società europea": un nuovo tipo societario per le imprese comunitarie*, in *Società*, 2001, 6, 746-747; R. Rivaro, *Verso un diritto societario europeo – La struttura della Società europea*, in *Giur. it.*, 2009, 5, 1297 ss.; M. Miola, *Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza di ordinamenti*, in *Riv. soc.*, 2003, 2-3, 324 ss.

[56] Cfr. F. Ambrosiani, *Società europea e fusione internazionale*, in *Società*, 2002, 11, 1355-1356, il quale sostiene che «*i rinvii alle leggi nazionali degli Stati membri sono così numerosi e qualitativamente «importanti» che appare davvero difficile poter affermare che la SE sia una società di capitali di diritto europeo: in realtà appare più veritiera l'affermazione secondo la quale non esisterà una sola società europea, ma tante quanti sono gli Stati membri: una di diritto tedesco, una di diritto francese, una di diritto italiano e così via*».

[57] F. Fimmanò, *Società Europea: ultimo atto*, in *Riv. soc.*, 1994, 5-6, 1006-1007; A. Guaccero, *La Società Europea a confronto con la società per azioni italiana a seguito dell'attuazione delle direttive CEE*, in *Giust. civ.*, 1993, 2, 240.

Per poter accedere a questo istituto europeo, inoltre, si richiede ai soci costituenti di rispettare una serie di rigide condizioni normative, le quali spaziano da requisiti oggettivi inerenti al capitale e alla sede legale a requisiti soggettivi quale, ad esempio, quello della transnazionalità[58].

In ultimo, giova ricordare che la SE, in virtù della sua struttura capitalistica, si configura come una società dotata di personalità giuridica, il cui capitale è suddiviso in azioni, in cui i soci rispondono delle obbligazioni sociali limitatamente al conferimento effettuato.

Se a livello teorico la scelta del modello organizzativo della società europea, avente come unici soci gli enti non lucrativi soggetti a legislazioni di Stati membri differenti, sembrerebbe essere astrattamente possibile ai nostri fini, è necessario tenere a mente due ordini di problemi che rendono tale alternativa meno percorribile.

Il primo ostacolo riguarda le sue modalità di costituzione, che secondo quanto previsto dal regolamento 2157/2001[59], può promanare dall'attivazione di una delle quattro procedure tassative ivi contemplate, ossia tramite una fusione transfrontaliera, una trasformazione dell'originaria società per azioni di diritto interno, la creazione di una *holding* europea, e quindi nella forma di una capogruppo in cui confluiscono le quote di partecipazione dei promotori, oppure la formazione di un'affiliata europea, e dunque sotto forma di filiale dell'ente di partenza[60].

Tuttavia, nonostante l'elemento comune della transnazionalità dei promotori sia richiesto in ognuna di queste modalità, tre di queste quattro opzioni sono riservate alle sole società di capitali – in particolare alle società per azioni e, solo in un caso, anche alle società a responsabilità limitata[61] – limitando la facoltà di creazione della

---

[58] Tali requisiti sono disciplinati dagli artt. 2, 4, 7 e 12 del Reg. (CE) n. 2157/2001.

[59] L'elenco tassativo delle modalità di costituzione della SE è predisposto dall'art. 2 del Regolamento.

[60] Per un approfondimento sui singoli casi di costituzione della società europea normativamente predisposti si veda, tra gli altri, F. Ambrosiani, *Modernizzazione del diritto societario e società europea*, in *Dir. comm. internaz.*, 2003, 4, 697-699; M. Di Pace, *La società europea: un nuovo modello societario*, in *PMI*, 2004, 10, 13 ss.; G. D'Alfonso, *La «società europea» una nuova forma organizzata per operare in uno scenario europeo*, *Ivi*, 2002, 3, 35 ss.; F. Ambrosiani, *Società europea e fusione internazionale (seconda parte)*, in *Società*, 2002, 12, 1499 ss.; G. Di Marco, *op. cit.*, 747-748.

[61] In particolare, le ipotesi della fusione transfrontaliera e della trasformazione sono prerogative esclusive delle società per azioni, mentre quella della creazione di una *holding* europea spetta anche alle società a responsabilità limitata.

società europea da parte degli altri enti di diritto privato o pubblico all'ipotesi contemplata dall'art. 2, co. 3, del regolamento, cioè la formazione di una affiliata europea.
Di conseguenza, volendo seguire questa strada, l'unica maniera in cui possono essere legittimamente coinvolti enti non lucrativi nella *governance* originaria di una società europea è quella di dare vita ad una affiliata europea, dal momento che unicamente in tale ipotesi la norma europea menziona "*le altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato*"[62], locuzione in cui pacificamente rientrano tutti i soggetti che non perseguono uno scopo lucrativo; pertanto, tali enti, che in ogni caso dovrebbero provenire da almeno due Stati membri differenti, oppure avere un'affiliata o una succursale in un paese diverso, sarebbero comunque obbligati a sottoscrivere le azioni della SE affiliata nel limite quantitativo minimo sopra precisato.
Nonostante la costituzione di una SE affiliata consenta di non incorrere in difetti di legittimazione inerenti al momento costitutivo, è lecito domandarsi se la difformità di scopi perseguiti tra enti non lucrativi-soci e società sia in qualche modo ostativa alla conclusione di un organismo societario partecipato da soli soggetti non profit[63].
Come è ben noto, gli enti non societari di diritto privato sono soggetti dotati di un patrimonio specifico preordinato ad un determinato risultato, seppure con differenze strutturali dipendenti dal tipo prescelto. Questo scopo, diversamente da quello delle società, non si sostanzia nella realizzazione di un lucro soggettivo, ossia di distribuzione degli utili prodotti dalla persona giuridica tra i suoi partecipanti, ma nel perseguimento di un fine di pubblica utilità[64].
Tuttavia, seppure teoricamente le finalità perseguite non siano identiche, l'orientamento maggioritario in dottrina e giurisprudenza sostiene l'ammissibilità dell'assunzione di partecipazioni societarie, anche relativamente a società di capitali unipersonali, da parte di qualsiasi ente non lucrativo, considerato che tali partecipazioni pos-

---

[62] Per F. Blanquet, *Enfin la société européenne «la SE»*, in *Revue du droit de l'union européenne*, 2001, 90, il legislatore comunitario, con tale dizione, ha inteso estendere la legittimazione per la costituzione di una SE, ma solo se affiliata, anche al GEIE.
[63] Sulle difformità di scopo, segnatamente tra associazione e società, si veda, da ultimo, A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, XXVI ed., Milano, 2023, 164 ss.
[64] In giurisprudenza sul punto, per tutti, si vedano Cass. civ., Sez. I, 8 marzo 2013, n. 5836, in *Società*, 2013, 6, 741 e Cass. civ., Sez. III, 19 settembre 2019, n. 23344, con nota di S. Pardini, *Indennità per la perdita di avviamento anche in assenza di finalità lucrativa: un automatismo da rivedere*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1-2, 231 ss.

sono essere adoperate per soddisfare lo scopo altruistico degli enti, a condizione che gli utili prodotti vengano destinati esclusivamente ad esso; pertanto, a prescindere dalla loro configurazione, prevale l'idea che tali obiettivi siano compatibili[65].

Volendo, però, cercare di individuare una struttura unitaria che sia integralmente non lucrativa, ci si domanda se sia possibile inserire i medesimi enti di diritto privato all'interno di una società per azioni – la SE affiliata – che a livello statutario non preveda la ripartizione degli utili realizzati dalla medesima tra i suoi consociati, dando luogo ad un organismo di secondo livello che non persegua un lucro soggettivo, al pari dei suoi soci fondatori, ma che destini direttamente quanto prodotto agli obiettivi di utilità pubblica e non privata propri di questi ultimi.

Dunque, per comprendere se tale soluzione sia praticabile, risulta necessario domandarsi se il lucro soggettivo sia un carattere indefettibile e fondamentale delle società di capitali o se, al contrario, sia ammissibile un ente societario che si limiti al perseguimento di un lucro oggettivo sovrapponibile alla finalità ultima tipica degli enti-soci. Nonostante risulti essere nettamente prevalente la tesi che sostiene l'inammissibilità di una società di capitali "ordinaria" priva di uno scopo di lucro anche soggettivo[66], in questa sede ci si occuperà solamente della tesi dell'ammissibilità di tali peculiari società, esaminando gli argomenti a favore di essa, ma anche, e soprattutto, le criticità che la caratterizzano.

Un elemento a sostegno di questo orientamento è ricavabile dall'esistenza, nell'ordinamento italiano, di società *positivamente* prive dello scopo di lucro soggettivo, quali le società consortili, le società sportive dilettantistiche e, prima della riforma del 1996 e del riordino

---

[65] In favore di tale ammissibilità, in giurisprudenza, v. App. Bologna, 6 febbraio 1987, in *Vita not.*, 1987, 807; App. Venezia, 15 maggio 1989, in *Società*, 1990, 351; Trib. Lucca, 2 febbraio 1994, in *Società*, 1994, 807; in senso contrario Trib. Bologna, 29 novembre 1984, in *Giur. comm.*, 1985, 352. In dottrina per tutti, v. C. Ibba, *La partecipazione di associazioni in società. L'associazione non riconosciuta socio unico di s.r.l.*, in *Studium Iuris*, 1996, 427.

[66] Tra gli autori a sostegno di tale orientamento, senza pretesa di esaustività, v. P. Simonetti, L. Genghini, *Le società di persone*, II ed., Padova, 2021, 11; G. Marasà, *op. cit.*, 212; L. Picardi, *Elementi di diritto dell'impresa*, II ed., Torino, 2025, 146-147; M. Cian, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2023, 328; G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, XVII ed., Milano, 2023, 206 ss.; G. F. Campobasso, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, X ed., Milano, 2020, 23 ss.; G. Marasà, *Le società: profili sistematici e funzione*, in V. Donativi (diretto da), *Trattato delle società*, tomo I, Milano, 2022, 70-71.

normativo del 2021[67], quelle professionistiche, nonché le imprese sociali costituite in forma di società lucrative.
Le prime, ormai disciplinate dall'art. 2615 *ter* c.c., sono qualificate dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, non come dei "*consorzi in forma societaria che integrano un contratto associativo misto*"[68] in cui il contratto sociale diverrebbe un contratto di consorzio, ma come delle vere e proprie società di capitali con scopo di consorzio, così come contemplato dall'art. 2602 c.c.[69], non andando a creare un nuovo tipo sociale *sui generis*[70]. Pertanto, rimanendo invariata la struttura ordinaria prevista dal Libro V del codice civile, considerata, però, la natura mutualistica dello scopo consortile, è possibile affermare che tali persone giuridiche non siano dirette al perseguimento del tipico lucro soggettivo previsto dall'art. 2247 c.c.[71], ma all'esclusivo conseguimento di un vantaggio indiretto per i relativi soci, ossia di un lucro meramente oggettivo.
Per le società sportive dilettantistiche non vi sono dubbi circa la non lucratività dell'ente societario, in virtù del disposto dell'art. 8 del d.lgs. 36/2021, il quale sancisce espressamente il divieto di distribuzione, anche indiretta, di qualsiasi risultato economico positivo,

---

[67] L'originaria formulazione dell'art. 10, co. 2, della legge 23 marzo 1981, n. 91 stabiliva che «*l'atto costitutivo deve prevedere che gli utili siano interamente reinvestiti nella società per il perseguimento esclusivo dell'attività sportiva*». Con l'introduzione dell'art. 4, co. 1, lett. b), della legge 18 novembre 1996, n. 586, il suddetto comma è stato sostituito dal seguente: «*L'atto costitutivo deve prevedere che la società possa svolgere esclusivamente attività sportive ed attività ad esse connesse o strumentali*». Infine, la stessa è stata traslata, in maniera praticamente identica, nell'art. 13, co. 2, d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36.

[68] A sostegno di tale visione v. G. Capurso, *I consorzi e le società consortili dopo le modifiche della l. 10 maggio 1976, n. 377*, in *Giur. comm.*, 1981, 338; M. Malesani, sub *art. 2615* ter, in A.M. Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2011, 1923 ss., e, in giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6335, reperibile sul sito: *https://onelegale.wolterskluwer.it/document/cons-stato-sez-v-sentenza-15-10-2009-n-6335/44MA0002199661?searchId=2187997698&pathId=3337f22919b6a&offset=0*, secondo cui «*le società consortili non possono essere considerate cosa ben diversa dai consorzi; entrambe le figure giuridiche si caratterizzano per avere la medesima finalità, e cioè quella di dare luogo ad un'altra figura soggettiva alla quale affidare alcuni compiti della propria vita imprenditoriale*».

[69] Tale norma dispone che «*con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese*».

[70] Cfr. D.U. Santosuosso, *Le società di capitali consortili tra "nuove" soluzioni e "vecchi" problemi - Appunti con particolare riferimento alle società consortili a responsabilità limitata*, CNN Studio n. 187-2011/I, 2. Sul punto, in dottrina, v. anche M. Sarale, *Consorzi e società consortili*, in G. Cottino, M Sarale, R. Weigmann (a cura di), *Trattato di diritto commerciale. Società di persone e consorzi*, vol. III, Padova, 2004, 557 ss.

[71] Per tutti, G. Marasà, *Le società senza scopo di lucro,* Milano, 1984, 235.

comunque denominato, tra i suoi membri, salva la possibilità di destinazione dei proventi ad aumento gratuito e la facoltà di riduzione del capitale mediante rimborso.
Nelle società sportive professionistiche, invece, prima dell'intervento legislativo suddetto vi era un concreto obbligo di destinazione esclusiva degli utili prodotti all'attività sportiva, dal quale era possibile ricavare, ragionando *a contrario*, un divieto implicito di ripartizione dei medesimi tra i consociati. Nonostante il quadro normativo sia mutato, e dunque è attualmente concesso a tali società di perseguire statutariamente uno scopo di lucro anche soggettivo, preme evidenziare che tale riforma è avvenuta mediante l'eliminazione dell'originario obbligo di destinazione, e non con l'inserimento di un nuovo elemento essenziale nell'atto costitutivo, rimarcando come ciò costituisca solo una possibilità e non un obbligo per le medesime e, soprattutto, lasciando ancora spazio alla eventuale nascita di società sportive professionistiche senza fini di lucro soggettivo.
Infine, quanto alle imprese sociali, centrale risulta essere non tanto la struttura organizzativa che l'ente adopera, quanto le finalità perseguite dallo stesso, le quali vengono ricondotte nel novero delle attività «*di interesse generale, senza scopo di lucro* (…) *finalità civiche, solidaristiche e di utilità pubblica*»[72]. Di conseguenza, essendo assolutamente libera la scelta sulla veste giuridica da adottarsi, nonché essendo espressamente inclusi gli organismi disciplinati dal libro V del codice civile, le imprese sociali costituiscono uno dei possibili esempi più limpidi di società prive di lucratività nel momento in cui si opti per la costituzione come società di persone o di capitali; in virtù del principio di neutralità delle forme giuridiche, dunque, è possibile aversi una società lucrativa che, per la qualifica normativa optata, non persegua alcuna forma di lucro.
Un ulteriore argomento a sostegno della tesi favorevole alla creazione di enti societari non qualificati dalla produzione di un lucro soggettivo sarebbe ricavabile dal tenore letterale dell'art. 2332 c.c., in tema di nullità di società per azioni. Questa visione parte proprio dall'assunto per cui, mancando ogni riferimento al perseguimento dello scopo di lucro all'interno dell'elenco tassativo delle cause di nullità della società stabilito dalla legge[73], la ripartizione degli utili

[72] L'art. 1 del D.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, infatti, prescrive l'esercizio di una di dette finalità come essenziale per l'ottenimento della qualifica di impresa sociale.
[73] È ormai pacifico che il catalogo stabilito dall'art. 2332 c.c. sia tassativo. Senza alcuna pretesa di completezza, sul punto v. G. Ferri, *op. cit.*, 362 ss.; P. Simonetti, L. Gen-

tra i soci non potrebbe essere considerata elemento essenziale del contratto sociale; pertanto, una società creata sulla base di uno statuto che non contempli il fine dell'art. 2247 c.c. non potrebbe essere tacciata di nullità alla luce dell'assenza di una causa normativa tipica in tal senso[74].

Conseguentemente, non sarebbe nemmeno rinvenibile nella legge una sanzione specifica da applicare ad una società regolarmente costituita che non persegua uno scopo di lucro dal momento che, sul punto, dottrina e giurisprudenza prevalenti considerano non configurabile non soltanto l'azione di nullità ai sensi dell'art. 2332 c.c., ma nemmeno l'ipotesi della nullità della società per simulazione assoluta dell'atto costitutivo a causa della diversità di *ratio* dei due istituti[75].

Sebbene si possano individuare alcuni elementi a sostegno di questa visione, non mancano argomenti contrari determinanti che rendono difficilmente attuabile la presente proposta.

In primo luogo, bisogna considerare che l'art. 2247 c.c., definendo la società come il contratto con cui "*due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili*" [76], è considerato secondo l'orientamento assolutamente pre-

---

ghini, *Le società di capitali e le cooperative*, III ed., Padova, 2022, 64; G. F. Campobasso, *op. cit.*, 162-165; M. Cavanna, *La nullità*, in G. Cottino (a cura di), *Lineamenti di diritto commerciale*, II ed., Bologna, 2022, 218; G. Palmieri, *La nullità delle società per azioni*, in G.B. Portale, G.E. Colombo (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, vol. I, Torino, 2004, *passim*.

[74] Sul punto, per tutti, si rinvia al celebre saggio di G. Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 1, 151 ss., spec. 155 ss., nel quale l'Autore, partendo dalla mancata rilevanza della causa societaria quale ipotesi di nullità *ex* art. 2232 c.c., nonché dai diversi esempi non codicistici che mostrano di prescindere da tale requisito, è pervenuto alla conclusione che le società di capitali, «*già divenute pura struttura, destinate di volta in volta a servire scopi diversi*», si prestano a corrispondere «*non solo alla funzione tipica lucrativa, che ne rappresenta l'origine storica, ma ad altre funzioni diverse da essa ed eterogenee tra loro*» (spec. 163).

[75] In giurisprudenza, da ultimo, Cass. civ., Sez. I, 22 giugno 2022 n. 20181, in *Rassegna mensile della giurisprudenza civile della Corte di Cassazione*, giugno 2022, 24, secondo la quale «*l'abuso di personalità giuridica (…) Non è, invece, configurabile al fine di eludere l'esistenza di un soggetto dotato di personalità giuridica e di patrimonio separato, in modo tale da consentire l'aggressione di tale patrimonio (e non della sola quota di pertinenza) da parte dei creditori personali del socio, poiché si finirebbe con il legittimare un'azione di nullità dell'atto costitutivo della società di capitali, in violazione dell'art. 2332 c.c., o con il consentire un accertamento della simulazione assoluta dello stesso, in contrasto con la "ratio" sottesa a tale disposizione*»; in dottrina, per tutti, M.L. Vitali, *Invalidità della società*, in V. Donativi (diretto da), *Trattato delle società*, t. I, Milano, 2022, 518-520.

[76] Sull'ampiezza del concetto di "divisione degli utili" di cui all'art. 2247 c.c. in presenza

valente, come una disposizione che eleva la distribuzione degli utili fra i consociati non solo ad elemento essenziale del contratto, ma anche a causa dello stesso, dal momento che essa costituirebbe la ragione economico-sociale tipica per la quale la società viene in essere.
In secondo luogo, quanto all'esistenza di società che effettivamente possono essere strutturate senza la finalità lucrativa, viene affermato che si tratterebbe di ipotesi eccezionali, espressamente previste da leggi speciali o dal codice civile in casi limitati, e che, quindi, la loro ammissibilità non potrebbe assumere la valenza di principio generale applicabile in via analogica a fattispecie differenti[77].
In terzo luogo, sorge un problema di qualificazione giuridica in quanto, essendo ormai assolutamente pacifico che anche le associazioni possono esercitare la propria attività secondo un metodo economico[78], è necessario ricercare ed individuare un criterio discretivo tra questa tipologia di enti e quelli di matrice societaria.
Secondo l'orientamento maggioritario in dottrina e giurisprudenza[79], queste due tipologie di contratti associativi, condividendo l'oggettiva economicità dell'attività esercitata, possono essere distinte unicamente in base alla sussistenza o meno di uno scopo di lucro soggettivo poiché, mentre nelle società non è indispensabile la presenza di un fine ulteriore rispetto a quello dell'art. 2247 c.c., nelle associazioni è istituzionalmente richiesta la devoluzione degli utili prodotti ad un fine di pubblica utilità, la quale può coesistere esclusivamente con una finalità lucrativa meramente oggettiva. Pertanto, ragionando per sottrazione, se nelle associazioni l'unico scopo lucrativo concretamente ipotizzabile, in termini di compatibilità, è

---

di rapporti differenti tra socio e società cfr., per tutti, L. Picardi, *op. cit.*, 146.

[77] Aa. Vv., *Diritto delle società. Manuale breve*, II ed., Milano, 2005, 9; L. Picardi, *op. cit.*, 147.

[78] In senso contrario, sposando la tesi per cui il criterio distintivo si individuava nel carattere economico o non economico dell'attività esercitata, v. E. Zanelli, *Oggetto sociale e attività economica nella società e nell'associazione*, in *Riv. soc.,* 1961, *passim*.

[79] Tra le pronunce giurisprudenziali in materia si può ricordare, nuovamente, Cass. civ., Sez. I, 8 marzo 2013, n. 5836, in *Società*, 2013, 6, 741; quanto alla letteratura, per tutti, G. Ponzanelli, *Gli enti non profit in Italia*, Padova, 1994, *passim*; Id., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, II ed., Torino, 2000, *passim*; V. Buonocore, G. Castellano, R. Costi, *Società di persone (casi e materiali)*, Milano, 1978, 94; P. Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 11 ss.; R. Bolaffi, *La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone*, Milano, 1947, 128; F. Galgano, *Le società in genere. Le società di persone*, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1972, 41; A. Cetra, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, *passim*; G. Marasà, *La "commercializzazione" degli enti del libro I del codice civile*, cit., 211-212; M. Cian, *op. cit.*, 327.

quello oggettivo, nelle società dovrebbe essere perseguito, in maniera inderogabile, anche quello soggettivo perché, altrimenti, si perderebbe il confine distintivo tra tali soggetti giuridici.
Infine, in merito alla mancanza di una sanzione specifica e di una causa di nullità tipica, ad esse viene contrapposto il dettato dell'art. 2328, n. 7 c.c., previsto in tema di società di capitali. Difatti, nonostante non possa essere proposta un'azione di nullità ai sensi dell'art. 2332 c.c., l'assenza del fine lucrativo all'interno dello statuto determina, comunque, la violazione dell'indicazione legislativa obbligatoria per la quale l'atto costitutivo deve prevedere "*le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti*", dando luogo ad un caso di società non iscrivibile e, quindi, inesistente[80].
Di conseguenza, non sussistendo nemmeno una società irregolare, in virtù della pubblicità costitutiva conseguente all'iscrizione nel registro delle imprese delle società di capitali, il vuoto normativo relativo a tale disciplina sanzionatoria non è sintomo di una non volontà del legislatore concernente la regolamentazione dell'istituto, ma deriva proprio dall'impossibilità concreta per qualsiasi operatore giuridico di sanzionare una fattispecie non esistente[81].
Dal momento che l'ammissibilità della costituzione di una società "lucrativa" senza scopo di lucro, al di fuori dei casi eccezionali espressamente stabiliti dalla legge, è fortemente dubbia, risulta possibile raggiungere il medesimo risultato, seppure senza un organismo "puramente altruistico", mediante l'alternativa, già richiamata nelle sue linee generali, della costituzione di una società di capitali tipica – nella forma della SE affiliata – a cui parteciperebbero come unici soci gli enti stessi, a condizione che gli utili sociali prodotti vengano destinati esclusivamente ai loro fini altruistici.
Sebbene questa soluzione sia giuridicamente lecita, non appare, a

---

[80] Cass., 25 marzo 1954, n. 861, in *Dir. fall.*, 1954, 2, 353 ss. secondo cui «*la società in difetto di iscrizione non esiste neppure come una società di capitali irregolare*». Sul dibattito, in dottrina, circa l'inesistenza o l'irregolarità delle società di capitali non iscritte nel competente registro v. G. Fernandez, *La soggettività giuridica della società di capitali non iscritta nella costituzione per pubblica sottoscrizione,* in *Giur. comm.*, 2008, II, 1, 150 ss.

[81] Alle stesse conclusioni, seppure con argomentazioni diverse, si giunge nell'ambito delle società di persone tramite il disposto dell'art. 2262 c.c. La norma sancisce che "*salvo patto contrario, ciascun socio ha diritto di percepire la sua parte di utili dopo l'approvazione del rendiconto*", in base al quale si ha la possibilità di perseguire un lucro oggettivo e non soggettivo, ma per espressa volontà unanime di tutti i soci di disporre del diritto agli utili, negando tale prerogativa di disposizione derogatoria alla società in quanto tale. Sul punto v. P. Greco, *op. cit.*, 43 ss.

parere di chi scrive, economicamente e concretamente convincente dal momento che i soggetti giuridici affiliati dovrebbero adottare una veste societaria-corporativa che avrebbero potuto scegliere sin dall'inizio della loro costituzione e, in aggiunta, dovrebbero operare in campo internazionale sotto forma di una persona giuridica sostanzialmente non appartenente al settore del non profit e che, da un punto di vista «reputazionale», potrebbe ingenerare perplessità tra il pubblico.

5.1 *Segue*: Quinta opzione: Società Cooperativa Europea (SCE)

Considerati i limiti pratici connessi allo schema della società europea, un'ulteriore proposta valutabile, restando sempre nell'alveo del diritto societario sovranazionale, è quella della società cooperativa europea perché la sua disciplina, sebbene sia ispirata in gran parte a quella della SE, contempla la creazione di un istituto caratterizzato dallo scopo mutualistico e, quindi, ai fini del presente contributo, consentirebbe di inserire gli enti non lucrativi nazionali in una struttura europea interamente priva di qualsiasi forma di lucro soggettivo.

La società cooperativa europea[82] – anche semplicemente SCE – è una società cooperativa di stampo transnazionale, dotata di personalità giuridica, a capitale variabile, che permette a soggetti provenienti da diversi paesi dell'Unione Europea di operare insieme, come una singola entità legale, in un'ottica di agevolazione della cooperazione transfrontaliera e di promozione dell'integrazione economica all'interno dell'UE.

Nonostante le forti similitudini con la società europea, questo ente societario se ne distingue per un elemento fondamentale, comple-

[82] In merito alla cooperativa europea, in letteratura, v. E. Marra, *La società cooperativa europea. Il commento*, in *Notariato*, 2005, 1, 108 ss.; M. Di Pace, *Al via la cooperativa europea*, in *Cooperative e consorzi*, 2006, 2, 93 ss.; G. Di Marco, *Il modello statutario per la società cooperativa europea. La cooperativa europea: un nuovo istituto giuridico per la cooperazione transfrontaliera delle imprese*, in *Società*, 2004, 1, 123 ss.; F. Buzzi, G. Gardella, M. Iengo, L. Petrone, R. Sabadini, C. Santoriello, *La costituzione. La società cooperativa europea*, in L. Macrì, D. Zannoni, R. Sabadini (a cura di), *Società cooperative e consorzi*, Milano, 2018, 43-48; S. Chirico, P. Troianiello, *La società cooperativa europea. Regolamento CE n. 1435/2003*, Milano, 2007 *passim;* A. Fili, D. Galletti (a cura di), *La Società cooperativa europea. Quali prospettive per la cooperazione italiana?,* Trento, 2006, *passim;* R. La Costa, *La società cooperativa europea per le attività transnazionali*, in *Riv. coop.*, 2002, 3, *passim*.

tamente estraneo alle ordinarie società lucrative, ossia il perseguimento dello scopo mutualistico[83]; in virtù di ciò, è stata adottata una normativa specifica e diversa da quella della società europea e del gruppo europeo di interesse economico, tale da consentire alle società nazionali che hanno scelto la forma cooperativa di riorganizzare la propria attività su scala europea.
Ricalcando in maniera evidente quanto predisposto dal regolamento CE n. 2157/2001 in materia di società europea, il regolamento CE n. 1435/2003[84], con cui è stata introdotta la cooperativa europea, stabilisce tutti i requisiti oggettivi e soggettivi necessari per la costituzione di tale ente, nonché i meccanismi e i controlli per la gestione del medesimo, sebbene sia riservata una regolamentazione sussidiaria alla normativa nazionale dello Stato membro in cui viene fissata la sede della società stessa[85].
Preliminarmente, giova ricordare che, in assenza di una specifica definizione legislativa che unifichi le diverse opinioni in materia[86], lo scopo mutualistico può essere concepito come la propensione di

---

[83] Come in precedenza ricordato, lo scopo mutualistico, secondo l'orientamento prevalente in dottrina, rientra nell'ampia concezione di «scopo di divisione degli utili», prevista dall'art. 2247 c.c., poiché tale disposizione enuncerebbe, in via implicita, il principio per cui «*il risultato dell'attività sociale deve essere a beneficio di tutti i soci, e non di alcuni soltanto fra essi. Il che, in altre parole, significa che a questo risultato si sarà pervenuti anche quando il socio raggiunga il vantaggio attraverso un risparmio di spesa (…) e non essendo indispensabile che la percezione del guadagno sia conseguenza necessaria di un'operazione di ripartizione*» (P. Simonetti, L. Genghini, *Le società di persone*, cit., 12-13). Quanto ai rapporti tra scopo di lucro e scopo mutualistico, in dottrina, *ex multis*, si vedano G. Marasà, *La "commercializzazione" degli enti del libro I del codice civile*, cit., 211-212; M. C. Cardarelli, *Tipi societari e causa mutualistica*, in *Società*, 2006, 6, 719-720; V. Buonocore, *Le società cooperative*, in P. Perlingieri, F. Casucci, *Le riforme del diritto societario*, Napoli, 2005, 45; A Paciello, *Le società cooperative*, in Aa. Vv., *Diritto delle società. Manuale breve*, III ed., Milano, 2005, 455 ss.; P. Simonetti, L. Genghini, *Le società di capitali e le cooperative*, cit., 1756; G. Bonfante, *La compatibilità e/o l'applicabilità delle norme in materia di spa e srl alle società cooperative*, in F. Vella (a cura di), *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, Torino, 2004, 123.
[84] Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE).
[85] Ad esempio, per quanto riguarda l'Italia, la disciplina complementare-residuale è dettata dalla Circolare del Ministero dello sviluppo economico, 30 giugno 2006, n. 9203, in attuazione del Regolamento CE n. 1435/2003.
[86] Sul punto v. S. Schirò, *Lo scopo mutualistico*, in G. Marasà (a cura di), *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, Padova, 2004, 19 ss.; V. Buonocore, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, 106 ss.; G. Buonfante, *Delle imprese cooperative. Art. 2511-2545*, in A. Scialoja, G. Branca, *Commentario del codice civile*, Bologna, 1999, 60 ss.; P. Verrucoli, *Cooperative (imprese)*, in *Enc. dir.*, X, 552 ss.

un soggetto giuridico a "*fornire beni o servizi od occasioni di lavoro direttamente ai membri dell'organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero sul mercato*"[87].

Di conseguenza, è pacifico ritenere che nello scopo mutualistico, così strutturato, manca la componente di ripartizione integrale dei ricavi prodotti dalla società ai soci, dal momento che l'attività sociale è indirizzata a conseguire un generale risparmio di spesa per i medesimi; dunque, è possibile affermare, se non la assoluta incompatibilità, per lo meno la non necessarietà di un fine lucrativo soggettivo all'interno di tutte le società cooperative[88], nelle quali è ricompresa sicuramente anche la cooperativa europea in virtù dell'oggetto sociale così come definito dal regolamento comunitario.

Passando ad una breve disamina dei caratteri essenziali dell'istituto, l'art. 2 del suddetto regolamento stabilisce le tassative e alternative modalità di costituzione della società cooperativa.

In primo luogo, la normativa distingue l'ipotesi della "*costituzione mediante contratto*"[89] della società, da quella della fusione di più cooperative soggette alla giurisdizione di almeno due Stati membri differenti e da quella della trasformazione di una precedente cooperativa, se però la stessa ha, da almeno due anni, un'affiliata o una succursale in un diverso paese dell'Unione.

In secondo luogo, limitatamente al caso della creazione *ex novo*, viene attribuita la relativa legittimazione, sempre nel rispetto del requisito di transnazionalità dei soci fondatori, non soltanto a qualsiasi tipo di società rientrante nella definizione comunitaria[90], ma anche alle altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato e, a condizione che partecipino almeno in cinque al momento costitutivo, alle persone fisiche. Ciò rappresenta una novità importante rispetto alla disciplina della società europea in quanto si estende il potere di costituzione, seppure in presenza di un requisito quantitativo minimo,

---

[87] Questa indicazione generale è rinvenibile nella Relazione al codice civile n. 1025.

[88] In dottrina sul punto, per tutti, v. G. Ferri, *op. cit.*, 527 ss.; G. F. Campobasso, *op. cit.*, 608-609; P. Simonetti, L. Genghini, *Le società di capitali e le cooperative*, cit., 1756.

[89] Espressione coniata da P. Manzini, *L'ubicazione della SCE: problemi internazional-privatistici*, Relazione svolta in occasione del Convegno «*La società cooperativa europea: quali prospettive per la cooperazione italiana*?» promosso dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento e da ISSAN, 24 giugno 2005.

[90] La definizione è data dall'all'art. 48, co. 2, del TCEE, oggi confluito nell'art. 54, co. 2, del TFUE, il quale dispone che «*per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro*».

anche a singoli individui provenienti da Stati membri diversi.
Non essendo particolarmente differenti le regole inerenti alla struttura capitalistica della società, all'importo minimo legale del capitale sociale e alla sede sociale rispetto a quelle dettate in tema di SE[91], è opportuno soffermarsi sul reale elemento peculiare della cooperativa europea, ovvero il suo scopo mutualistico. In virtù di esso, infatti, l'obiettivo principale della società corrisponde al vantaggio indiretto dei propri membri piuttosto che al perseguimento del profitto da ridistribuirsi successivamente tra gli stessi, come confermato dall'art. 1 co. 3 del regolamento[92], il quale prevede proprio che "*la SCE ha per oggetto principale il soddisfacimento dei bisogni e/o la promozione delle attività economiche e sociali dei propri soci, in particolare mediante la conclusione di accordi con questi ultimi per la fornitura di beni o di servizi o l'esecuzione di lavori nell'ambito dell'attività che la SCE esercita o fa esercitare*".
Dopo aver delineato a grandi linee la struttura della SCE, è necessario comprendere se tale società mutualistica possa essere costituita unicamente da enti non profit al fine di perseguire, a livello internazionale, i rispettivi scopi di pubblica utilità in maniera più performante e diretta.
Innanzitutto, non si pongono problemi in ordine alla legittimazione per la costituzione della SCE, dal momento che tale facoltà è riconosciuta in via esclusiva anche a soggetti diversi dalle società. Difatti, come già sopra evidenziato, l'art. 2 co. 1 del regolamento CE 4135/2003 ammette espressamente che "*altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato costituite conformemente alla legge di uno Stato membro che siano soggette alla giurisdizione di almeno due Stati membri diversi*"[93]

[91] La società cooperativa europea si distingue dalla società europea, oltre che per lo scopo perseguito, anche per i seguenti elementi: il minimo legale del capitale sociale è fissato in euro 30.000 e non in euro 120.000; i soci possono anche essere responsabili in via illimitata per le obbligazioni sociali, se ciò è previsto dallo statuto; il capitale sociale non è fisso, ma è variabile, in ossequio al principio della cd. "porta aperta" (M. Di Pace, *Al via la cooperativa europea*, in *Cooperative e consorzi*, 2006, 2, 93 ss.); infine, il capitale sociale è suddiviso in quote e non in azioni, ma la disciplina applicabile, a livello italiano, è in ogni caso quella delle società per azioni.

[92] Per un approfondimento sui principi generali connessi alla mutualità predisposta dai *considerata* del presente regolamento (CE) v. M. Iengo, *Società cooperativa europea - Analisi delle norme applicabili ai sensi dell'articolo 8 del regolamento n. 1435/2003*, in *Studi e materiali CNN,* 2006, 1, Studio n. 9-2006/I del Consiglio Nazionale del Notariato, 2006, 351 ss.; D. Caterino, *Le società europee*, in V. Donativi, *op. cit.*, 1291.

[93] Nonostante il regolamento faccia riferimento ai soli Stati membri dell'Unione Europea, si ritiene valida, ai fini di legge, la soggezione anche alla legislazione di uno dei paesi facenti parte dello Spazio economico europeo (SEE), ossia Islanda, Norvegia e

possono fondare autonomamente questa società; di conseguenza, rientrando gli enti non profit nel concetto di entità giuridiche di diritto privato, e ricavandosi la provenienza degli stessi da almeno due Stati membri diversi in virtù della premessa di partenza, sono soddisfatti tutti i requisiti normativi.
Un dubbio, invece, sorge in relazione al requisito minimo numerico stabilito per la costituzione "mediante contratto", unica modalità a cui possono accedere le entità giuridiche di diritto privato, poiché non è pacifico se tale limite sia applicabile o meno anche all'ipotesi della creazione della SCE da parte di sole società e altre soggetti giuridici privati o pubblici.
Secondo una prima tesi, la questione non si dovrebbe proprio porre in virtù del dato letterale della norma. Infatti, l'art. 2, comma 1 del Regolamento, contemplando la fattispecie della costituzione *ex novo* della cooperativa unicamente nei primi tre paragrafi della disposizione, menziona il presupposto quantitativo solo in relazione alle "persone fisiche" e, soprattutto, il medesimo è completamente assente nel terzo rigo inerente alla formazione esclusiva della SCE da parte di "*società e altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato*"; di conseguenza, alla luce delle precise indicazioni del legislatore europeo, tale requisito non sarebbe previsto in caso di costituzione esclusiva da parte di società e di altri enti, anche non lucrativi[94].
Un altro orientamento[95], invece, ritiene che il numero minimo di soci sia richiesto in tutte le fattispecie di costituzione *ex novo*, non tanto perché ciò discenderebbe da un'interpretazione sistematica e non letterale della norma europea, quanto poiché la presenza di un numero minimo di soci verrebbe a configurarsi come uno dei corollari fondamentali dello scopo mutualistico; difatti, essendo l'attività di tali società diretta a garantire ai suoi soci il conseguimento di

---

Liechtenstein.

[94] Sul punto cfr. E. Marra, *op. cit.,* 109 e G. Di Marco, *Il modello statutario per la società cooperativa europea. La cooperativa europea: un nuovo istituto giuridico per la cooperazione transfrontaliera delle imprese,* cit., 124, i quali, basandosi sulla lettera della legge, distinguono le varie ipotesi di costituzione mediante contratto anche in relazione al requisito numerico minimo. Si veda anche G. Cascardo, *Statuto SCE: i chiarimenti del Ministero*, in *Cooperative e consorzi*, 2006, 10, 551, il quale, riportando le precisazioni delineate dalla Circolare Ministeriale 30 giugno 2006, n. 9203, distingue in maniera netta i «*gruppi di persone*» dalle «*persone giuridiche*».

[95] Parrebbero avvicinarsi a tale visione, senza mai, però, esprimersi nettamente sul punto, G. F. Campobasso, *op. cit.*, 694; P. Simonetti, L. Genghini, *Le società di capitali e le cooperative*, cit., 1823; D. Caterino, *op. cit.*, 1289.

beni, servizi o occasioni di lavoro a condizioni economicamente più vantaggiose rispetto a quelle di mercato, sarebbe necessaria la sussistenza di un numero consistente di soggetti che facciano parte di questo organismo in quanto sono gli stessi a fornire, per lo più, i fattori produttivi necessari all'attività sociale; pertanto, in tutte le ipotesi di neo costituzione della SCE sarebbe richiesta la presenza di almeno cinque soci, a prescindere se essi siano persone fisiche, società o altri enti giuridici privati o pubblici.
Nonostante il dibattito in dottrina, il dato testuale sembrerebbe confermare la necessità dell'intervento di sole due società o altri enti giuridici al fine di concludere, mediante contratto, tale cooperativa.
Ritornando agli obiettivi del presente contributo, alla luce della finalità mutualistica della società cooperativa europea, sarebbe possibile dare luogo ad un organismo unitario sovranazionale interamente privo dello scopo di lucro soggettivo.
Sulla base di queste considerazioni, gli enti non profit provenienti da almeno due Stati membri differenti potrebbero costituire autonomamente "mediante contratto" una società cooperativa europea perché l'attività sociale diretta, con metodo economico, a fornire beni, servizi o occasioni di lavoro a condizioni più vantaggiose, in primo luogo, non stravolgerebbe la natura non lucrativa dei suddetti e, in secondo luogo, potrebbe essere strutturata in maniera tale da far confluire direttamente i benefici prodotti nelle finalità proprie degli enti-soci, senza realizzare alcuna diretta distribuzione di utili.
Tuttavia, sul punto è opportuno evidenziare che, sebbene lo scopo mutualistico diverga nettamente dallo scopo lucrativo – in particolare a causa della sua accezione *soggettiva* – tale finalità non può essere generalmente qualificata come «non lucrativa», in quanto è indirizzata comunque a soddisfare le prerogative individualistiche dei soci, seppure non mediante la distribuzione dei risultati economici dell'ente direttamente ad essi. Nonostante ciò, la piena compatibilità tra scopo mutualistico ed enti *non profit* è ricavabile dall'assunto, ormai pacifico, per il quale i secondi possono svolgere anche attività di carattere egoistico ed economico purché i relativi benefici non vengano conseguiti dai partecipanti all'organismo non lucrativo, ma siano destinati alle finalità del medesimo[96]; in altre parole, la «*mutualità* degli enti *non profit*» si traduce in una totale assenza dei ristorni per i soci cooperatori in virtù del vincolo di destinazione dei risultati gestionali alle attività istituzionali.

[96] Per tutti si veda G. Marasà, *La "commercializzazione" degli enti del libro I del codice civile*, cit., 212-215.

In conclusione, non sussistendo ostacoli né di tipo giuridico né di tipo pratico, la società cooperativa europea potrebbe essere adoperata come un ottimo surrogato nell'ambito del non profit internazionale, dal momento che si avrebbe la creazione di un unico ente, caratterizzato da un'attività di matrice transnazionale, in cui confluirebbero quelli nazionali, che non realizza e persegue profitti per sé, ma solo per i suoi soci e per i loro obiettivi tramite il meccanismo della mutualità.

6. Sesta opzione: Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE)

L'ultimo istituto da analizzarsi ai fini della presente indagine è il Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE)[97], il quale presenta risultati soddisfacenti sia a livello giuridico che a livello di opportunità economica.
Il GEIE è generalmente definito come «*un istituto di diritto comunitario consistente in una forma contrattuale tipica ascrivibile, seppur con caratteristiche peculiari, nell'ampio genere dei contratti associativi (in particolare, nello schema del contratto di consorzio), funzionale all'integrazione e alla cooperazione internazionale tra imprese, fra enti o professionisti*»[98]; in altre parole, trattasi di un contratto associativo tipico che consente a persone fisiche e giuridiche, provenienti da differenti Stati membri dell'Unione Europea, di realizzare forme di cooperazione transnazionale basate su

[97] Senza alcuna pretesa di esaustività, per un'analisi dettagliata del GEIE, a livello monografico, v. P. Masi, *Il Gruppo europeo di interesse economico (commento al Regolamento CEE n. 2137/85 del 25 luglio 1985 e al D.LG. 23 luglio 1991 n. 240)*, Torino, 1994; A. Badini Confalonieri, *Il GEIE. Disciplina comunitaria e profili operativi nell'ordinamento italiano*, Torino, 1999; A. Mongiello, *Il gruppo europeo di interesse economico (G.E.I.E.)*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XVII, Padova, 1994; A. Rossi, *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, Milano, 1998; E. Alby, S. Maiorca, *GEIE. Gruppo europeo di interesse economico*, Milano, 1998; G. Aprea, C. Di Napoli, *Piccole e medie imprese: come creare alleanze e collaborazioni transnazionali. Il GEIE e gli altri strumenti per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle PMI*, Milano, 2002; A. Bartolacelli, *Il GEIE "italiano" tra impresa e società*, Napoli, 2014. Per quanto riguarda i contributi in rivista v. V. Salafia, *Il gruppo europeo di interesse economico*, in *Le Società*, 1990, 9, II, 263 ss.; P. Rescigno, *Riflessioni sul gruppo europeo di interesse economico*, in *Dir. econ.*, 1991, 2, 307 ss.; C. Soverini, *Il GEIE a confronto con altri rapporti di cooperazione economica,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 1995, 3, 329 ss.

[98] Consiglio Nazionale del Notariato, Quesito di Impresa n. 1136-2014/I, *Trasformazione di GEIE in consorzio o in società di capitali*, in *CNN Notizie*, 11 maggio 2016. Sulla natura associativa del GEIE, per tutti, v. anche P. Masi, *op. cit.*, 30.

un identico modello contrattuale valido in tutti i singoli ordinamenti interni, in virtù della sua fonte sovranazionale.
Esso si configura come un autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici[99], distinto dai propri membri partecipanti, dotato di personalità giuridica piena se riconosciuta dallo Stato in cui viene fissata la sede, avente una struttura tale da consentire a questi ultimi di esercitare congiuntamente parte delle proprie attività economiche, o fasi di esse, senza compromettere la propria indipendenza economica e giuridica.
La base giuridica di questo organismo deriva in larga parte dal Regolamento CEE n. 2137/85[100], recepito dall'ordinamento italiano con il d.lgs. 240/91[101]. Infatti, la proposta di istituzione del gruppo europeo di interesse economico rientra tra le iniziative dell'Unione Europea (*rectius* è la prima delle iniziative), insieme a quelle della "Società Europea", della "Società Cooperativa Europea" e della "Società Privata Europea", dirette a dar vita ad un "diritto commerciale europeo" che si affianchi e non sostituisca quello delle singole realtà nazionali, in un'ottica di sviluppo del "mercato comune interno", di rafforzamento delle imprese europee e di agevolazione dell'attività transnazionale dei vari operatori economici comunitari[102].
Tuttavia, la disciplina di matrice europea non è del tutto esaustiva, dal momento che alcuni aspetti di questo gruppo associativo sono regolamentati direttamente da una specifica normativa nazionale, la quale, generalmente, corrisponde a quella dello Stato in cui viene fissata la sede legale e in cui avviene l'iscrizione pubblicitaria nel re-

---

[99] Sul punto, in giurisprudenza, v. Trib. Milano, 7 maggio 1992, in *Giur. It.,* 1993, I, 2, 192, per il quale «*il gruppo europeo di interesse economico, o Geie, è un centro di imputazione di rapporti giuridici, con scopo mutualistico, diverso dalle società e dalle associazioni non lucrative; il suo atto costitutivo non è soggetto ad omologazione ma semplicemente a deposito*».

[100] Regolamento (CEE) n. 2137/1985 del Consiglio, del 25 luglio del 1985, relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GEIE).

[101] Decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240.

[102] Il primo *considerando* del Regolamento CEE 2137/85 fa proprio riferimento agli obiettivi primari di tali iniziative statuendo «*che uno sviluppo armonioso delle attività economiche ed una espansione continua ed equilibrata nell'insieme della Comunità dipendono dall'instaurazione e dal buon funzionamento di un mercato comune che assicuri condizioni analoghe a quelle esistenti in un mercato nazionale; che la realizzazione di tale mercato unico e il rafforzamento della sua unità rendono auspicabile segnatamente la creazione per le persone fisiche, società ed altri enti giuridici, di un contesto giuridico che faciliti l'adattamento delle attività alle condizioni economiche della Comunità; che a tal fine è necessario che le persone fisiche, la società e gli altri enti giuridici possano effettivamente cooperare oltre le frontiere*».

gistro competente[103]; nonostante ciò, l'uniformità dello strumento e delle regole ad esso applicabili non è messa in discussione e, quindi, viene garantita agli operatori economici europei la possibilità di mettere in comunione la propria attività senza perdere la propria autonomia, realizzando una funzione molto simile a quella dei consorzi con attività esterna[104].

La caratteristica peculiare del GEIE è rappresentata dalla sua funzione tipica considerato che tale organismo non persegue profitti per sé stesso, ma è diretto unicamente "*ad agevolare o sviluppare l'attività economica dei suoi membri, a migliorare o ad aumentare i risultati di questa attività*"[105], mediante una cooperazione transnazionale coincidente con l'unione di conoscenze e di risorse da parte dei suoi partecipanti. In aggiunta, il comma 2 dell'art. 3 del Regolamento prevede che l'attività propria del gruppo deve essere strettamente collegata a quella specifica dei suoi membri e deve necessariamente porsi come ausiliaria a quest'ultima.

Questi due principi, da un lato, sanciscono l'impossibilità per il GEIE di perseguire uno scopo di lucro soggettivo, dato che, per le caratteristiche imposte dalla legge, il fine ultimo dell'organismo sovranazionale non può che essere mutualistico e, d'altro canto, rendono ancora più evidenti le somiglianze del medesimo con i contratti di consorzio poiché in entrambe le fattispecie è rinvenibile un contratto associativo, con comunione di scopo, a composizione soggettiva necessitata, il cui unico obiettivo è quello di ausilio ai propri membri nell'esercizio della loro attività economica[106].

Di conseguenza, l'oggetto sociale del GEIE, in tutte le sue declinazioni legalmente ammissibili, si estrinsecherà nella collaborazione tra i membri del gruppo e non in una sostituzione di esso all'operato specifico dei soggetti partecipanti. Questa cooperazione, inoltre, può essere interpretata in modo assolutamente elastico dal momen-

---

[103] Sull'applicazione del diritto complementare e le sue implicazioni v. A. Bartolacelli, A. Rossi, *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, in M. Benedettelli, M. Lamandini (a cura di), *Diritto societario europeo e internazionale*, Milano, 2017, 569-570.

[104] Da un punto di vista economico-aziendale, è stata da molti sostenuta la riconducibilità del GEIE nel fenomeno delle *joint venture*, rappresentandone una forma tipizzata (per tutti v. A. Badini Confalonieri, *op. cit.*, 60). L'orientamento maggioritario in dottrina, comunque, riconosce ad esso una natura giuridica consortile.

[105] Art. 3, co. 1, regolamento CEE n. 2137/1985.

[106] Tuttavia, tra i due istituti sussistono differenze determinanti, soprattutto per la matrice soggettiva di costituzione, analizzate da A. Bartolacelli, A. Rossi, *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, cit., 574 ss.

to che risulta sufficiente che il gruppo predisponga una struttura internazionale tale da permettere ai suoi membri di conseguire i propri obiettivi non raggiungibili dai medesimi in via autonoma, senza dover avere un fine specifico ulteriore rispetto a quello dei suoi partecipanti[107].

D'altro canto, secondo l'orientamento prevalente in dottrina[108], non è vietato al gruppo di svolgere la propria attività nei confronti dei terzi, posto che il rapporto tra l'attività dello stesso e quella dei suoi membri viene inquadrato come una messa in comune delle medesime e non si identifica, invece, necessariamente con la prestazione dei servizi ai soli partecipanti; in tale ipotesi, sempre tenendo a mente l'impossibilità di configurare una lucratività soggettiva, gli utili prodotti, dovranno essere imputati "in via oggettiva" ai membri secondo quanto stabilito nel contratto del GEIE[109].

A differenza degli istituti analizzati in precedenza, il legislatore italiano, nonostante non intacchi la piena capacità giuridica e di agire del GEIE, non ha recepito l'opzione offerta dal regolamento concernente il conferimento, a tale soggetto, anche della personalità giuridica, facendolo ricadere nell'alveo della mera soggettività giuridica[110] al pari delle società di persone.

Si ritiene che la scelta effettuata dal legislatore italiano dipenda dalla stretta connessione presente nel nostro sistema tra il carattere della personalità giuridica e il principio dell'autonomia patrimoniale perfetta, in base alla quale solamente ai soggetti giuridici dotati di un patrimonio assolutamente autonomo, e quindi che non ha bisogno di essere integrato nemmeno in via residuale con quello dei propri

---

[107] Quanto ai limiti dell'oggetto sociale, l'art. 3, co. 2, del regolamento predispone un elenco di attività, ricondotte dal legislatore europeo per ragioni differenti tra loro, che non possono mai essere attuate dal GEIE.

[108] La tesi affermativa è sostenuta da A. Bartolacelli, A. Rossi, *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, cit., 576; A. Badini Confalonieri, *op. cit.*, 138 ss.; F. Lizza, *L'economia del GEIE*, Milano, 1997, 65 ss. Invece, in virtù dei problemi di compatibilità tra scopo mutualistico e scopo lucrativo, ritengono non pacifica tale prospettiva A. Gambino, *GEIE e consorzi*, in *Giur. comm.*, 1990, 1, 595; A. Mongiello, *op. cit.*, 196; A. Rossi, *op. cit.*, 78 ss.; A. Cioffi, *Il gruppo europeo di interesse economico: uno studio comparato*, in *Riv. notariato*, 1993, 537 ss.; A. Cetra, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., 32.

[109] Ai sensi dell'art. 21, co. 1 del Regolamento «*i profitti risultanti dalle attività del gruppo sono considerati come profitti dei membri e ripartiti tra questi ultimi secondo la proporzione prevista nel contratto di gruppo o, nel silenzio del contratto, in parti uguali*».

[110] Il riconoscimento della soggettività giuridica è ormai pacifico in dottrina, anche se non mancano opinioni contrarie come ad es. A. Pietrobon, *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, in *Riv. dir. civ.,* 1989, 2, 43 ss.

membri, è consentita l'attribuzione della prima[111]. Non a caso l'autonomia patrimoniale del GEIE, il quale non può acquistare personalità giuridica, è imperfetta poiché, da una parte, è prevista la responsabilità illimitata di tutti i membri dello stesso e, dall'altra parte, è stabilita l'esclusione di questi ultimi, con conseguente liquidazione della loro partecipazione, in caso di insolvenza dei medesimi, evidenziando come i patrimoni qui considerati siano sensibili ognuno alle vicende dell'altro[112].

Quanto alla costituzione del gruppo, non essendo previste modalità differenti, il regolamento europeo attribuisce la legittimazione a creare tale organismo sia alle società sia agli altri enti giuridici di diritto pubblico o privato sia alle persone fisiche, richiedendo esclusivamente che venga soddisfatto il requisito della transnazionalità attraverso la provenienza dei fondatori da almeno due Stati membri diversi, per tale intendendosi la presenza delle amministrazioni centrali o lo svolgimento dell'attività principale dei medesimi in diverse zone geografiche dell'Unione Europea[113]; dunque, a differenza della società cooperativa europea, non vi sono dubbi circa il numero necessario di membri ai fini della validità del contratto, visto che è sempre contemplata la partecipazione minima di due soli soggetti a prescindere dalla loro natura giuridica.

Esaminati i tratti principali dell'istituto, è necessario verificare se il gruppo europeo di interesse economico possa essere adoperato come strumento di agevolazione e potenziamento dell'attività non lucrativa di enti non profit nazionali al di fuori dei limiti territoriali di appartenenza.

In primo luogo, non sorge alcun ostacolo in relazione ai requisiti soggettivi di costituzione del GEIE dal momento che, in ossequio al dettato dell'art. 4 del Regolamento, gli enti non lucrativi provenienti da almeno due differenti paesi dell'Unione Europea rientrano

---

[111] A. Bartolacelli, A. Rossi, *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, cit., 572, nt. 21. In ogni caso, è opportuno precisare che il gruppo europeo rimane sempre titolare unico del proprio patrimonio e che le opzioni fornite dal legislatore sovranazionale non sono dirette a creare differenze, funzionali o tipologiche, tra i gruppi iscritti nei vari Stati membri, ma hanno il mero intento di agevolare l'armonizzazione tra gli ordinamenti nazionali, dal momento che i concetti sopra richiamati non sono ancora uguali nei vari paesi.

[112] V., rispettivamente, l'art. 24, co. 1, regolamento CEE n. 2137/1985 e il combinato disposto degli articoli 27, co. 2, del medesimo e 6 d.lgs. 240/1991.

[113] Art. 4 regolamento CEE n. 2137/1985. Sul punto cfr. C. Vaccà, *Recezione nell'ordinamento italiano del G.E.I.E. e libere professioni*, in *Corr. giur.*, 1990, 3, 278-279.

pacificamente nel concetto di "*altri enti giuridici di diritto (…), costituiti conformemente alla legislazione di uno stato membro*" e, quindi, possono costituire autonomamente, anche se solo in due, tale organismo sovranazionale.

In secondo luogo, sussiste una piena compatibilità tra le finalità ultime dei suddetti enti e l'oggetto sociale del gruppo. Come già sopra evidenziato, infatti, il GEIE è stato ideato con l'obiettivo di favorire la cooperazione transnazionale dei suoi membri, facendo sviluppare, o comunque coadiuvando, l'attività di questi ultimi al fine di rendere possibile il raggiungimento di risultati non perseguibili dai singoli soggetti in maniera individuale; pertanto, lo scopo mutualistico del gruppo, come quello della SCE, risulta essere perfettamente idoneo ai fini del presente contributo poiché consentirebbe agli enti non lucrativi di collaborare tra loro in via unitaria, di ricevere un riconoscimento univoco nel mercato interno e di rendere più effettivo il loro operato in ambito internazionale.

Infatti, non potendo produrre profitti per sé[114], il GEIE dovrà ridistribuire quanto ricavato dallo svolgimento della propria attività secondo le disposizioni del contratto associativo. Ne consegue che il gruppo non potrà in alcun modo beneficiare in via diretta degli utili realizzati, non avendosi un lucro soggettivo, ma sarà obbligato a destinare i medesimi ai membri o, direttamente, alle loro attività tipiche; quindi, in caso di costituzione esclusiva da parte di enti non lucrativi, si potrebbe già prevedere nel contratto associativo l'imputazione del ricavato alle finalità non profit dei medesimi, ai fini di una completa uniformazione dei soggetti coinvolti a livello strutturale.

Infine, non comporta problemi la previsione dell'art. 3, co. 1, del Regolamento concernente l'economicità dell'attività dei membri del

---

[114] Per A. Bartolacelli, A. Rossi, *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, cit., 575-576, «*tale previsione deve tuttavia essere adeguatamente interpretata; essa non sta a significare la inidoneità assoluta del gruppo a produrre profitti nell'esercizio della propria attività (ausiliare a quella dei membri). Come tutti gli istituti destinati a gestire un servizio direttamente a beneficio dei propri membri, nella logica dello scopo mutualistico, il lucro è possibile ma non incentivato, generandosi di norma da diseconomie pagate dai membri che scambiano a condizioni "inique" con il "proprio" ente. Così anche nel GEIE il profitto diretto ("per sé stesso") non è l'obiettivo della sua costituzione ma ben può darsi che, se del caso nello svolgimento di attività con terzi (quale caratteristica di una mutualità c.d. spuria), si realizzi un lucro oggettivo, la cui imputazione ai suoi membri avverrà «secondo la proporzione prevista nel contratto di gruppo o, nel silenzio del contratto, in parti uguali» (art. 21, § 1, Reg.)*».

GEIE[115] in rapporto a quella svolta dagli enti non profit. Difatti, occorre precisare: da un lato, che la nozione di «attività economica» fornita dal nostro codice civile all'art. 2082 non coincide con il fine produttivo a cui essa è indirizzata, ma corrisponde solo al metodo con cui viene svolta, ossia quello per cui si determina nel lungo periodo la copertura dei costi con i ricavi; dall'altro lato, che il legislatore europeo adotta un concetto di attività economica molto più ampio rispetto a quello dell'ordinamento italiano, come confermato dal quinto *considerando* del preambolo al regolamento[116], dal momento che possono divenire membri del gruppo anche soggetti che sono, o che compiono attività, non riconducibili alla nozione italiana di imprenditore [117].

Dunque, considerata indispensabile la componente economica dell'attività esercitata dai membri, altresì in ragione della funzione ausiliaria di quella del gruppo, anche gli enti non lucrativi che vi vogliano prendere parte dovranno possedere tale caratteristica[118]; ciò, tuttavia, non pone alcun problema dal momento che, ad oggi, è pacificamente ammesso lo svolgimento da parte dei suddetti di attività economiche produttive – anche d'impresa in via principale o in via secondaria[119] – purché esse si concretizzino unicamente in un lucro oggettivo da destinarsi al fine di pubblica utilità dettato dallo statuto, escludendosi così qualsiasi forma di distribuzione dei ricavi tra i consociati[120].

---

[115] Tale disposizione, infatti, in entrambi i suoi commi, richiama direttamente il carattere economico dell'attività, statuendo che «*il fine del gruppo è di agevolare o di sviluppare l'attività economica dei suoi membri, di migliorare o di aumentare i risultati di questa attività; il gruppo non ha lo scopo di realizzare profitti per sé stesso. La sua attività deve collegarsi all'attività economica dei suoi membri e può avere soltanto un carattere ausiliario rispetto a quest'ultima*».

[116] «*Considerando (…) che la nozione di attività economica deve essere interpretata nel senso più largo*».

[117] V. A. Bartolacelli, A. Rossi, *Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE)*, cit., 574, per i quali tale definizione «*tende a ricomprendere sia le libere professioni, sia un novero indefinito e per sua natura atipico di soggetti che prestano "altri servizi", che trovano una propria costante concettuale nella sola economicità dell'attività esercitata dai membri che è postulata dallo scopo del GEIE*».

[118] È opportuno segnalare che, data l'ampia nozione di economicità assunta dal regolamento, è stata anche sostenuta la possibilità di un GEIE costituito unicamente da soggetti «aneconomici», determinandosi così, nell'idea dell'Autore, un GEIE a sua volta «aneconomico» (A. Mongiello, *op. cit.*, 167 ss.).

[119] Cfr. G. Cavallaro, *La fondazione come imprenditore commerciale e il fallimento*, in *Giur. comm.*, 2017, 1, 140 ss.; G. Marasà, *La "commercializzazione" degli enti del libro I del codice civile*, cit., *passim*.

[120] V. *sub* nt. 31.

Pertanto, non sussistendo elementi giuridici e pratici ostativi alla costituzione di un GEIE esclusivamente da parte di più enti non lucrativi provenienti da Stati membri differenti, tale proposta rappresenta una soluzione ottimale alla lacuna del diritto internazionale in tema di organismi non profit dal momento che, tramite questo istituto, si darebbe vita ad un soggetto giuridico sovranazionale, flessibile nella sua regolamentazione ma stabile nella sua struttura, che non si sostituisca agli enti originari, i quali manterranno un certo grado di autonomia giuridica ed economica in virtù della sussidiarietà di esso, ma che implementi il raggio di azione dei medesimi al di fuori dei confini territoriali[121].

7. Conclusioni: prospettive *de iure condendo* nell'alveo dell'Unione Europea

La disamina fin qui condotta prende in considerazione l'attuale configurazione del quadro giuridico internazionale in cui non sussiste alcuna normativa unitaria che consenta ad enti non lucrativi nazionali di operare a livello sovranazionale mediante un istituto validamente riconosciuto nelle varie realtà interne, o comunque tramite uno *status* giuridico unico che ne legittimi tale operato.
Di conseguenza, sono state analizzate proposte alternative, aventi ad oggetto strumenti già esistenti, ma proiettati al perseguimento di finalità differenti, verificando se le stesse potessero essere adattate alle strutture e agli obiettivi del campo del non profit, non soltanto al fine di cercare di sopperire al *vulnus* legislativo in materia, ma anche per tentare di individuare rimedi temporanei in attesa di un intervento di riforma a livello europeo o internazionale.
Senza ricapitolare nuovamente le motivazioni per cui alcune strade siano meno percorribili di altre, si può sostenere che la costituzione di un Gruppo Europeo di Interesse Economico[122] o di una Società

---

[121] Cfr. D. Corapi, *Il gruppo europeo di interesse pubblico*, in *Le Società*, 1990, 2, 178, il quale sostiene, partendo dai *considerando* del preambolo del regolamento, che «*la finalità di questo strumento di diritto comunitario è, infatti, quella di "consentire il superamento delle difficoltà di carattere giuridico, fiscale o psicologico", che le imprese dei diversi Paesi possono incontrare nell'intessere rapporti di collaborazione al di là delle frontiere nazionali*».

[122] Esempi concreti di gruppi europei costituiti, unicamente o parzialmente, da enti non lucrativi e diretti al perseguimento di finalità di pubblica utilità sono: il GEIE "Central European Cultural Corporation", con sede a Pregarten in Austria, avente lo scopo di favorire le collaborazioni culturali a livello internazionale nell'Europa centrale; il GEIE "European Round Table of Charitable Social Welfare Associations EEIG", con sede

Cooperativa Europea siano le soluzioni preferibili in quanto consentirebbero di creare un nuovo organismo sovranazionale, privo di qualsiasi forma di lucro soggettivo, diretto a scopi di pubblica utilità, in cui confluirebbero senza problemi gli enti originari.
Tuttavia, come già precisato all'inizio del presente contributo, è necessario evidenziare come le opzioni fin qui proposte non rappresentano un rimedio definitivo alle problematiche internazionali, ma si configurano unicamente come surrogati temporanei in vista di una legiferazione europea in materia.
Già in passato, infatti, l'Unione Europea aveva portato avanti progetti di armonizzazione dei settori nazionali del non profit, come le proposte di Regolamento relative allo statuto della Fondazione Europea e allo statuto dell'Associazione Europea[123], tutte naufragate, però, a causa degli interessi particolari dei singoli Stati membri e del contesto geopolitico, economico e sociale in cui erano nate.
Nonostante queste ripetute occasioni mancate, negli ultimi anni è tornata in auge, nell'ambito dell'Unione Europea, la necessità di regolamentare in via unitaria e sovranazionale l'ampio settore del non profit, a cui hanno fatto seguito, sull'onda di questo nuovo orientamento e delle pressioni della dottrina internazionale, alcuni recenti interventi degli organi dell'UE.
Il cambio di rotta è concretamente rinvenibile in due studi commissionati dalle istituzioni europee[124], aventi ad oggetto possibili stra-

---

a Bruxelles, diretto alla collaborazione tra le associazioni della pubblica assistenza e le autorità locali nell'ambito dell'integrazione sociale e la creazione di posti di lavoro; il GEIE "Kunstwegen EWIV", costituito da un ente locale olandese e una istituzione culturale, il quale ha la finalità di curare e amministrare le circa 70 sculture che rappresentano la cd. "via dell'arte".

[123] Per la Fondazione Europea vedi *sub* nt. 5. L'associazione europea, invece, è stata presentata mediante la proposta di Regolamento (CEE) del Consiglio recante statuto dell'associazione europea (92/CC 99/01), (COM (91) 273 def. – SYN 386). Circa tale istituto è possibile ricordare, senza pretesa di esaustività, i contributi di: A. Fusaro, *La disciplina delle associazioni nel codice civile europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 1-2, 95 ss.; Id., *Le associazioni*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Gli enti non profit in Italia*, Padova, 1994, 55 ss. V. I. Stramignoni, *Sul nuovo progetto della commissione in tema di associazione europea*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, 933 ss.; P. Zatti, G. Iudica, *Linguaggio e regole del diritto privato*, XXIV ed., Milano, 2023, 567 ss.; F. Clementi, *La libertà di associazione in prospettiva comparata*, Milano, 2018, 107 ss.; G. Di Marco, *Società cooperative, mutue europee, associazioni europee: tre proposte comunitarie*, in *Le Società*, 1992, 8, 1061 ss.

[124] A seguito della Risoluzione del 5 luglio 2018 recante raccomandazioni alla Commissione su uno statuto per le imprese sociali e solidali (2016/2237 (INL)) sono stati prodotti due studi: uno è quello di A. Fici, già menzionato nella nt. 4; l'altro, invece,

tegie per consentire l'introduzione nella normativa europea di uno strumento giuridico unico e valido in tutto il territorio dell'Unione in grado di non ricadere negli errori delle proposte passate. Questi due rapporti del maggio 2021 sono risultati fondamentali in quanto hanno innescato un moto innovativo transnazionale nell'ambito del cd. "Terzo settore".

Segnatamente, il risultato auspicabile suggerito dalla dottrina non è quello di introdurre nuove forme giuridiche europee specifiche per i vari enti non lucrativi, tramite un regolamento analogo a quello della SE e della SCE da adottarsi unanimemente ai sensi dell'art. 352 TFUE o mediante il meccanismo di cooperazione rafforzata di cui all'art. 20 TFUE[125], ma quello di definire, grazie allo strumento della direttiva europea, uno *status* giuridico o un'etichetta di "*organizzazione europea del terzo settore (o di economia sociale)*", nel rispetto dei requisiti minimi comuni individuati dalla direttiva europea stessa. In questo modo tutti gli organismi in possesso di tale *status*/etichetta sarebbero riconosciuti da qualunque Stato membro, a prescindere dal paese di costituzione, e conseguirebbero gli stessi vantaggi, diritti e obblighi, anche in campo fiscale, degli enti nazionali[126].

In virtù di queste prospettazioni dottrinali, si è dato vita ad un *iter* euro-unitario[127], relativamente breve, finalizzato all'eventuale emanazione di una direttiva che stabilisca norme comuni per le organiz-

è lo studio di K. Muller, M. Fernandes, classificato PE 662.630, intitolato "*A statute for European cross-border associations and non-profit organisations - European added value assessment*", maggio 2021, disponibile sul sito: «*https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662630/EPRS_STU(2021)662630_EN.pdf*».

[125] In questo modo si eviterebbe il problema della decisione all'unanimità, ma si darebbe vita a statuti istituenti forme giuridiche tradizionali di organizzazioni senza scopo di lucro, che non terrebbero conto degli sviluppi nelle legislazioni nazionali.

[126] Per un approfondimento in materia v. M. Graziadei, *op. cit.*, 584 ss.

[127] Questo percorso comincia il 13 febbraio 2020 con l'esame della "Commissione affari legali" e, in sede consultiva, della "Commissione per l'occupazione e gli affari sociali" e della "Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni"; prosegue, poi, il 15 dicembre 2021 con una proposta di risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione su uno Statuto delle associazioni e organizzazioni senza scopo di lucro transfrontaliere europee (2020/2026(INL)), relatore S. Lagodinski, votata il 9 dicembre 2021; infine, la medesima è stata definitivamente approvata con la risoluzione del Parlamento europeo del 17 febbraio 2022, che invita la Commissione europea a presentare una direttiva che stabilisce norme comuni per le organizzazioni senza scopo di lucro nonché un regolamento che istituisce uno statuto per le associazioni e le organizzazioni senza scopo di lucro transfrontaliere europee (sul punto v. P.A. Pesticcio, *Organizzazioni senza scopo di lucro: l'Europa spinge per uno Statuto europeo*, in *Cooperative e enti non profit*, 2022, 4, 25 ss.).

zazioni senza scopo di lucro, nonché di un regolamento che istituisca uno statuto per le associazioni e le organizzazioni senza scopo di lucro transfrontaliere europee; ad oggi, tuttavia, la Commissione Europea ha unicamente ultimato una proposta di direttiva relativa alle associazioni transfrontaliere[128].

Questa proposta, però, non accoglie la tesi dottrinale sopra descritta, in quanto nella direttiva viene indicata come soluzione strategica non l'istituzione di uno *status* giuridico o di un'etichetta europea ottenibile da organismi già esistenti, ma la creazione, a livello interno, di un'ulteriore forma giuridica di associazione transfrontaliera senza scopo di lucro, concepita per scopi transnazionali nell'ambito dell'Unione Europea, riconosciuta da tutti gli Stati membri, denominata "*ECBA*", ossia *European cross-border association*, la quale andrebbe a coesistere con le tipologie di associazioni non lucrative già esistenti nel diritto nazionale.

Dunque, in un'ottica di armonizzazione degli standard minimi comuni nel settore del non profit, non viene introdotto un nuovo istituto di matrice europea, ma, a seguito del recepimento della direttiva da parte dei singoli ordinamenti, ciascuno Stato membro dovrebbe adottare una nuova forma giuridica di associazione, adattabile al contesto nazionale, senza dover modificare la struttura e le norme delle tipologie interne già esistenti, la quale sarà automaticamente riconosciuta in tutto il territorio dell'Unione a seguito del rilascio, da parte del paese di origine, del cd. "*certificato ECBA*".

In conclusione, è possibile affermare che il problema dei limiti di operatività degli enti non lucrativi nazionali, derivante dalla mancata attribuzione della libertà di stabilimento e dalla mancata uniformità del riconoscimento al di fuori del territorio di origine, attualmente non può essere risolto "in via diretta", ossia mediante l'utilizzo di un organismo tipico privo dello scopo di lucro, ma unicamente attraverso l'adozione di istituti giuridici europei o internazionali creati per obiettivi differenti, i quali dovranno essere adattati e configurati in modo tale da far fronte alle specifiche esigenze del campo del non profit. Tuttavia, in considerazione delle nuove prospettive sociali e giuridiche europee, è opportuno evidenziare che i suddet-

[128] Proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio relativa alle associazioni transfrontaliere europee, 5 settembre 2023, COM(2023) 516 final 2023/0315 (COD). È opportuno segnalare che è intervenuta in materia la Relazione del Parlamento Europeo del 27 febbraio 2024, A9-0062/2024, la quale ha introdotto alcuni emendamenti alla suddetta proposta.

ti strumenti potrebbero essere anche utilizzati in via prettamente temporanea, limitatamente ai tempi necessari per l'adozione di una normativa in materia volta a colmare *ab origine* il *vulnus* positivo, in quanto sembrerebbe imminente – e sarebbe altamente auspicabile – l'intervento delle istituzioni europee finalizzato all'introduzione di una figura transnazionale ad *hoc*, diretta a semplificare e rendere più effettivo e agevole il perseguimento di scopi di pubblica utilità a livello sovranazionale da parte di enti non lucrativi costituiti in conformità ad una singola legislazione interna.