***JUS*- ONLINE 2/2024**
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

INDICE N. 2/2024

ROSSANA ORTU 3
Testimonianze dai *Libri Augurum* in tema di dittatura

ELLA HERMON 23
Des *res* et la natura aux *res naturales*

BEATRICE SERRA 52
Data protection and the catholic church. Notes on the Italian experience six years after the definitive application of the GDPR

SERGEY V. STEPANENKO - VIKTORIIA D. FILIPPOVA - VALENTINA O. BONIAK - TATIANA V. MALAKHOVA - OLENA V. KRAVCHENK 83
Development of the mechanism of public administration in Ukraine: Organisational and legal aspects

MARINA DI LELLO FINUOLI 105
La risposta penale agli abusi economico-affettivi nei confronti delle persone anziane

GIANMARCO SIGISMONDI – NICOLA BERTI 137
Abusi edilizi e doppio binario sanzionatorio

RASSEGNA

Solidarietà e sostenibilità: tra diritto positivo e politica del diritto
Laboratorio dei ricercatori Biancamaria Spricigo
Dipartimento di Scienze Giuridiche – Università Cattolica di Milano

CALOGERO MICCICHÈ 181
Presentazione

CATERINA BENINI 183
Sui giudizi di responsabilità civile intentati contro i c.d. *global carbon majors*: riflessioni internazionalprivatistiche a margine della *climate change litigation*

ELENA GABELLINI 210
Note sul contenzioso climatico e le azioni di classe

VP VITA E PENSIERO

GIULIA SCHNEIDER 232
La competitività dei mercati dei capitali sostenibili: prime riflessioni sui rimedi di private enforcement ai danni da greenwashing

CHIARA PRUSSIANI 273
Bisogni sociali e finalità di tutela nella prospettiva delle strette relazioni di vita

IVAN LIBERO NOCERA 302
Per una maggiore autonomia testamentaria nella prospettiva di una biunivoca solidarietà endofamiliare

***JUS*- ONLINE 2/2024**
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

ROSANNA ORTU*

Testimonianze dai *Libri Augurum* in tema di dittatura**

English title: *Testimonials from the Libri Augurum on the Topic of Dictatorship*

DOI: 10.26350/18277942_000169

Sommario: 1. Premessa: D. 1.2.2.18 Pomp. lib. sing. ench. 2. La valenza dei documenti sacerdotali per la ricostruzione delle più arcaiche istituzioni giuridico-religiose romane: i 'libri augurum'. 3. Testimonianze sul dictator tratte dai libri augurum: Cicerone e Livio. 3.1. A proposito della denominazione del 'dictator': Cic. 'rep.' 1.40.63. 3.2. A proposito della competenza della nomina del dittatore: Liv. 4. 31.4. 3.3. A proposito del tempo della 'dictio dictatoris': Liv. 8.23.15. 3.4. A proposito del luogo della 'dictio': Liv. 27.5.15. 4. Annotazioni conclusive.

Premessa: D. 1.2.2.18 Pomp. *lib. sing. ench.*

Il giurista Pomponio, in uno dei rari brani del Digesto dedicati alla riflessione giurisprudenziale in tema di dittatura[1], utilizza la significativa espressione '*non erat fas*' in riferimento alla durata della carica del *dictator* che, *quoniam summam potestatem*, non poteva oltrepassare i sei mesi di tempo, lasciando così trapelare un forte collegamento con la *religio* o, per meglio dire, attestando una prescrizione di carattere religioso[2] mediante l'impiego di una locuzione tipica del lessico sacerdotale:

D. 1.2.2.18 Pomp. *lib. sing. ench.*: *Populo deinde aucto cum crebra orerentur bella et quaedam acriora a finitimis inferrentur, interdum re exigente placuit maioris potestatis magistratum constitui: itaque dictatores proditi sunt, a quibus nec provocandi ius fuit et quibus etiam capitis*

* Università degli Studi di Sassari (rortu@uniss.it).
** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*

[1] Per i vari aspetti in tema di dittatura nell'antica Roma, tra i più recenti studi, rinvio a *La dittatura romana*, I, a cura di L. GAROFALO, Napoli, 2017; *La dittatura romana*, II, a cura di L. GAROFALO, Napoli, 2018, ivi ampia letteratura sul tema. Ma v. anche i lavori monografici di S. FUSCO, *'Oriens de nocte silentio': alcune riflessioni sulla dittatura 'imminuto iure'*, Ortacesus, 2018; G. NICOSIA, *'Dictator'*, Catania, 2019; G. VALDITARA, *Il 'dictator' tra emergenza e libertà*, Torino, 2021. Da ultimo, il recente contributo di R. CARDILLI, *Diritto pubblico romano e nuova costituzione della repubblica di Cuba*, in *Diritto romano, costituzionalismo latino e nuova costituzione cubana*, a cura di R. CARDILLI - G. LOBRANO - R. MARINI, Milano, 2021, pp. 47 ss.

[2] Cfr. A. SCHIAVONE - F. AMARELLI - F. BOTTA, *Storia giuridica di Roma*, Torino, 2016, p. 83, in cui, a tale proposito, si specifica che «non era conforme a norma religiosa, prima che morale».

animadversio data est. Hunc magistratum, quoniam summam potestatem habebat, non erat fas ultra sextum mensem retineri[3].

Il frammento di Pomponio, tratto dal *Liber Singularis Enchiridii*, inserito, come è noto, nel contesto più ampio della riflessione svolta a proposito delle funzioni delle magistrature repubblicane, tratta dell'istituzione della dittatura, giustificata dall'aumento del popolo e dall'insorgenza di conflitti bellici, particolarmente aspri, mossi dai confinanti o, come ribadisce il giurista, quando la situazione lo esigesse. Oltre a ciò, come scrive Pomponio, la dittatura fu creata con potestà maggiore, escludendone per tale motivazione la *provocatio ad populum*, ed attribuendo ai *dictatores* anche il diritto di sanzionare i cittadini romani con la pena capitale. Nondimeno, prosegue il giurista, poiché tale magistratura era fornita di *summa potestas*, «era nefando ('*non erat fas*') tenerla per più di sei mesi»[4].
La riflessione svolta nel testo dal giureconsulto è sicuramente rilevante poiché trasmette informazioni specifiche a proposito della dittatura e delle sue origini, e soprattutto perché scaturisce da una visione marcatamente giuridica. Ma, nonostante ciò, non è mia intenzione affrontare in questo contributo le numerose problematiche sottese al frammento D. 1.2.2.18, che ora ho ritenuto opportuno citare unicamente per le implicazioni che scaturiscono dall'espressione '*non erat fas*', nell'ottica di avviare una breve indagine sul carattere religioso del *dictator*, che emerge fin dalle origini di tale magistratura, come attestato anche da Pomponio, attraverso l'analisi delle notizie dirette provenienti dai documenti sacerdotali.
Infatti, già da una prima lettura della parte finale del passo, anche se

[3] Sul passo di Pomponio rinvio, tra i più recenti, al contributo di A. MILAZZO, *Sul carattere 'straordinario' della magistratura del dittatore: alcune riflessioni su emergenza e periodicità nella sua nomina*, in *La dittatura romana*, I, cit., p. 238 ss., il quale osserva, a proposito dello stato di emergenza che: «in ogni caso, il passo pomponiano sembra fare riferimento ad una situazione di necessità, condensata nel sintagma '*re exigente*', che avrebbe portato ad un'urgenza di nomina di un magistrato che sarebbe servito appunto a rimediare a talune situazioni non affrontabili con gli ordinari strumenti, ovvero con le ordinarie magistrature. In questa prospettiva sembra indurre già la descrizione, al di là dell'espressione utilizzata dal giurista, dei casi che inducevano, secondo Pomponio, a nominare il dittatore, quali le situazioni di guerra, riferite per di più a quelle ritenute maggiormente pericolose in quanto mosse da paesi confinanti ('*cum crebra orerentur bella et quaedam acriora a finitimis inferrentur*')» (con citazione di ampia bibliografia). Da ultimo, vedi anche R. CARDILLI, *Diritto pubblico*, cit., pp. 74, nt. 64; 75.
[4] Si tratta della traduzione tratta da '*Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*'. Testo e traduzione, I, a cura di S. SCHIPANI, con la collaborazione di L. LANTELLA, Milano, 2005, p. 84 [ora consultabile anche online in http://dbtvm1.ilc.cnr.it/digesto/ (ultimo accesso 7 maggio 2024)].

Pomponio non utilizza il consueto termine *nefas*[5], si può constatare che il significato dell'espressione *non erat fas* può, senza alcun dubbio, ricollegarsi a tale concetto, espresso tra l'altro in età più risalente con la formula *ne fas est*, o addirittura con il termine *religio*[6]. Come sostenuto da Francesco Sini, «il concetto di *nefas* rimanda a valori che l'odierna dommatica giuridica definisce imperativi – il *nefas* è inteso sempre in senso obbligatorio – connessi con le sfere del "vietato" e del "dovere"»[7], osservando inoltre che «l'uso di *nefas* nell'arcaica forma *ne fas (est)* si ritrova ancora negli antiquari di età tardo-repubblicana ed imperiale, soprattutto in testi che fanno riferimento a realtà religiose e giuridiche antichissime»[8], oltre che nella lingua dei sacerdoti.
Pertanto, nel frammento di Pomponio sembrerebbe, anche per la scelta del giurista di utilizzare la formula *non erat fas*, che il collegamento tra *dictator* e la sfera religiosa sia strettissimo e che tale connessione possa evidentemente risalire alle origini di questa magistratura.
Il fatto che sia considerato nefasto il prolungamento temporale di tale magistratura oltre il termine canonico dei sei mesi, riporta la questione ad un campo di precipua competenza sacerdotale, poiché, come è noto, le problematiche spazio-temporali erano attinenti all'ambito della *religio*[9]. Nel sistema giuridico-religioso[10] romano la specificità dei legami tra gli

[5] In merito alla nozione di *nefas* vedi, tra i più risalenti, J. PAOLI, Le *monde juridique du paganisme romain. Introduction à l'étude du domain interdit des dieux dans le temps ('nefas')*, in *RHD*, 23 (1945), pp. 1 ss.; H. FUGIER, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris, 1963, pp. 127 ss. Più recenti gli studi di Francesco Sini sul tema, a cui rinvio: F. SINI, voce '*Nefas*', in *Enciclopedia Virgiliana*, III, Roma, 1987, pp. 676-678; ID., *'Bellum nefandum'. Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico"*, Sassari, 1991, pp. 96 ss.; ID., *'Bellum, fas, nefas': aspetti religiosi e giuridici della guerra (e della pace) in Roma antica*, in *Diritto@Storia*, 4 (2005), pp. 1 ss.
[6] Per i rapporti tra *nefas* e *religio*, rinvio tra tutti a F. SINI, *'Bellum'*, cit., pp. 96 ss., il quale delinea in maniera mirabile lo stretto rapporto semantico tra *nefas* e *religio - religiosus*.
[7] F. SINI, *'Bellum'*, cit., p. 96.
[8] F. SINI, *'Bellum'*, cit., p. 96.
[9] Sul significato di *religio*, H. FUGIER, *Recherches*, cit., pp. 172 ss.; É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes, 2. Pouvoir, droit, religion*, Paris, 1969, pp. 265 ss.; H. WAGENVOORT, *Wesenzüge altrömischer Religion*, in *ANRW*, 1.2 (1972), pp. 348 ss. (= *Characteristic Traits of Ancient Roman Religion*, in ID., *'Pietas'. Selected studies in Roman Religion*, Leiden, 1980, pp. 223 ss.); G. LIEBERG, *Considerazioni sull'etimologia e sul significato di 'religio'*, in *RFIC*, 102 (1974), pp. 34 ss.; R. MUTH, *Von Wesen römischer 'religio'*, in *ANRW*, 2.16.1 (1978), p. 290 ss.; R. SCHILLING, *L'originalité du vocabulaire religieux latin*, in ID., *Rites, cultes, dieux de Rome*, Paris, 1979, pp. 30 ss.; E. MONTANARI, voce '*Religio*', in *Enciclopedia Virgiliana*, IV, Roma, 1988, pp. 423 ss.
[10] Per la nozione di "sistema giuridico-religioso", si rinvia a P. CATALANO, *Linee del sistema sovrannazionale romano*, I, Torino, 1965, pp. 30 ss.; ID., *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. 'Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia'*, in

esseri umani e le divinità si palesava pienamente «nell'antitesi *fas/nefas*, fondata in particolar modo sulla concezione teologica che spazio e tempo appartenessero agli Dèi [...] la teologia e lo *ius divinum* dei sacerdoti romani rappresentavano la *vita*e la storia del Popolo romano in rapporto di imprescindibile causalità con la *religio*»[11].
Ma oltre alla durata temporale canonica della dittatura qualificata come *fas*[12] da Pomponio, nel caso in cui non oltrepassi i sei mesi, è possibile riscontrare anche dal racconto di Livio l'esistenza di ulteriori elementi che collegano fin dalle origini questa magistratura alla *religio* e al *mos*:

Liv. 4.31.4: *Et cum ibi quoque religio obstaret ne non posset nisi ab consule dici dictator, augures consulti eam religionem exemere*.

Liv. 9.38.14: *Nocte deinde silentio, ut mos est, L. Papirium dictatorem dixit*.

I due testi sono assai noti e rileva sicuramente il fatto che fin dalle origini la *dictio dictatoris ab consule* sia ricondotta alla *religio* mentre la procedura urgente di nomina del dittatore sia qualificata come *mos*, attestando così anche una piena aderenza di tale procedimento alla consuetudine costituzionale predecemvirale[13].

ANRW, 2.16.1 (1978), pp. 445 s.; ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 57.

[11] F. SINI, *'Bellum'*, cit., pp. 111 s.; ID., *Uomini e Dèi nel sistema giuridico-religioso romano: 'Pax deorum', tempo degli Dèi, sacrifici*, in *Diritto@Storia*, 1 (2002), pp. 1 ss.; ID., *Religione e poteri del popolo in Roma repubblicana*, in *Diritto@Storia*, 6 (2007), pp. 1 ss. In precedenza, sul tema si era espresso anche R. ORESTANO, *Dal 'ius' al 'fas'. Rapporto tra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR*, 46 (1939), p. 201, il quale osservava che: «una siffatta concezione ci riporta a quella che è stata la più antica concezione romana del mondo, rimasta costante in tutta la tradizione, secondo la quale la totalità degli esseri ragionevoli si divideva in due gruppi, gli Dei e gli uomini. Da essa scaturiva la suprema distinzione di tutti i rapporti e delle pertinenze in "*divina*" e "*humana*"».

[12] Sul concetto di *fas*, rinvio tra tutti a F. SINI, voce '*Fas*', in *Enciclopedia Virgiliana*, II, Roma, 1985, pp. 466-468; ID., *'Bellum'*, cit., pp. 86 ss.; ID., *'Bellum, fas'*, cit., pp. 1 ss.

[13] Cfr. R. CARDILLI, *'Res'*, cit., p. 75. A tale proposito, l'autore chiarisce che «a conferma di ciò sta la *origo* di questa magistratura, la quale, pur presente in numerose altre realtà cittadine nell'Italia centrale, sembra assumere proprio a Roma una sua particolare configurazione. Come, infatti, è stato esattamente sottolineato in dottrina, all'insicurezza liviana nel ricordarne un fondamento legislativo nell'ordine della *res publica*, corrisponde una convergenza di attestazioni che considerano il suo regime concreto (investitura, poteri, durata) quale conforme al *mos*, al *fas* e alla *religio*. Tali qualifiche evidenziano con alta probabilità la considerazione della dittatura come magistratura pienamente coerente al sistema giuridico-religioso fondamentale del Comune, il quale appunto, nel pieno rispetto del regime 'costituzionale' fondato sul *mos*, permetteva di rispondere efficacemente alle situazioni di emergenza, senza che ciò però comportasse

Per tutto ciò, al fine di arricchire il quadro giuridico-religioso inerente alle caratteristiche originarie della dittatura, vale sicuramente la pena soffermarsi ad analizzare i frammenti tratti dai documenti sacerdotali giunti attraverso le testimonianze degli autori antichi, con particolare riguardo a quelli provenienti dai *libri augurum*[14], tenendo presente che le ricerche della dottrina romanistica, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, hanno contribuito ad attestare in maniera del tutto pacifica «il valore dei "frammenti" dei documenti sacerdotali, quale "fonte primaria" per la ricostruzione delle più antiche istituzioni e vicende storiche»[15] romane.

2. La valenza dei documenti sacerdotali per la ricostruzione delle più arcaiche istituzioni giuridico-religiose romane: i 'libri augurum'.

I frammenti tratti dai *libri augurum*[16], al pari degli altri documenti sacerdotali, possono fornire elementi fondamentali per tracciare una puntuale ricostruzione delle istituzioni giuridico-religiose romane, allo scopo precipuo di evidenziarne le caratteristiche originarie. In tali documenti, come ampiamente dimostrato dalla dottrina romanistica della seconda metà del secolo scorso, sono riportate le solenni formule che

una sospensione delle istituzioni repubblicane nella loro complessità (senato, comizi, altre magistrature, collegi sacerdotali)». In merito alla valorizzazione del modello consuetudinario della dittatura (del periodo alto-repubblicano), allo scopo di far emergere le caratteristiche anomale della dittatura instaurata da Silla e poi da Cesare, rinvio alle riflessioni di C. MASI DORIA, *'Spretum imperium'. Prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, Napoli, 2000, p. 137 ss.

[14] A proposito dei *libri augurum*, rinvio a: F. SINI, *Documenti sacerdotali di Roma antica*, I. *'Libri' e 'commentarii'*, Sassari, 1983, pp. 1755 ss.; ID., *'Libri' e 'commentarii' nella tradizione documentaria dei grandi collegi sacerdotali romani*, in *Diritto @ Storia*, 1 (2002), pp. 1 ss.; ID., *Diritto e documenti sacerdotali romani: verso una palingensi*, in *Diritto @ Storia*, 4 (2005), pp. 1 ss.

[15] F. SINI, *A proposito del carattere religioso del 'dictator'. Note metodologiche sui documenti sacerdotali*, in *Dittatura degli antichi e dittatura dei moderni*, a cura di G. MELONI, Roma, 1983, p. 122 s. (contributo già pubblicato in *SDHI*, 42 [1976], pp. 422 ss.). Per quanto riguarda lo stato della dottrina in merito al valore dei frammenti dei documenti sacerdotali, tra tutti, si veda ID., *Documenti*, cit., pp. 45 ss.; ID., *'Libri'*, cit., pp. 1 ss.

[16] Per i documenti del collegio degli àuguri e i *libri augurum* rinvio a: F.A. BRAUSE, *'Librorum de disciplina augurali ante Augusti mortem scriptorum reliquiae'*, Lipsiae, 1875; P. REGELL, '*De augurum publicorum libris'*, Vratislaviae, 1878; ID., '*Fragmenta auguralia'*, Hirschberg, 1882; ID., '*Auguralia'*, in '*Commentationes Philologae in honorem Augusti Reifferscheidii'*, Vratislaviae, 1884, pp. 61 ss.; ID., *'Commentarii in librorum auguralium fragmenta specimen'*, Hirschberg, 1893; J. LINDERSKI, *The Augural Law*, in *ANRW*, 2.16.3 (1986), pp. 2241 ss.

avevano il compito di realizzare «di volta in volta la traduzione nella sfera religiosa di tutto il complesso di attività riferibili al popolo romano»[17].
In merito all'attendibilità delle formule religiose tratte dai documenti sacerdotali, ne avvalora ampiamente l'autenticità, negli anni '60 del Novecento, Georges Dumézil[18], il quale formula una netta critica alla teoria di Kurt Latte[19], il quale, sulla scia del Mommsen[20] e del Wissowa[21], aveva mostrato di avere un atteggiamento assai restrittivo e sospettoso nei confronti delle fonti letterarie e delle formule religiose riportate nei testi degli annalisti e degli antiquari[22]. Il Dumézil, nell'opera *La religion romaine archaïque*, mediante l'analisi di alcuni testi di Livio, dimostra efficacemente la veridicità delle formule solenni riportate dallo storico patavino[23], così come del resto, in precedenza, anche Jean Bayet, nell'*«Introduction» in Tite-Live*, aveva già ritenuto pienamente plausibili le notizie liviane inerenti alle istituzioni giuridiche, religiose e politiche romane[24].
Ma a tali considerazioni dei due illustri studiosi francesi di storia della religione romana[25], va sicuramente ad aggiungersi un ulteriore elemento

[17] F. SINI, *A proposito*, cit., p. 123, il quale, inoltre, ribadisce che: «si può ormai ritenere opinione comunemente accettata quella che individua nelle prescrizioni di diritto divino e, più in generale, in tutte le testimonianze ad esso riferibili, e che in certo modo possono farsi risalire ai documenti conservati negli archivi sacerdotali, "ciò che di più serio gli storici di Roma abbiano potuto conoscere per i primi secoli"», in adesione al pensiero di P. CATALANO, *Contributi*, cit., I, Torino, 1960, p. 109.
[18] G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque*, Paris, 1966, pp. 99 ss., poi in *La religione romana arcaica*, trad. it., Milano 1977.
[19] K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München, 1960, pp. 5 s.
[20] TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II.1, Leipzig, 1887, pp. 9 s.
[21] G. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, München, 1912, pp. 5 s.
[22] Cfr. K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, cit., pp. 5 s., il quale afferma: «Besondere Vorsicht ist bei Verwendung der in die annalistische Überlieferung eingelegten Dokumente geboten. Sie sind im wesentlichen von dem Schriftsteller selbst mit Benutzung sakraler und iuristischer Formeln, die ein archaisches Kolorit geben sollten, entworfen oder seiner unmittelbaren Vorlage entnommen». Per una critica alle teorie del LATTE vedi tra li altri A. BRELICH, *Un libro dannoso: la Römische Religionsgeschichte di Kurt Latte*, in *SMSR*, 32 (1961), pp. 329 ss.; R. SCHILLING, *La situation des études relatives à la religion romaine de la République (1950-1970)*, in *ANRW*, 1.2 (1972), pp. 327.
[23] G. DUMÉZIL, *La religion*, cit., pp. 104 ss.
[24] Vedi J. BAYET, *«Introduction» in Tite-Live*, *Histoire romaine*, I, Paris, 1965, p. XXXIX, il quale sottolinea che «très Romain par sa haine de la *superstitio* et l'importance qu'il attache à l'exactitude des rites, Tite-Live a eu l'immense mérite de soupçonner l'importance du phénomène religieux dans l'ancienne histoire; il a eu aussi la délicatesse de ne pas l'y introduire sous forme d'*exempla*, mais par de notations, précises jusqu'à la nudité, de présages, de cérémonies, de formulaires».
[25] Per lo stato della ricerca sulla religione romana in Francia nel Novecento, vedi R. SCHILLING, *La situation*, cit., pp. 317 ss.

individuato da Francesco Sini, il quale, nel sostenere il valore autentico dell'insieme dei materiali tratti dai documenti sacerdotali, giustamente rileva che «nella società romana arcaica e repubblicana, a fronte dello sviluppo dei rapporti economici e politici, si contrapponevano da una parte una più lenta evoluzione delle istituzioni giuridiche, specialmente di "diritto pubblico", dall'altra il carattere fortemente conservativo della tradizione religiosa»[26], consentendo così agli autori antichi, storici e letterati, di recuperare rispettosamente ed ampiamente i contenuti originali dell'elaborazione svolta dai collegi sacerdotali. Ovviamente, ammonisce il Sini, ciò non deve esonerare l'interprete di queste fonti dallo svolgimento di una valutazione attenta e rigorosa, che tenga conto delle diversità sussistenti tra la visione dell'autore che tramanda la fonte, in cui si può cogliere una ideologia individuale radicata in un preciso contesto storico-sociale ed un personale livello di graduazione nella meticolosità dell'analisi, e le informazioni inerenti ad uno specifico evento storico, ad un istituto o ad una più remota realtà giuridico-religiosa, il più delle volte estrapolate da materiali risalenti alla medesima età dei fatti oggetto di indagine[27].
È noto che la maggior parte dei riferimenti letterali tratti dai libri sacerdotali siano riconducibili prevalentemente ai libri dei pontefici e ai libri degli àuguri[28]. Vi è però un'unica eccezione rappresentata da un passo del *De Lingua Latina*, in cui Varrone riporta un frammento tratto dai *libri Saliorum*:

Varr. *l. lat*. 6.14: *In libris Saliorum quorum cognomen Agonensium, forsitam hic dies ideo appelletur potius Agonia*[29],

in cui si ipotizza che vi fossero riportati i carmina più risalenti della *sodalitas*[30].

[26] F. SINI, *A proposito*, cit., p. 124. Sul punto rilevano anche le considerazioni di S. MAZZARINO, *Vico, l'annalistica e il diritto*, Napoli, 1971, pp. 26 ss. Ma vedi anche J. BAYET, *La religione romana. Storia politica e psicologi*, Torino, 1992, pp. 44 ss.; G. DUMÉZIL, *La religion*, cit., p. 90, per le osservazioni inerenti ai peculiari aspetti di custodia della storia religiosa dei Romani.
[27] Cfr. F. SINI, *A proposito*, cit., p. 124.
[28] Sul punto rinvio a F. SINI, *Documenti*, cit., p. 175; ID., '*Libri*', cit., §§ 10, pp. 1 ss.; ID., *Diritto*, cit., §§ 4, pp. 1 ss., il quale sviluppa la tematica nell'ambito più ampio della distinzione tra *libri* e *commentarii* sacerdotali.
[29] Sul testo di Varrone, vedi A. CENDERELLI, *Varroniana. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano, 1973, pp. 42, 123; B. CARDAUNS, *'M. Terentius Varro Antiquitates rerum divinarum'*, Wiesbaden, I, 1976, p. 54 (Appendix ad lib. VIII); II, p. 176.
[30] Cfr. F. SINI, *Documenti*, cit., p. 175; ID., '*Libri*', cit., §§ 10, pp. 1 ss.; ID., *Diritto*, cit., §§ 4, pp. 1 ss.

Per quanto riguarda il contenuto dei *libri augurum*, si ritiene che racchiudessero le regole, i precetti e le procedure inerenti alla disciplina augurale[31]. Buona parte della dottrina reputa, inoltre, che i libri augurali fossero organizzati con una struttura sistematica già consolidatasi al termine dell'età monarchica o agli albori dell'età repubblicana[32].
A tale proposito risulta particolarmente preziosa la testimonianza di Cicerone, il quale, per la sua appartenenza al collegio degli àuguri[33], ed avendo pertanto la possibilità di consultare direttamente i *libri augurum*[34],

[31] Cfr. F. SINI, *Documenti*, cit., pp. 91 ss. L'autore, nel III capitolo del volume, svolge una meticolosa analisi sulle fonti latine che menzionano *libri* e *commentarii*, premettendo alcune osservazioni metodologiche, ed osservando che «la radicale diversità di atteggiamenti con cui la dottrina romanistica contemporanea affronta il problema della distinzione (e precisazione) del contenuto dei *libri* e dei *commentarii* sacerdotali si basa essenzialmente su due modi contrastanti di leggere le fonti. Si rende perciò necessario procedere, in maniera sistematica, all'esame di quelle fonti latine, in cui i termini *libri* e *commentarii* sono usati per indicare documenti di provenienza sacerdotale; poiché solo attraverso la verifica testuale si possono ricavare indicazioni risolutive: capaci, cioè, di confermare – compatibilmente con lo stato delle fonti – una delle prospettive presenti in dottrina su tale problema. Si tratta, insomma, di stabilire se la distinzione del contenuto dei *libri* da quello dei *commentarii* trovi conferma nello stato delle fonti, oppure se tale distinzione sia contraddetta proprio dal dato testuale». Dall'esame delle testimonianze di Cicerone, Varrone, Verrio Flacco e Sesto Pompeo Festo, Tito Livio, Seneca, Plinio, Quintiliano, Censorino, Arnobio, Mario Vittorino, Servio e Servio Danielino, Macrobio, F. Sini giunge alla conclusione che i libri contenessero «materiali riguardanti le regole della disciplina augurale».
[32] Come ben emerge da F.A. BRAUSE, *'Librorum'*, cit., p. 10: «Porro si quaerimus quibus temporibus libri augurum orti sint compositique, origo quarundam partium ex regum tempore mihi videtur esse repetenda. Deinde etiam formula regum inaugurandorum quae sine dubio libris auguralibus vindicanda est ad regni tempora pertinet. Sed turpiter erraremus si iam regum temporibus totum corpus iuris auguralis ut ita dicam conscriptum esse arbitraremur»; e da P. REGELL, *'De augurum'*, cit., p. 21: «Quodsi originem in regum saecula iure reiecimus, non ita multum a vero aberrabimus quod sub XII tabularum aetatem totam fere disciplinam libris contentam fuisse statuimus: qua aetate scribendi legendique artem satis fuisse celebrem supra indicavimus». Sul punto vedi F. SINI, *Documenti*, cit., p. 175; ID., '*Libri*', cit., §§ 10, pp. 1 ss.; ID., *Diritto*, cit., §§ 4, pp. 1 ss.
[33] Come noto, Cicerone era entrato a far parte del collegio degli àuguri nel 53 a.C. Per un riscontro testuale nelle fonti rinvio a Plut. *Cic.* 36; Cic. *Brut.* 1; *Phil.* 2.4, come giustamente indicato da F. SINI, *Documenti*, cit., pp. 93, 117, nt. 10. Si vedano anche T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, New York, 1952, p. 233; J. LINDERSKI, *The Aedileship of Favonius, Curio the Younger and Cicero's Election to the Augurate*, in *Harvard Studies in Classical Philology*, 76 (1972), pp. 181 ss. Da ultimo vedi A. ZINI, *Il 'dictator' e il 'magister populi'*, in *La dittatura romana*, II, cit., pp. 6 s.
[34] Rinvio alle considerazioni di F. SINI, *Documenti*, cit., pp. 93 s., 121 s., il quale osserva che «egli era perfettamente in grado di accedere di persona almeno ai documenti conservati nell'archivio del suo collegio» (93 s.). Per l'esistenza di un archivio dei documenti del collegio degli àuguri, vale la precisazione di F. CÀSSOLA, *Livio, il tempio di Giove Feretrio e la inaccessibilità dei santuari in Roma*, in *RSI*, 82 (1970), p. 24, il quale

nel *De legibus* delinea in maniera esatta la sistematica ordinatoria dei materiali contenuti nei libri augurali elaborata dai sacerdoti:

Cic. *leg*. 2.20-21: *Interpretes autem Iovis optumi maxumi, publici augures, signis et auspiciis postea vidento, disciplinam tenento sacerdotesque vineta virgetaque et salutem populi auguranto; quique agent rem duelli quique popularem, auspicium praemonento ollique obtemperanto. Divorumque iras providento sisque apparento, caelique fulgura regionibus ratis temperanto, urbemque et agros et templa liberata et efflata habento. Quaeque augur iniusta nefasta vitiosa dira deixerit, inrita infectaque sunto; quique non paruerit, capital esto*[35].

Il testo sembra corrispondere ad una trascrizione, elaborata dall'àugure Cicerone, tratta da una collezione ufficiale ad uso del collegio. Nelle parole riprodotte dall'Arpinate trapela una chiara sequenza delle competenze augurali, delineate secondo l'ordine del testo sacerdotale. Il Dumézil[36] ritiene che Cicerone evocasse partizioni autentiche dei libri degli àuguri, rispondenti ad un assetto sistematico delle competenze sacerdotali[37]. Tale sistematizzazione corrispondeva alla seguente sequenza di funzioni[38]: 1.

specifica che pur non avendo una sede, è sicuro «però che avevano un locale destinato ad archivio. In esso, probabilmente, erano custoditi i *commentarii augurum*, la cui conoscenza era rigorosamente vietata a chi non fosse membro del collegio». Ma vedi anche F. D'IPPOLITO, *Sul pontificato massimo di Tiberio Coruncanio*, in *Labeo*, 23 (1977), p. 129, poi in ID., *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*, Napoli, 1978, p. 41; F. BONA, *'Ius pontificium' e 'ius civile' nell'esperienza giuridica tardo-repubblicana: un problema aperto*, in *'Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza repubblicana*, a cura di F. MILAZZO, Napoli, 1990, p. 214. Più recente, sul punto, A. ZINI, *Il 'dictator'*, in *La dittatura romana*, II, cit., p. 7.

[35] Su questo passo del *De legibus*, rinvio a: J. LINDERSKI, *The Augural Law*, cit., pp. 2148 ss. Per l'interpretazione del testo, e la bibliografia di riferimento, vedi tra tutti F. SINI, *Diritto*, cit., §§ 4, pp. 1 ss.

[36] G. DUMÉZIL, *Idées romaines*, Paris, 1969, p. 97.

[37] Cfr. G. DUMÉZIL, *Idées*, cit., p. 97, il quale, in riferimento alla possibilità di Cicerone di accedere direttamente agli archivi del collegio degli àuguri, specifica che «il était donc renseigné de première main, et il est probable qu'il utilise non seulement de vieilles formules, mais des divisions authentiques dans le statut qu'il donne à ce collège en forme de loi fictive».

[38] Per quanto attiene alle cd. potenzialità sistematiche del testo di Cicerone, seguo la lettura proposta da F. SINI, *Documenti*, cit., pp. 205 s., nt. 151, il quale, a questo proposito, muove delle critiche pienamente condivisibili nei confronti di P. REGELL, *'De augurum'*, cit., p. 25, nt., che aveva proposto una sistematizzazione per materia, suddivisa nelle seguenti cinque parti: «Nam adparet quinque hic partes esse distinguendas. I. quae est de augurii disciplina (angustiore sc. sensu) "Interpretes … tenente". II. de inauguratione "Sacerdotesque … auguranto". III. de ratione inter magistratus et augures intercedente "Quique agent … adparento". IV. de templis auguralibus "Caelique … habento". V. de iure augurum publico "Quaeque augur …" usque

Signa e *auspicia* in generale («*Interpretes autem Iovis optumi maximi, publici augures, signis et auspiciis postea vidento*»); 2. Disciplina augurale («*disciplinam tenento*»); 3. *Inaugurationes* («*sacerdotesque vineta virgetaque et salutem populi auguranto*»); 4. *Auspicia* dei magistrati («*quique agent rem duelli quique popularem, auspicium praemonento ollique obtemperanto*»); 5. *Nomina deorum e precationes augurales* («*divorumque iras providento sisque aparento*»); 6. Definizioni degli spazi celesti e terrestri («*caelique fulgura regionibus ratis temperanto, urbemque et agros et templa liberata et efflata habento*»), a cui, infine, andava ad aggiungersi l'attività sottesa alla frase conclusiva del testo di Cicerone, «*quaeque augur iniusta nefasta vitiosa dira deixerit, inrita infectaque sunto; quique non paruerit, capital esto*», che evocava lo svolgimento pratico delle funzioni augurali già sistematicamente indicate, dalle quali derivavano la concessione di *responsa* e la promulgazione di *decreta*, costituenti un insieme di atti sacerdotali raccolti nei *commentarii*[39], piuttosto che nei libri sacerdotali[40], come giustamente rilevato da F. Sini[41].

Poste queste brevi premesse, si potrà ora procedere all'analisi dei passi in cui è possibile riscontrare una provenienza dei contenuti da documenti del

ad finem». F. Sini rileva che «la divisione operata dal Regell appare, anzitutto, viziata in maniera grave dal suo noto rifiuto di distinguere tra *libri e commentarii*: da ciò consegue che lo studioso tedesco ignora del tutto la distinzione fondamentale tra le parti definitorie, riferibili alla sistematica, e la parte dispositiva, riferibile invece ai *decreta* augurali e quindi ai *commentarii*; distinzione peraltro chiaramente rilevabile nel passo ciceroniano citato», ed aggiunge che «la stessa enucleazione delle diverse "partes" si presta a fondati rilievi critici: non si comprende, ad esempio, per quale ragione la "pars" "de ratione inter magistratus et augures intercedente" risulti separata, con collocazione propria, rispetto al "de iure augurum publico"».

[39] Fra i primi ad ipotizzare che in epoca ciceroniana gli archivi sacerdotali contenessero *responsa* e *decreta*: F.A. BRAUSE, *'Librorum'*, cit., p. 16; e P. REGELL, *'De augurum'*, cit., p. 24. Sul punto v. F. SINI, *'Libri'*, cit., §§ 9, pp. 1 ss., il quale evidenzia che «del resto, anche le fonti letterarie (le quali citano con particolare rilievo i *commentarii* degli àuguri e dei pontefici) confermano l'impressione che i *commentarii* costituissero una sorta di guida per il compimento delle funzioni dei collegi: vi erano cioè trascritti i rendiconti e le memorie di un'attività, che sovente si concretizzavano in *decreta* e *responsa*».

[40] Per quanto attiene alla distinzione tra *libri* e *commentarii*, F.A. BRAUSE, *'Librorum'*, cit., pp. 10 ss., evidenzia che i *libri* riguardassero «praecationes formulas praeceptaque antiquissima», mentre i *commentarii* «facta quaedam memorabiliora» tra cui anche i *decreta*. Su tale differenza concettuale, rinvio tra tutti a F. SINI, *Documenti*, cit., pp. 143 ss., in cui l'A. delinea chiaramente la suddetta distinzione e ricostruisce compiutamente lo stato della dottrina sul tema. Più recenti, ID., *'Libri'*, cit., §§ 7 ss., pp. 1 ss.; ID., *Diritto*, cit., §§ 2 ss., pp. 1 ss.

[41] Cfr. F. SINI, *Diritto*, cit., §§ 4, pp. 1 ss., il quale, inoltre, specifica che «non appare, quindi, senza significato la collocazione di questa parte alla fine del testo; cioè nettamente separata, anche se concettualmente dipendente, dalle materie attribuibili ai *libri augurum*».

collegio degli àuguri in tema di dittatura, con l'intento di cogliere alcuni degli aspetti religiosi e delle caratteristiche originarie di questa peculiare magistratura.

3. Testimonianze sul *dictator* tratte dai libri *augurum*: Cicerone e Livio.

Esporrò qui di seguito il contenuto di quattro testi che sicuramente possono essere ascritti ad una provenienza dai documenti del collegio degli àuguri.
Il primo di questi passi è tratto dal *De republica* di Cicerone[42], mentre gli altri tre provengono dall'opera *Ab urbe condita* di Livio.

3.1. A proposito della denominazione del 'dictator': Cic. 'rep.' 1.40.63.

Per cogliere la valenza della denominazione originaria del *dictator*, così come è stata tramandata dagli àuguri, è sicuramente utile l'analisi della testimonianza di Cicerone:

Cic. *rep*. 1.40.63: *Nam dictator ab eo appellatur quia dicitur. Sed in nostris libris vides eum, Laeli, magistrum populi appellari*[43].

Questo testo[44] sul *dictator* è di grande interesse poiché rappresenta uno dei casi emblematici di fonti contenenti due informazioni disomogenee che potrebbero far sorgere dubbi sull'autenticità delle notizie riferite[45]. Infatti, in apertura del testo Cicerone propone l'etimologia[46] del sostantivo

[42] Per le ricorrenze nelle opere di Cicerone di documenti tratti dai *libri* e dai *commentarii* degli àuguri, rinvio a F. SINI, *Documenti*, cit., pp. 93 ss.
[43] F.A. BRAUSE, *'Librorum'*, cit., p. 42, fr. 28; P. REGELL, *'Fragmenta auguralia'*, cit., p. 20, fr. 13. Sul testo vedi F. SINI, *A proposito*, cit., p. 125; G. VALDITARA, *Studi sul 'magister populi'. Dagli ausiliari militari del 'rex' ai primi magistrati repubblicani*, Milano, 1989, p. 186. Da ultimo, su questo aspetto, A. ZINI, *Il 'dictator'*, cit., pp. 6 s.
[44] Riporto qui di seguito l'intero brano di Cicerone, al fine di mostrare il contesto più ampio in cui si colloca la fonte augurale: Cic. *rep*. 1.40.63: *'Gravioribus vero bellis etiam sine collega omne imperium nostri penes singulos esse voluerunt, quorum ipsum nomen vim suae potestatis indicat. Nam dictator quidem ab eo appellatur quia dicitur, sed in nostris libris vides eum, Laeli, magistrum populi appellari'*. (Laelius) *'Video' inquit. Et Scipio: 'Sapienter igitur illi vete<res>'*. Per una dettagliata analisi del testo ciceroniano, rinvio a A. ZINI, *Il 'dictator'*, cit., pp. 5 ss., ivi ampia letteratura sul tema.
[45] Cfr. F. SINI, *A proposito*, cit., p. 124.
[46] Cfr. A. ERNOUT - A. MEILLET, voce '*dico*', in *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 2001, pp. 172 s. Su tale aspetto v. anche C. CASCIONE, *'Dictatorem dicere': critica di un dogma (moderno) del diritto pubblico romano*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano, 2007, ora anche in ID., *Studi di diritto pubblico romano*, Napoli, 2010, pp. 9 ss.

ditactor (*qui dicitur*[47]), mentre successivamente introduce l'appellativo ufficiale di questo magistrato (indicato con la locuzione *magister populi*), creando così una palese disuguaglianza tra le informazioni riportate. Vi è però una spiegazione plausibile che si àncora alla differente valenza di queste due notizie, infatti la prima è strettamente collegata alle risultanze dell'analisi antiquaria del contesto storico di Cicerone, mentre la seconda viene attinta dall'Arpinate dagli arcaici documenti sacerdotali del collegio degli àuguri, ed è quindi ascrivibile ad un periodo storico decisamente più risalente rispetto a quello in cui operava il grande oratore[48].
Pertanto, per tirare le fila del discorso in merito agli aspetti riconducibili alle testimonianze tratte dai documenti sacerdotali, Cicerone attesta che nei *libri augurum* (*in nostris libris*) la denominazione utilizzata per designare il *dictator* era *magister populi*[49]. L'attendibilità di tale notizia, confermata per altro anche da ulteriori fonti, come risulta dal Mommsen[50], trova sostegno anche nel fatto che Cicerone, nel suo ruolo di àugure, poteva consultare di persona i documenti degli archivi del collegio[51].

3.2. A proposito della competenza della nomina del dittatore: Liv. 4. 31.4 .

Anche nell'opera di Tito Livio è possibile riscontrarne la presenza di alcune testimonianze significative, tratte dai documenti del collegio degli àuguri, in tema di dittatura. Lo storico patavino fornisce alcune notizie assai interessanti in merito alla competenza della nomina del dittatore, nonché

Da ultimo, A. ZINI, *Il 'dictator'*, cit., p. 5, il quale ribadisce che «l'etimologia formulata dagli antichi sembra essere fallace».

47 Al riguardo, v. A. ERNOUT - A. MEILLET, voce '*dico*', cit., p. 173, in cui è possibile riscontrare la discendenza del termine dal verbo *dictare*, dalla forma *dictando*: in questo senso anche la testimonianza di Prisciano (Prisc. *inst*. 8.78; Keil, II, 432,25), il quale riteneva che *dictator* derivasse propriamente da *a dictando*. Su questa tematica, v. A. ZINI, *Il 'dictator'*, cit., p. 5.

48 F. SINI, *A proposito*, cit., p. 124.

49 In merito alla denominazione ufficiale più risalente del *dictator*, rinvio anche alle interessanti considerazioni di G. MELONI, *Dottrina romanistica, categorie giuridico-politiche contemporanee e natura del potere del 'dictator'*, in *Dittatura degli antichi e dittatura dei moderni*, cit., p. 78, il quale rileva che «occorre ricordare che l'arcaica denominazione ufficiale del dittatore è la sola, fra quelle usate per indicare i magistrati repubblicani, a riferire la carica suprema direttamente al *populus* e che da tale denominazione concreta deriva il termine *magistratus*, il quale, in modo più generale ed astratto, indica tanto colui che è investito del potere pubblico, quanto la carica specifica ricoperta da chi tale potere gestisce».

50 Cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, cit., II, 1, p. 143, n. 3.

51 V. *supra*, nt. 33.

al tempo e al luogo della *dictio dictatoris*[52].
Già da una prima lettura dei passi liviani, appare chiaro che le tematiche affrontate sono tutte connesse ad elementi caratterizzanti la dittatura fin dalla sua origine. Tali tematiche si possono ricondurre ad alcune questioni sottese alla *dictio dictatoris*, il cui controllo sulla regolarità della procedura, come è noto, rientrava nella sfera della *religio* ed era di competenza specifica del collegio degli àuguri[53].
Il primo di questi testi riguarda, appunto, la capacità ad effettuare la *dictio dictatoris*:

Liv. 4.31.4: *Maesta civitas fuit vinci insueta; odisse tribunos, poscere dictatorem: in eo verti spes civitatis. Et cum ibi quoque religio obstaret ne non posset nisi ab consule dici dictator, augures consulti eam religionem exemere*[54].

[52] Per quanto attiene alla nomina del dittatore, la sequenza del rituale viene descritta dagli autori antichi in maniera dettagliata: Cic. *leg*. 3.3.9; Liv. 4.13.14, 4.21.10, 4.31.5, 4.57.5-6, 6.38.4, 8.23.14-15, 9.38.14, 9.39.1, 23.22.11; Dion. Hal. 5.72.2. Per la letteratura sul tema, rinvio a: G. TIBILETTI, *Evoluzione di magistrato e popolo nello stato romano*, in *Studia Ghisleriana*, s. II/1, estr. dagli *Studi Letterari-Filosofici-Storici*, Pavia, 1950, pp. 13 s.; A. MAGDELAIN, *Recherches sur l'"imperium'. La loi curiate et les auspices d'investiture*, Paris, 1968, p. 28; L. LABRUNA, *'Adversus plebem dictator'*, in *Index*, 15 (1987), p. 303, nt. 17; C. CASCIONE, *'Dictatorem'*, cit., pp. 9 ss.; F. GIUMETTI, *Prima che il gallo canti. A proposito della 'dictio' del 'dictator' tra diritto, antropologia e storia delle religioni*, in *La dittatura romana*, I, cit., pp. 69 ss.; A. MILAZZO, *Sul carattere*, cit., pp. 233 ss.; E. NICOSIA, *'Ut optima lege' e 'dictio-creatio' del 'dictator'*, in *La dittatura romana*, I, cit., pp. 329 ss. Da ultimo, R. CARDILLI, *Diritto*, cit., pp. 74 s. Ma vedi anche S. FUSCO, *'Oriens'*, cit., pp. 14 ss., in merito alla distinzione tra *creatio* del console e *dictio* del dittatore, ivi ampia letteratura sul tema.
[53] Sulle competenze degli àuguri e i documenti del collegio sacerdotale, oltre alla letteratura indicata nella nt. 14 di questo contributo, rinvio a: J. MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung*[2], III. *Das Sacralwesen*, a cura di G. WISSOWA, Leipzig 1885 [rist. an. New York 1975], pp. 400 s.; A. BOUCHÉ-LECLERCQ, voce *'Augures'*, in *DS*, 1.1 (1877), pp. 550 ss.; V. SPINAZZOLA, voce *'Augur'*, in *Diz. epigr*., I, 1895, pp. 778 ss.; G. WISSOWA, voce *'Augures'*, in *PWRE*, 2, 2 (1896), pp. 2313 ss.; E. NORDEN, *Aus altrömischen Priesterbüchern*, Lund, 1939; P. CATALANO, *Contributi*, cit., pp. 108, 109, 593, 594.
[54] Per fornire un quadro compiuto del contesto liviano, riporto l'intero brano: Liv. 4.31.1-4: *Tribuni militum consulari potestate quattuor creati sunt, T. Quinctius Poenus ex consulatu C. Furius M. Postumius A. Cornelius Cossus. Ex his Cossus praefuit urbi, tres dilectu habito profecti sunt Veios, documentoque fuere quam plurium imperium bello inutile esset. Tendendo ad sua quisque consilia, cum aliud alii videretur, aperuerunt ad occasionem locum hosti; incertam namque aciem, signum aliis dari, receptui aliis cani iubentibus, invasere opportune Veientes. Castra propinqua turbatos ac terga dantes accepere; plus itaque ignominiae quam cladis est acceptum. Maesta civitas fuit vinci insueta; odisse tribunos, poscere dictatorem: in eo verti spes civitatis. Et cum ibi quoque religio obstaret ne non posset nisi ab consule dici dictator, augures consulti eam religionem exemere. A. Cornelius dictatorem Mam. Aemilium dixit et ipse ab eo magister equitum est dictus; adeo, simul fortuna civitatis virtute vera eguit, nihil*

Si tratta di un testo particolarmente interessante, in cui Livio riproduce il contenuto di un decreto degli àuguri[55] in tema di competenza di nomina del *dictator*. Come trapela dalla narrazione liviana, il contesto storico di riferimento riguarda la guerra contro Veio condotta sotto la guida di Tito Quinzio Pena, Gaio Furio e Marco Postumio, tre dei quattro tribuni militari con potestà consolare nominati nel 426 a.C., ai quali si aggiungeva Aulo Cornelio Cosso, rimasto a Roma ad espletare le funzioni connesse all'*imperium domi*. Le note difficoltà belliche indussero i Romani a formulare una forte richiesta di nomina di un *dictator*, dato che, come osserva Livio, in guerra è oltremodo dannoso dividere il comando dell'esercito tra più persone, a dimostrazione del fatto che la funzione originaria della dittatura era proprio quella di rispondere alle esigenze emergenziali di gestione di un conflitto bellico, come del resto attestato da Pomponio nel frammento esaminato nella premessa di questo contributo[56].
Il problema di carattere giuridico-religioso che emerge dal contenuto del passo riguarda la capacità di nomina del *dictator* da parte dei tribuni militari con potestà consolare e, conseguentemente a ciò, se possa essere considerata valida la *dictio dictatoris* non proveniente dal console (la *religio* consisteva proprio nel *non posset nisi ab consule dici dictator*)[57]. Infatti, come ben sappiamo, in un momento storico in cui ai plebei non era concesso di accedere al consolato, ed in cui gli auspici erano esclusivamente gestiti dal patriziato, la *religio* in linea generale non consentiva un'equiparazione degli *auspicia* consolari agli *auspicia* dei *tribuni militum consulari potestate*[58], ovvero a quelli inerenti ad una magistratura sorta per dare risposte costituzionali di apertura nei confronti della plebe e perciò estesa anche alla partecipazione dei plebei[59].
La richiesta di intervento da parte degli àuguri ricalca in pieno le loro funzioni e competenze sacerdotali in tema di *auspicia*[60] e la *dictio*

censoria animadversio effecit, quo minus regimen rerum ex notata indigne domo peteretur.

[55] A tale proposito concordo con la tesi di F. SINI, *A proposito*, cit., p. 125, il quale, sulla scia di F.A. BRAUSE, *'Librorum'*, cit., p. 46, colloca il testo liviano tra i *decreta augurum*.

[56] D. 1.2.2.18 Pomp. *lib. sing. ench.*, analizzato nel §§ 1 di questo contributo.

[57] Cfr. F. SINI, *A proposito*, cit., p. 125.

[58] Sul tribunato militare con potestà consolare v. L. ZUSI, *Patriziato e plebe. Rassegna degli studi 1966-1971*, in *Critica storica*, 12 (1975), pp. 177 ss. Più recente sul tema il contributo di F. LA ROSA, *I 'tribuni militum' tra le istituzioni dell'alta repubblica*, in *Iura*, 45 (1994), pp. 15 ss., ivi bibliografia di riferimento sul tema.

[59] Sul punto v. F. SINI, *A proposito*, cit., p. 125.

[60] Al riguardo, v. *Titi-Livi ab urbe condita libri*, a cura di W. WEISSENBORN - M. MÜLLER, rist. Zürich - Berlin, 1965, 2.2, p. 68; R.M. OGILVIE, *A commentary on Livy Books 1-5*, Oxford, 1965, p. 584; F. SINI, *A proposito*, cit., p. 125. Nell'ambito del controllo di legittimità degli *auspicia* esercitato dagli àuguri, v. P. CATALANO, *Contributi*, cit., pp. 44 ss.

dictatoris è ricondotta giustamente alla sfera della *religio*. Il decreto emanato in tale contesto dai sacerdoti ha, a mio avviso, una valenza del tutto innovativa, poiché gli àuguri procedono a formulare una sostanziale uguaglianza tra gli auspici dei *consules* e quelli dei tribuni militari con potestà consolare[61].
Pertanto, con questo decreto, gli àuguri intervengono statuendo un importante cambiamento che consentiva di ammettere la *dictio dictatoris* dei tribuni militari con potestà consolare, funzione usualmente riservata ai consoli, nell'ambito del diritto divino, affermando così il «pareggiamento delle capacità auspicali tra patrizi e plebei in quanto magistrati»[62]. Nel percorso complessivo delle tappe di parificazione tra i due ordini, si trattava, senza alcun dubbio, di un traguardo assai rilevante nell'ambito delle rivendicazioni della plebe[63].

3.3. A proposito del tempo della 'dictio dictatoris': Liv. 8.23.15.

Il brano liviano, inerente alla procedura di nomina del dittatore da parte del console e al tempo in cui doveva essere svolta, è molto conosciuto ed è stato oggetto di numerosi studi da parte della dottrina romanistica[64]:
Liv. 8.23.15: *Consul oriens de nocte silentio diceret dictatorem*.
La problematica giuridica sottesa a questo passo riguarda la validità dell'auspicazione del console, e Livio, anche in questa circostanza, fa riferimento a notizie provenienti direttamente dagli archivi degli àuguri[65].
Il contesto più ampio in cui si inserisce la fonte augurale riguarda un caso specifico in cui i tribuni della plebe avevano messo in dubbio, contestandone la validità, una determinazione assunta dal collegio degli àuguri, i quali avevano invalidato la *dictio* di un *dictator* plebeo, come è possibile leggere nel testo completo di Livio, nella parte finale del paragrafo 23 del libro VIII:

L. Cornelio, quia ne eum quidem in Samnium iam ingressum revocari ab impetu belli placebat, litterae missae ut dictatorem comitiorum causa diceret. Dixit M. Claudium Marcellum; ab eo magister equitum dictus Sp. Postumius. Nec tamen ab dictatore comitia sunt habita, quia vitione creatus esset in disquisitionem venit. Consulti augures vitiosum videri

[61] Cfr. F. SINI, *A proposito*, cit., p. 125.
[62] F. SINI, *A proposito*, cit., p. 125.
[63] P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, 3ª ed., Roma, 1974, pp. 150 s.
[64] A tale proposito rinvio agli studi più recenti in tema di dittatura già citati *supra*, nt. 1 di questo contributo.
[65] Cfr. F. SINI, *A proposito*, cit., p. 126, il quale ritiene giustamente che tale provenienza da fonte augurale trovi conferma in quanto «l'oggetto della discussione dell'intero brano è la validità dell'auspicazione del console».

dictatorem pronuntiaverunt. Eam rem tribuni suspectam infamemque criminando fecerunt: nam neque facile fuisse id vitium nosci, cum consul oriens de nocte silentio diceret dictatorem, neque ab consule cuiquam publice privatimue de ea re scriptum esse nec quemquam mortalium exstare qui se vidisse aut audisse quid dicat quod auspicium dirimeret, neque augures divinare Romae sedentes potuisse quid in castris consuli vitii obuenisset; cui non apparere, quod plebeius dictator sit, id vitium auguribus visum? Haec aliaque ab tribunis nequiquam iactata; tamen ad interregnum res redit, dilatisque alia atque alia de causa comitiis quartus decimus demum interrex L. Aemilius consules creat C. Poetelium L. Papirium Mugillanum; Cursorem in aliis annalibus invenio[66].

I sacerdoti, infatti, giustificavano la propria decisione adducendo che vi fosse un vizio procedurale (*vitiosum videri pronuntiaverunt*), inerente in maniera specifica al tempo prescritto per la regolarità della nomina del dittatore, ovvero da quel rito composto da una sequenza di atti simbolici collegati intrinsecamente da un solenne cerimoniale, che si sostanziava in una vera e propria «liturgia d'investitura»[67], pienamente inserito in quel contesto magico-religioso-giuridico che caratterizzava l'epoca più risalente della storia di Roma[68].
Dal testo di Livio apprendiamo che l'obiezione dei tribuni della plebe alla decisione degli àuguri di invalidare la nomina del *dictator* (definita *suspectam infamemque*) si fonda su motivazioni che ben si collegano alle prescrizioni augurali della *dictio* e che portano i magistrati plebei a formulare alcuni interrogativi. I tribuni, infatti, rilevavano che l'irregolarità non poteva esser venuta facilmente alla luce, dato che il console nominava il dittatore alzandosi in silenzio nel cuore della notte; inoltre rimarcavano che il console non aveva scritto a nessuno – né in forma privata, né in forma pubblica – a proposito di quella procedura; e che non vi era alcun mortale in grado di aver visto o udito qualcosa in grado di invalidare gli auspici; ed infine che gli àuguri non avevano potuto, stando a Roma, divinare in quale irregolarità fosse incorso il console nell'accampamento. I magistrati plebei poi concludono introducendo quella che a loro avviso poteva essere la vera motivazione della decisione degli àuguri: «A chi non era chiaro che l'irregolarità rilevata dagli àuguri era in definitiva l'origine plebea del

[66] Cfr. S.P. OAKLEY, *A commentary on Livy, Books VI-X*, Oxford, 1998, p. 662, il quale attribuisce a Livio, piuttosto che alla fonte di riferimento da cui ha attinto la notizia, la citazione nel testo delle proteste dei tribuni della plebe.
[67] F. GIUMETTI, *Prima*, cit., pp. 69 ss.
[68] Cfr. F. SINI, *A proposito*, cit., p. 126. Sulla valenza del rituale solenne di nomina del *dictator*, nell'ottica di un'analisi interdisciplinare, rinvio da ultimo a F. GIUMETTI, *Prima*, cit., p. 69 ss.

dittatore?»[69].
Ma al di là del contesto più generale in cui si inserisce l'intera vicenda, e del contesto storico in cui si colloca la notizia, appare chiaro che Livio attinga le sue informazioni da una fonte augurale, fatto di per sé confermato anche all'utilizzazione del sostantivo *silentio*[70], che Festo indica espressamente come vocabolo tecnico in riferimento proprio all'auspicazione[71]:

Fest. Verb. Sign., s.v. Silentio surgere, ed. Lindsay 474*: <Silentio surgere> ---t dici, ubi qui post mediam <noctem>.- - - tandi causa ex lectulo suo si<lens surr>exit et liberatus a lecto, in solido ------ <se>detque, ne quid eo tempore deiciat, <cavens, donec s>e in lectum reposuit: hoc enim est <proprie sil>entium, omnis vitii in auspiciis vacuitas. Veranius ait, non utique ex lecto, sed ex cubili, ne<c> rursus se in lectum reponere necesse esse.*

Infatti, nell'espressione *hoc enim est proprie silentium, omnis vitii in auspiciis vacuitas* si sottolinea chiaramente il valore giuridico-religioso del *silentio* nei riti di auspicazione, così come d'altronde aveva già specificato Cicerone in un passo del *De divinatione*[72].

[69] S.P. OAKLEY, *A commentary*, cit., p. 662, il quale specifica che le notizie sulle rimostranze dei tribuni, a suo avviso inserite nel testo da Livio, non devono in alcun modo sminuire il valore dell'insorgenza di un motivo di palese dissenso da parte dei patrizi avverso le origini plebee del *dictator* nominato *in castris*.
[70] In merito al *silentium*, rinvio soprattutto a F. VALLOCCHIA, *'Silentium' nei documenti sacerdotali. Le interpretazioni di Veranio e di Ateio Capitone*, in *Diritto @ Storia*, 6 (2007), pp. 1 ss. Ma v. anche M. HUMM, *Silence et bruits autour de la prise d'auspices*, in *Les sons du pouvoir dans les mondes anciens*, sotto la direzione di M.T. SCHETTINO - S. PITTIA, Besançon, 2012, pp. 275 ss. Sul valore del silenzio, più specificamente nel rituale del testamento *in procinctu*, rinvio alle osservazioni di C.M.A. RINOLFI, *'Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant … aut in procinctu'. Testamenti, diritto e religione in Roma antica*, Torino, 2020, pp. 184 s., la quale, a proposito dell'*auspicatio* quale premessa ideologica per il *testamentum in procinctu*, giustamente rileva che durante la procedura dell'*auspicium ex tripudiis* compiuta prima della battaglia, dopo l'*auspicatio* seguiva il silenzio, «questa, infatti, era la condizione necessaria per il compimento di riti giuridico-religiosi al fine di individuare facilmente eventuali vizi durante la presa degli auspici che avrebbero potuto inficiare l'intera procedura».
[71] A proposito del silenzio nelle auspicazioni, v. Cic. *div*. 2.71: *silentium dicimus in auspiciis, quod omni vitio caret;* oltre ad un altro passo di Livio: Liv. 10.40.2: *Tertia vigilia noctis, iam relatis litteris a collega, Papirius silentio surgit et pullarium in auspicium mittit*.
[72] Cic. *div*. 2.71.

3.4. A proposito del luogo della 'dictio': Liv. 27.5.15.

Da ultimo, il contento del frammento liviano inerente al luogo della *dictio*:

Liv. 27.5.15: *Illa disceptatio tenebat, quod consul in Sicilia se M. Valerium Messallam, qui tum classi praeesset dictatorem dicturum esse aiebat, patres extra Romanum agrum – eum autem Italia terminari – negabant dictatorem dici posse*.

La parte di questo passo che suscita interesse riguarda il luogo in cui doveva essere compiuta la *dictio dictatoris*, ovvero entro quali confini territoriali potesse essere nominato il dittatore[73].
Pur non riportando una formula ufficiale, Livio, anche in questo contesto, fa riferimento ad una regola tratta dalla disciplina augurale, rispettata costantemente nel tempo[74]. Infatti, gli àuguri svolgevano un controllo di carattere generale sulla validità degli *auspicia* nei confronti della *dictio dictatoris*, proprio perché eseguita *auspicato*.
Inoltre, il richiamo all'*ager Romanus*, entro i confini del quale doveva avvenire la *dictio*, ricopriva un ruolo ben preciso nella scienza augurale, elemento che rafforza ancor di più l'idea della discendenza della regola riferita da Livio dai precetti augurali[75].
Infatti, da un passo di Varrone è possibile apprendere la distinzione proposta dagli àuguri a proposito degli *agrorum genera*:

Varr. *l. lat.* 5.33: *Ut nostri augures publici disserunt, agrorum sunt genera quinque: Romanus, Gabinus, peregrinus, hosticus, incertus. Romanus dictus unde Roma ab Rom<ul>o; Gabinus ab oppido Gabis; peregrinus ager pacatus, qui extra Romanum et Gabinum, quod uno modo in his servantur auspicia; dictus peregrinus a pergendo, id est a progrediendo: eo enim ex agro Romano primum progrediebantur. Quocirca Gabinus quoque peregrinus, sed quod auspicia habet singularia, ab reliquo discretus; hosticus dictus ab hostibus; incertus is, qui de his quattuor qui sit ignoratur*[76].

[73] Sul punto v. F. SINI, *A proposito*, cit., pp. 126 s.
[74] Al riguardo, si veda Liv. 27.21.5. Cfr. F. SINI, *A proposito*, cit., p. 126.
[75] Cfr. F. SINI, *A proposito*, cit., p. 126.
[76] L'attribuzione del frammento agli archivi augurali è sostenuta da F.A. BRAUSE, *'Librorum'*, cit., I, p. 42, fr. 27; P. REGELL, *'Fragmenta auguralia'*, cit., p. 19. Per un articolato esame del testo di Varrone, in cui si sottolinea l'arcaicità delle nozioni trattate, rinvio a P. CATALANO, *Aspetti*, cit., pp. 492 ss.

Tale classificazione in cinque *agrorum genera*[77] era stata istituita dagli àuguri per classificare l'intero spazio terrestre[78], al fine di realizzare meticolosamente e in maniera del tutto precisa i riti di carattere religioso. L'*ager Romanus* è il primo citato nella classificazione augurale riportata da Livio ed era lo spazio specifico in cui si dovevano svolgere non solo la *dictio dictatoris*, ma anche le *inaugurationes* (ad es. non poteva esservi *templum inauguratum* al di fuori dell'*ager Romanus*); la presa degli *auspicia* alla partenza, la loro *repetitio*[79].

4. Annotazioni conclusive.

Da questa sintetica rassegna dedicata allo studio di alcuni documenti sacerdotali provenienti dagli archivi degli àuguri, appare evidente che le testimonianze degli autori antichi sul tema della dittatura siano sempre concentrate a far emergere elementi di carattere religioso strettamente collegati alle origini di questa magistratura.
Dai passi analizzati, appare chiaro che questa magistratura abbia avuto in generale, fin dalle origini, una spiccata connotazione religiosa, anche se non può essere accolta la concezione di chi, come il Magdelain[80], ritiene esistente «una derivazione del potere dittatoriale direttamente da *Iuppiter*, evidenziando un "parallèle" tra la *dictio dictatoris* e l'*inauguratio* del *rex sacrorum* e dei flamini maggiori»[81], poiché basata solo su ragionamenti che esulano dal dato più propriamente giuridico, intravvedendo nel potere del

[77] Rinvio tra tutti a P. CATALANO, *Contributi*, cit., pp. 269 ss., 388; ID., *Linee*, cit., pp. 273 ss.; ID., *Aspetti*, cit., pp. 492 ss., per gli studi in merito alla concezione di *ager Romanus* e i relativi collegamenti con il diritto divino. Ma vedi anche F. SINI, *Diritto e 'pax deorum' in Roma antica*, in *Diritto@Storia*, 5 (2006), §§ 5.B, 1 ss. Da ultima sul tema, però con specifica attenzione all'*ager Gabinus*, C.M.A. RINOLFI, *'Testamentorum'*, cit., p. 170 s.
[78] La «potenzialità» di tale divisione dello spazio terrestre proposta dalla scienza augurale, viene tracciata in maniera esemplare da F. SINI, *Diritto*, cit., §§ 5.B, pp. 1 ss., il quale osserva che «pur salvaguardando la centralità dell'*ager romanus* (anche verso gli Dèi), la classificazione dei *genera agrorum* mostra una fortissima propensione religiosa e giuridica ad instaurare rapporti – tanto reali quanto potenziali – con la molteplicità degli spazi terrestri; con gli *homines* che hanno relazioni a vario titolo con questi spazi; con gli innumerevoli Dèi che quegli spazi (e quanti li abitano) presiedono e tutelano».
[79] Come correttamente rilevato da F. SINI, *A proposito*, cit., p. 127. Ma rinvio, comunque, a P. CATALANO, *Contributi*, cit., pp. 269 ss., 388; ID., *Linee*, cit., pp. 273 ss.; ID., *Aspetti*, cit., pp. 492 ss. Da ultimo F. SINI, *Diritto*, cit., §§ 5.B, pp. 1 ss.
[80] A. MAGDELAIN, *'Auspicia ad patres redeunt'*, in *Hommages à Jean Bayet*, Bruxelles, 1964, pp. 427 s.; ID., *Note sur la loi curiate et les auspices des magistrats*, in *RHD*, 42 (1964), p. 198; ID., *Recherches sur l'"imperium'*, cit.; ID., *'Praetor maximus et comitiatus maximus'*, in *Iura*, 20 (1969), p. 257 s., su cui vedi le considerazioni critiche, pienamente condivisibili, svolte da F. SINI, *A proposito*, cit., pp. 111 ss., relativamente al fondamento religioso del potere del *dictator* teorizzato dallo studioso francese.
[81] F. SINI, *A proposito*, cit., pp. 127 s.

dictator solo una derivazione di tipo religioso[82].
Così come emerge dai testi esaminati in questo contributo, che riportano le notizie di un tempo ancestrale della dittatura, la nomina del *dictator* rappresentava un evento assai importante per i ritmi di vita della città antica, incidendo inevitabilmente anche nei confronti degli aspetti più propriamente religiosi della *civitas*, con un coinvolgimento attivo dei collegi sacerdotali, ed in maniera più specifica di quello degli àuguri.

Abstract (ENG): In order to enrich the juridical-religious framework inherent to the original characteristics of the dictatorship in ancient Rome, the analysis of the fragments taken from the priestly documents arrived through the testimonies of ancient authors is of fundamental importance, with particular attention to those coming from the *libri augurum*. From the testimonies of Cicero and Livy, who transcribe passages taken from the *libri augurum* which report the information of an ancestral time of the dictatorship, it appears clear that the nomination of the *dictator* represented a very important event for the rhythms of life of the ancient city, inevitably affecting also towards the more strictly religious aspects of the *civitas*, with an active involvement of the priestly colleges, and in a more specific way of that of the augurs.

Keywords (ENG): Dictatorship, Augurs, *Libri augurum, Dictator*, Dictio *dictatoris*, *Magister populi*.

[82] F. SINI, *A proposito*, cit., p. 128.

***JUS*- ONLINE 2/2024**
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

ELLA HERMON*

Des *res* et la natura aux *res naturales***

English title: *From res and nature to the res of the nature*
DOI: 10.26350/18277942_000170

Sommaire: 1. L'introduction: Tendances récentes de la recherche sur les res «choses» et la natura. - 1.1. Une nouvelle conception de la res. - 1.2. Un regain d'intérêt des recherches environnementales pour «les choses » de la nature. - 2. L'évolution conjointe des composantes du binôme de res naturales. - 2. 1. La res: un processus de différentiation d'une polysémie initiale. - 2.1.2. Aristote et l'anatomie de la res. - 2. 2. La natura entre le fas, le ius naturale et le ius civil. - 2.2.1. Du fas au ius naturale; - 2.2.2. Les res naturales entre le ius naturale et le ius civile. - 2.2.2.1. De la possession naturelle au dominium. - 3. Les formes d'intégration des res naturales dans le dominium. - 3.1. La possession naturelle comme forme spécifique d'appropriation des res naturales. - 3.1.1: *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse*. - 3.2. Un processus de fusion des diverses formes d'acquisition du dominium. - 3.3. *Praescriptio longae possessionis*: la mer et le littoral. - 4. Conclusion: le fonctionnement du binôme des res naturales. - 4.1. Des res objet/sujet/concept aux res – espace/milieu. - 4.2. Les Riparia et les res naturales.

1. Introduction: Tendances récentes de la recherche sur les *res* «choses» et la *natura*

La notion de *res* (la chose) s'applique à un nombre infini de référents qu'elle peut, soit qualifier[1], soit signifier pour l'ensemble des relations

* Université Laval - Canada (ella.hermon.1@ulaval.ca).
** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.
[1] C. MOATTI, *Res publica. Histoire romaine de la chose publique,* Paris, 2008, à la suite d'autres chercheurs de diverses disciplines. L'historienne considère la *res* – « la chose » comme un ensemble fluide et indéterminé qui n'est, ni objet, ni bien, ni concept dans la mesure où « la chose » n'est pas envisagée en termes de perception du savoir, du pouvoir ou de propriété dans un processus d'interaction de plusieurs acteurs. Cette dernière vision de représentation sociale propre au concept politique pourrait, à son sens, expliquer la nature de l'interrelation qui s'établit dans le cadre du binôme de *res publica* qui intéresse l'auteure, où la *res* est le contenant amorphe et la *publica* le contenu, lui-même polysémique. En revanche, cette nature pourrait être différente, si l'on considère les *res naturales* comme un binôme, dont l'interrelation s'établit en considérant la spécificité de chacune de ses deux composantes.

sociales[2], soit pour classifier les différentes catégories de droit[3], voire même pour s'assimiler avec le procès juridique[4]. Ses multiples acceptions conduisent à des conclusions radicalement différentes : d'une part, infirmer au terme *res* une identité sémantique propre, ou bien envisager, de l'autre, la «réité» au centre des relations sociales et des actions.
Qui plus est, l'idée d'une *res* fluide qui ne peut pas faire office en soi, ni d'objet, ni de sujet, voire de concept, prévaut parmi des chercheurs d'horizons divers[5], mais qui ne prennent pas en compte l'origine et l'évolution de son emploi depuis l'histoire archaïque de Rome, afin d'établir son ontologie et ses potentialités de générer des concepts.
En fait, le formalisme antique romain confère déjà une identité spécifique à la *res* qui évolue parallèlement avec le jusnaturalisme romain[6]. C'est dans

[2] Il s'agit de l'approche des sciences sociales de la *res,* qui fut définie comme «réicentrisme» par P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*[3], Bari-Rome, 2017. Le médiéviste marque ainsi la rupture avec l'héritage de la culture juridique romaine présentée comme monolithique et pyramidale ayant à son sommet l'étatisme et le *dominium* à sa base. Le concept de «réicentrisme» dérive d'une approche naturaliste et communautariste pour désigner la fondation de l'expérience juridique protomédiévale, entre le V[e] et le XI[e] siècles, au prix d'un vide juridique. Paolo Grossi attribue ainsi à la *res* un rapport particulier avec la nature par la matérialité des phénomènes, ainsi que par une approche holistique qui mélange sujets et objets dans une réalité cosmique. Cette démarche est originale, car elle donne l'autonomie du droit par rapport au pouvoir politique. En revanche, la rupture avec le monde colonial romain est moins radicale, car son histoire est basée sur le pluralisme juridique, expression des réalités coutumières, ainsi que sur des formes précaires de propriété, G. CHOUQUER, *Les régimes de domanialité foncière dans le monde de l'Antiquité à nos jours*: *une proposition d'architecture juridique*, 2022, ffhalshs-03836767f, p. 36 sqq. (consulté le 6.6. 2023).
[3] Il suffit de penser à la division tripartite des *Institutions* juridiques de Gaius: *personae, res, actiones*.
[4] Y. THOMAS, *Causa, sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, (thèse), Paris, 1976, cit., S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété,* Paris, 2012, p. 17 ss. Selon cet auteur, la cause s'identifie à la *res* dans le sens d'affaire, controverse, litiges judiciaires, v. Y. THOMAS, *La valeur des choses. Le droit romain hors de la religion*, in *Annales H*SS, 57 (2002), p. 1431 ss. L'auteur distingue cependant la portée des deux notions: la *res* renvoie à l'aspect matériel et concret des faits et la cause se réfère à l'aspect proprement juridique.
[5] Je renvoie ici aux références bibliographiques établies par S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété,* cit., p. 1, n.1, des juristes, des *linguistes*, voire également les définitions des dictionnaires, également C. MOATTI, *Res publica,* cit.*,* pp. 29-35, qui adhère à cette approche.
[6] M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*. *Le cose e la natura,* Roma-Bari, 1998, passe en revue les formes rituelles de gestion de la matérialité des *res* qui soulignent la valeur collective et générale de la notion. L'auteur envisage les «métamorphoses» des *res* en rapport avec les ressources naturelles, la terre, les fleuves, les précipitations, sans inclure dans cette série la mer qui peut subir des «métamorphoses» similaires aux fleuves. L'influence de la philosophie grecque érige la nature comme l'ordre rationnel du monde qui inspire le naturalisme éthico-juridique des *Prudentes*, mais les

cette perspective qu'il nous intéresse ici sa capacité de justifier la construction du binôme de *res naturales* comme référent de la gestion des ressources naturelles. Cela d'autant plus que les *res naturales* n'ont pas figuré jusqu'à récemment dans cette multitude d'emploi du terme, puisqu'elles expriment l'état naturel des choses appliqué à d'autres notions fonctionnelles développées par les diverses disciplines pour rendre le rapport des choses avec la nature.
En revanche, des recherches récentes établissent un rapport interrelationnel entre les deux termes, en les envisageant conjointement comme « les choses de la nature », donc des *res naturales*. Cette fusion entre les choses et la nature, désigne d'emblée les ressources naturelles comme l'objet d'une catégorie à part et incite à discerner les conséquences des modifications de leur l'état naturel initial et à mesurer les constances et les changements par rapport aux principes de gestion leur conférant successivement la valeur d'objet, de sujet, voire de concept.
Cette question se justifie, aussi bien par le renouveau d'intérêt pour l'épistémologie de la réité, au centre des relations sociales, l'objet d'étude des sciences sociales[7], que pour son ontologie identifiée par la philosophie du droit[8], approches qui gagnent aujourd'hui de l'intérêt par le développement du droit environnemental.

1.1. Une nouvelle conception de la *res*

En l'occurrence et en se basant sur la philosophie du droit, une thèse récente envisage la valeur utilitaire et instrumentale de la *res* pour la substituer à la conception substantielle et matérielle de la *res* en droit romain. S. Vanuxem s'applique ainsi à configurer l'organisation spatiale de la *res* en fonction de sa destination qui est une représentation de la chose

«métamorphoses» des *res* sont confrontées avec le principe du *dominium* et le droit civil qui puisent leurs racines dans le *fas* de la Rome archaïque.

[7] *Supra*, n. 2

[8] S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété,* cit., p. 2 ss. situe au cœur de cette approche deux conférences suggestives de M. HEIDEGGER qui envisagent « la chose » comme un concept : la première représente «la chose» comme une cruche vide et le liquide qui la remplit désigne son contenu. Cependant le vide de la cruche n'est pas un simple contenant, car il représente « la choséité » par les diverses façons d'unir et de rassembler le liquide de nature différente, dont la combinaison est dévoilée lors de son déversement, «*La chose*», *Essais et conférence*s, trad. de l'allemand par J. BEAUFRET, Paris, 1954, p. 194 ss. Une deuxième conférence intitulée «*Bâtir, habiter, penser*», *Essais et Conférences,* cit., p. 180 s., représente l'espace habité de toute chose qui génère les conditions de production d'un pont, *infra*, n. 9. Cette approche est suivie par d'autres philosophes du droit et par S. VANUXEM elle-même, *Les choses saisies par la propriété,* cit., pp. 1-2, nn. 3-6.

en fonction de son utilité et de l'assemblage de ses diverses affectations au même usage[9].
De ce fait, l'auteure identifie des étapes qui transforment en premier lieu l'utilité de la chose en « chose-rassemblement » avec ses diverses affectations, en lui conférant une finalité plus large et le caractère normatif d'un lieu. Pour ce faire, elle regroupe les diverses affectations de la *res* en fonction de leur utilité*,* en les envisageant ainsi comme un milieu qui aboutit à leur organisation spatiale[10]. Par ailleurs, selon S. Vanuxem, la notion de destination de la *res* oriente deux formes de propriété : de substance naturelle par accession, d'une part, et de substance accessoire par destination, de l'autre. Sa recherche, basé sur le droit moderne européen issu du Code Napoléon puise ses fondements dans le jusnaturalisme romain influencé notamment par les principes d'Aristote. La juriste ouvre en fait de nouveaux horizons pour évaluer les évolutions des *res* elles-mêmes dans l'esprit de la continuité de l'héritage de la tradition matérielle du droit romain, mais qui se veut également utilitaire dans ses principes de gestion. Son mérite est d'aboutir à l'organisation spatiale des affectations de la *res* en fonction de l'utilité de celle-ci qui conduit à rechercher son signifiant et non son vide sémantique issu des concepts socio-politiques comme la *res publica*. Cette conception des choses est également suggestive pour la recherche des éléments analogiques de la *res* dans le monde romain où les assemblages et les différentiations se font en confrontation avec les différentes branches du *ius civile* - *ius naturale* et *ius gentium* -. Elle incite ainsi à identifier les éléments de l'espace qui composent la *res*, à savoir son environnement immédiat et à plus longue distance. La question est d'autant plus pertinente pour les concepts de *res communes*, *publica* et *privata* hérités par la civilisation occidentale et dont la *res* est envisagée en tant que qualificatif de la deuxième composante des binômes en question. Ces notions ont fait l'objet des travaux récentes visant à cerner l'évolution à Rome de la notion de *res publica* face aux prototypes élaborés par la civilisation occidentale d'un régime politique, de la propriété publique et d'un idéal moral[11]. Par

[9] S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété,* cit., p. 16 ss. La juriste illustre ses propos sur la construction de l'espace ayant comme point de départ l'exemple du pont présenté par M. HEIDEGGER «*Bâtir, habiter, penser*», cité par S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété,* cit.*,* p. 3, n. 13 : «Le pont ressort par son passage les rives qui amènent au fleuve toute l'étendue de l'arrière-pays. Par sa présence, le fleuve s'entoure des terres. Puis, le pont accueille les humeurs changeantes du ciel lorsqu'il se déverse sous ses arches». Sur le monde des objets et leur rapport avec la nature, voir également les réflexions philosophiques de R. BODEI, *La vita delle cose*, Roma, 2009.
[10] Sur les diverses étapes de la transformation de la chose utile en chose-milieu, S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, cit., p. 163 ss.
[11] C. MOATTI, *Res publica,* cit., p. 312 ss., fait état de l'imprécision initiale des sources républicaines qui ne distinguent pas les *res publicae* des *res communes.*

ailleurs, la mythologie de l'âge d'or du régime communautaire et de l'origine de propriété privée a été au cœur des préoccupations des grands penseurs de l'humanité, philosophes, juristes et historiens[12]. Cet angle d'analyse est sans doute important pour redimensionner la portée acquise par ces notions dans l'histoire universelle en référence au passé romain, car le retour aux sources invite également à identifier l'évolution de ces concepts dans le contexte romain. Cependant, le processus qualificatif de la *res* orienté par le deuxième terme du binôme – *communis, publicus, privatus* – occulte l'ontologie de la *res* elle-même qui se fonde ainsi dans la signification globale des concepts en question.

1.2. Un regain d'intérêt des recherches environnementales pour les choses de la nature et le droit romain

D'ailleurs, la question des *res naturales* est de grande actualité pour la gestion environnementale, qui l'envisage en termes des ressources naturelles présentes dans la nature et qui peuvent être exploitées par l'homme. La principale préoccupation de cette gestion environnementale est leur gestion durable par la gouvernance, la législation équitable, la connaissance de leur état, de leur disponibilité et renouvellement. Cette approche a gagné l'intérêt des juristes qui évoquent les *res communes* du droit romain comme forme de propriété adéquate pour les *res naturales,* tout en suggérant d'adopter les pratiques de l'usufruit pour assurer la conservation de l'environnement[13]. Bien que les divers aspects de la question aient été abordés par les romanistes, ils s'intéressent spécialement aux utilisations du concept romain de *res communis omnium* dans des situations modernes qui ne correspondent, ni à ses conditions de production, ni à sa signification en droit romain[14].

---

[12] P. GARSNEY, *Thinking about Proprety. From Antiquity to the Age of Revolution*, Cambridge, 2007. La légitimation de la propriété privée préoccupe les grands penseurs, hommes politiques, théologiens et juristes à travers les âges et P. Garsney explore les anciens textes sur ses origines.

[13] Entre autres, F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, 1995; ID., *Au-delà de l'objet et du sujet, un projet pour milieu,* in F. Ost et S. Gutwirth (éd.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement*? Bruxelles, 1996; ID., *Le juste milieu. Pour une approche dialectique du rapport homme-nature*, in P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (éd.), *Images et usages de la nature en droit,* Bruxelles, 1993.

[14] Sur les origines de l'institution de *res communes omnium*, L. SOLIDORO MARUOTTI, «*I cives e le acque*», in *Civis, civitas, libertas. Index per Franco Salerno* (2011), p. 58 ss.; G. PURPURA, «*Liberum mare, acque territoriali e riserve di pesca nel mondo antico* », *Annali del seminario giuridico*, 49 (2004), p. 165 ss. Sur l'impact de cette institution, D. DURSI, «*Res communis omnium*». *Dalla necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli, 2017; R. BASILE, *«Res communes omnium»*: *Disciplina giuridica e profili (a-)sistemici, rec. a D. Dursi,* «*Res communis omnium*». *Dalla necessità economiche alla*

Le droit romain de propriété apparaît ainsi une clé de lecture pour établir le lien entre les conceptions antiques et les exigences modernes pour la conservation de l'environnement. Cette constatation nous invite à retourner aux sources romaines pour identifier en premier lieu l'origine des *res communes*, ainsi que leurs formes d'appropriation, malgré leur destination initiale d'être communes à tous. On s'interrogera ainsi sur l'existence des formes de propriété appropriées comme un trait spécifique de cette catégorie collective des *res*. En fin de compte, les tendances récentes de la recherche sur la *res* ramènent aux origines qui plongent leurs racines dans l'effort classificatoire du droit romain en binômes. Dans cet esprit, la recherche de l'articulation des deux notions du binôme – *res naturales* – à l'instar d'autres exemples techniques utilisés par le droit (ex. : *res corporales*, *incorporales*, *commercium,* etc.) ou épistémologiques (*res communes, res publicae*) – pour en faire une catégorie collective spécifique se trouve justifiée. Quel est le rapport que ce syntagme entretient avec ces autres binômes avec lesquels il partage des aspects communs, sans être identiques et qui justifie la structuration d'une catégorie de *res naturales* par un processus de différentiation ? Quelles sont les circonstances qui conduisent à circonscrire ses conditions de production et à identifier ses particularités à partir du milieu transitoire entre la terre et l'eau qui sont les rives des fleuves ou les rivages de la mer? Nous tenterons dans les pages qui suivent d'apporter quelques éléments de réponse à ce faisceau de questions, en examinant en premier lieu l'évolution conjointe des deux composantes du binôme de *res naturales* pour identifier l'origine du processus qui leur confère une identité spécifique commune (§2). Il nous intéresse ainsi dans quelle mesure cette identité spécifique se concrétise dans le cas des rives des fleuves publics comme paradigme pour le littoral (§3) pour pouvoir envisager comment ces deux formes de *Riparia* se confortent réciproquement pour envisager les ressources en eau comme une catégorie collective des *res naturales* (§4).

*disciplina giuridic*a, in *Index,* 40 (2020), p. 305 ss. Pour la confrontation avec des institutions modernes, M. FALCON « *Res communes omnium* ». *Vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana*, in L. GAROFALO L. (a cura di), *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 2016, p. 107 ss.; M. FIORENTINI, *Spunti volanti in margine al problema dei beni comuni,* in *BIDR,* 7 (2017), p. 75 ss.; ID., «*Res communis omnium*» e «*commons*». *Contro un equivoco*, *BIDR*, 9 (2019), p. 153 ss.; C. CARRASCO GARCÍA, «*Public trust/«commons»*: «*Palingenesias» di una categoria giuridica romana ?*, in *Index,* 40 (2020), p. 283 ss. Sur l'aspect environnemental, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica*, Torino, 2009.

2. L'évolution conjointe des deux composantes du binôme *res naturales*

Il s'agit ainsi de cerner la spécificité des *res naturales* comme catégorie qui existe dans la nature sans être dite ou définie et qui se construit à partir du fonctionnement des deux composantes du binôme, reconnaître ses constantes, ses évolutions ou « métamorphoses » lorsque la *res* agit successivement en tant qu'objet, sujet et concept et que la *natura* la conditionne comme son espace. En paraphrasant les images suggestives proposés par le philosophe M. Heidegger[15], il s'agit de saisir la « choséité » de la cruche qui rassemble et unit le liquide qui la contient par les modes de son déversement, ainsi que la nature qui emboîte le pont, tout en marquant son espace.

2.1. La *res*: un processus de différentiation d'une polysémie initiale

La polysémie des mots réside dans leur capacité d'inclure dans une acception générale des notions de nature diverse. Elles peuvent également se subdiviser en catégories spécifiques se définissant par les différences entre elles. Selon P. Catalano[16], le système partitif est de tradition pontificale. Il aurait pu s'appliquer à la *res* dans toutes ses acceptions, car les *Prudentes* d'époque tardive discutent encore de la nature de sa partition[17]. Dans les faits, me semble-t-il, la jurisprudence classique aurait connu deux modes de division de la *res* qui ne s'excluent pas; ainsi, selon la tradition ancienne, la *res* se configure comme objet/sujet voire comme concept d'une part, et de l'autre, comme une *res* décomposée dans ses parties constituantes selon la *forma* ou *species* sous l'influence hellénistique. En réalité, ces deux formes de division se rejoignent pour conférer à la *res* une ontologie propre composée des deux composantes: la substantialité et les représentations sociales qui agissent selon les circonstances.

---

[15] *Supra*, nn. 8-9.

[16] P. CATALANO, *La divisione del potere in Roma* (*à proposito di Polibio e di Catone*), in *Studi in onoredi G. Grosso,* VI, Torino, 1974, p. 667 ss.

[17] M. BRETON, *Le cose e la natura,* cit.*,* pp. 182-187, relate la polémique entre les *Prudentes* républicains, Q. Mucius Scaevola et Servius Suplicius Rufus sur le rapport entre la *pars* et le *totum*, exposé par Paul D.50. 16. 25.1 (Paulus, 21 *ad ed.*). Parmi les alternatives possibles: la *pars* est la portion matérielle et divise de la chose qui est indivise dans sa totalité, comme l'assemblage des diverses parties, ou bien, la *pars* indivise (le *totum*) apparaît comme une représentation sociale des parties constituantes. Le savant italien suggère que les deux termes sont des représentations abstraites de la *res*, aussi bien des parties que de leur recomposition dans un tout.

En premier lieu, le formalisme et le symbolisme qui légalisent les diverses activités sociales de la Rome archaïque avec la matérialité de la *res* confère à celle-ci le statut d'objet et de sujet à la fois, mais qui renferme l'essence même du concept de *dominium* du *ius civile*. Nous nous limitons ici à deux exemples significatifs. Ainsi, l'acte de vente primitif (*mancipium*) est une expression du pouvoir qui se transfère avec la propriété de l'objet par le rituel de *conserere manum*[18], tandis que la déclaration des guerres par la pratique du rituel des fétiaux dans des territoires ennemis, réels ou fictifs, est une prise en possession virtuelle du territoire ennemi[19]. Si la pratique primitive de *conserere manum* est devenue une expression de droit pour la prise de possession d'un objet ou d'une personne, le rituel des fétiaux est devenu une pratique sélective comme expression des visées impérialistes romaines pour justifier la conquête par des guerres justes, car conformes à ce rituel. Dans les deux cas, l'ontologie de la *res* réside dans les représentations sociales de sa matérialité.
Comment cette ontologie de la *res* se concilie-t-elle avec la pénétration du jusnaturalisme sous l'influence de la doctrine d'Aristote qui procède à l'anatomie de la *res* par un processus de différentiation de ses composantes?

2.1.2. Aristote et l'anatomie de la *res*

En effet, selon Aristote, « la chose » se définit par ses différences et la dernière d'entre elles lui confère l'individualité et son affectation à une classe de choses[20]. Ce principe se justifie aussi bien par la polysémie de la notion de la *res* elle-même, capable d'endosser différents signifiants, que par les composants de sa propre structure : la *materia,* la *forma* et la *substance*. En l'occurrence, les cercles intellectuels à Rome durant la République, d'allégeance stoïcienne ou épicurienne, reconnaissent, à l'instar d'Aristote, la *res* comme une entité matérielle structurée. Dans cette ossature, la *substantia* est une combinaison variable des deux composantes

[18]Les sources littéraires et juridiques décrivent l'institution, son champ d'action et son évolution, M. BRETONE, *Le cose e la natura,* cit., p. 46 ss.

[19] L'exercice du droit fétial pour la déclaration des guerres justes est un argument privilégié des thèses sur l'impérialisme défensif qui a dominé la recherche jusqu'à la deuxième moitié du XX[e] siècle, sans mettre en évidence son utilisation sélective et justificatrice durant les grandes guerres de conquêtes républicaines qui ont bâti l'Empire jusqu'à Auguste, lorsqu'il devient un instrument de propagande, S. ALBERT, *Bellum Iustum,* Frankfort, 1980; E. HERMON, *L'impérialisme romain et la formation de la province de Gaule transalpine*, *Archéologie en Languedoc,* FAH, 24 (2000), p. 99 s ; M. BRETONE, *Le cose e la natura,* cit., p. 50 ss.

[20] A. JOLIN, *Aristote. La Métaphysique,* Paris, 1999, p. 41, et sur la spécificité des choses les unes par rapports aux autres, S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété,* cit., p. 152, n. 532, p. 273 ss.

précédentes– la *materia* et la *forma* – auxquelles s'ajoutent des attributs qualificatifs. Les deux courants intellectuels de la fin de la République ne remettent pas en question cette structure, mais identifient différemment l'élément qui génère la différentiation. Ainsi, pour la doctrine stoïcienne, la *materia* est le principe qui détermine la *forma,* mais dans la pensée épicurienne, la *forma* ou *species,* métamorphose la *materia*. Avec les deux écoles juridiques, Sabinienne et Proculienne du début du Principat, la primauté de la *forma* qui conserve la *materia* tout en la métamorphosant, ne semble plus faire d'opposition[21]. Cependant, cette influence hellénistique ne s'implante pas en terrain vierge, car le système partitif était bien ancré dans l'organisation du monde romain des *res* pour concevoir le découpage en parties, leur inclusion ou leur hiérarchie[22].
En se référant à l'importance de la *res* en droit, Y. Thomas considère qu'elle s'identifie avec la qualification du procès (*causa*): «le droit appelle *res* les choses auxquelles il avait affaire»[23]. Or, la nature holistique de la *res* ne se limite pas au droit, mais agit en tant qu'objet dans d'autres constellations sociétales et nous nous référons ici aux aspects patrimoniaux, d'échanges et de relations internationales[24], qui peuvent également agir sur la *causa*.
En fait, toutes ces approches reposent sur une conception substantialiste de «la chose», qui concèdent, selon Y. Thomas, l'utilisation indifférente des deux vocables similaires, qui ne sont pourtant pas identiques. Ce romaniste évoque ainsi la cas de la *causa* qui s'identifie à la *res,* au point de s'y substituer dans les procès, car «la chose» est celle dont a à faire. Cependant la substitution de la *res* par la *causa* ne remplace pas le potentiel ontologique de la *res*, notamment lorsque l'objet du litige est relatif aux

[21] M. BRETONE, *Le cose e la natura,* cit., p. 73 ss. On ajoutera également le souci de définir les choses, R. MARTINI*, Le definizioni dei giuristi romani,* Milano, 1966, par le même procédé de décomposer les éléments qui interagissent, mais qui seraient également d'inspiration aristotélicienne, M. BRETONE, *Le cose e la natura,* cit.*,* p.174 et nn. 9-10. Sur les principes défendus par les deux Écoles, et la nature de leur controverse, P. STEIN, *The two schools of jurists in the early Roman Principate, CLJ*, 31-1 (1972), p. 8 ss. Également M. SCHERMAIER, *Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht,* Wien, 1992 sur le concept de la *materia* et le jusnaturalisme.
[22] *Supra*, nn. 16-17.
[23] Y. THOMAS, *La valeur des choses,* cit., met en évidence l'assimilation des deux termes; *res* et *causa* pour les affaires juridiques. Ce fait a été interprété comme une justification d'un manque d'ontologie propre de la *res*, C. MOATTI, *Res publica*, cit., p. 29 ss. ; G. CHOUQUER, *Code de droit agraire romain. Référents antiques pour le pluralisme et les anciens régimes fonciers*, Paris, 2022, art. 13, p. 66.
[24] M. BRETONE, *Le cose e la natura,* cit., p. 11 s. Le formalisme primitif du *mos maiorum* comme droit ancestral fait état de la double nature de la *res,* substantielle et utilitaire à la fois, car il modèle les relations sociales en validant des échanges, exhaussant des visées impérialistes par la déclaration des guerres qui aboutissent, entre autres, à l'acquisition des territoires selon des différentes formes patrimoniales, etc.

ressources naturelles désignées désormais comme des *res naturales*, dont l'un des traits caractéristiques est le caractère mouvant des éléments de la structure de la *res* et sa précarité en raison des conditions climatiques. L'hypothèse d'une classe de *res naturales* incite à envisager le fonctionnement de la *res* dans le cadre du binôme de *res naturales*, dont chaque terme influence réciproquement l'autre. Après avoir tracé les marques ontologiques de la *res,* à partir de la matérialité de l'objet qui revêt également un signifiant social inscrit dans le *ius civile,* il convient d'envisager les caractéristiques du deuxième terme du binôme, la *natura*, son droit et sa loi dans son évolution historique et son rôle dans le fonctionnement du bînome, qui puisse identifier les traits distinctifs d'une classe spécifique des *res naturales*.

2.2. La natura entre le *fas*, le *ius naturale* et le *ius civile*

2.2.1. Du fas au ius naturale

En l'occurrence, le *fas* est le droit établi par les dieux pour régir l'ordre dans l'univers par un ensemble de concepts religieux et moraux[25]. Le *fas* est également à l'origine de la science augurale qui étudie les phénomènes de la nature, les vents, la pluie, les tremblements de terre et les éclipses[26] et il a inspiré la science gromatique de la gestion des territoires[27]. Le *fas* est d'ailleurs défini comme *ius naturale* : *Fas obstat iura naturae (*SERV. *Ad Aen*. VI. 438) et a déjà conçu les notions de base qui gèrent les rapports de l'homme avec la *natura* : la *natura loci* spécialement désignée à mesurer les différences climatiques locales[28], et le *vitium loci* l'altération des *loca*

[25] Sur ces questions, F. SINI, *Sua cuique civitati religio*. *Religione e diritto pubblico, in Roma antica,* Torino, 2001, p. 268 ss.; L. KOFANOV, *Lex natura nel Digesto e nel pensiero di Cicerone,* in E. HERMON, éd., *Société et climats dans l'Empire romain*. *Pour une perspective historique et systémique de la gestion des ressources en eau dans l'Empire romain*, Naples, 2009, p. 129 *ss*.

[26] Cicéron, *De divin*. I, 105: *Cui quidem auguri vehementer adsentior, solus enim multorum annorum memoria non decantandi augurii, sed divinandi tenuit disciplinam*; P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, Torino, 1960, p. 23 ss.; J. LINDERSKI, *The augural law,* in *ANRW*, II.16.3 (1966), p. 2230 ss.; J. VAAHTERA, *Roman augural lore in Greek historiography*. *A study of the theory and terminology*, Stuttgart, 2001.

[27] O. BEHRENDS, *Bodenhoheit und Bodeneigentium im grenzwesen Roms*, in *Die römishen Feldmesskunst*, Göttingen, 1992, p. 213 ss.; G. CHOUQUER, F. FAVORY, *Les arpenteurs romains. Théorie et pratique,* Paris, 1992; D. J. GARGOLA, *Lands, Law and Gods. Magistrats and Ceremony in the Regulation of Public Lands in Republican Rome*, Chapel Hill & London, 1995, p. 35 ss.

[28] Cicéron, *De divin*. I, 79 *… sunt partes agrorum aliae pestilentes, aliae salubres …*, ce qui influence également le caractère des gens, II, 96-97 : *dissimilitudo locorum nonne dissimilis hominum procreationes habet*. Ses paramètres de gestion s'établissent en

pour des raisons climatiques et humaines[29], pour être au cœur des deux ancestrales actions populaires[30].
De plus, la loi naturelle, héritière du *fas*[31], établit les *res communes* comme un droit de la nature, elle-même un milieu à l'origine des changements climatiques. L'héritage de ces connaissances et de ces concepts éthico-moraux ont été transmis au *ius naturale* archaïque qui substitue la loi naturelle à la volonté des dieux pour définir son droit pour la gestion des *res*.
En l'occurrence, la conception même du *ius naturale* comme héritage du droit sacré, incite également à individualiser une catégorie spécifique des *res naturales* en termes des choses de la nature elle-même et non pas en fonction des divers binômes reliés à la nature. Son ossature est construite déjà par les deux principes de *natura loci* et *vitium loci* conditionnés par la *salubritas* de la terre comme un être vivant tributaire des conditions climatiques mouvantes**.**

2.2.2. Les *res naturales* entre le *ius naturales* et le *ius civile*

En effet, la *salubritas*[32], par le biais des servitudes prédiales, est conditionée par les bonnes conditions climatiques de la terre à l'origine de la gestion du territoire. Les servitudes prédiales relèvent du *ius naturale* :

---

fonction de l'aléa climatique, Cicéron, *De natura deorum,* II, 152, voir également QUINTILIEN, *Institutions oratoires*, 1. 51-63.

[29] *Vitium loci* est pris en considération pour l'usufruit: Paul, D.39.2.10 (Paul, 48 ad ed.); il est inclus dans *l'actio de damno infecto* qui prévoyait de transférer un bien à celui qui est capable d'assumer ce risque: *… denique nemo dixit palustris loci vel harenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est*: *et ideo nec ea stipulatio interponitur neque interposita committetur*. Ulpien, D.39.2.24.2 (ULP. 81 *ad. ed.*). La question de la prise en compte du *vitium loci* est plus complexe pour l'*actio aquae pluviae arcendae* et les *Prudentes* proposent des solutions innovantes selon les circonstances pouvant conduire, soit à l'exercice, soit à l'abandon de l'action, tout en rendant négociable l'obligation de *patientiam praestare*, E. HERMON, *De l'approche adaptative à la démarche résiliente de gestion du risque de précipitations*: *note sur Cicéron, Topica,* 4.24 ; 9.38-39 ; D.39.3.2.5-6 ; D.39.3.11, JUS 5/21 (2022), p. 26.

[30] Ces actions sont régies par le *ius naturale* et l'adoption des solutions est modulée par la nature et la gravité des causes naturelles souvent extrêmes. Sur l'*a.a.p.a*. voir F. SITZIA, 'Aqua pluvia' e 'natura agri': dalle XII tavole al pensiero di Labeone, Cagliari, 1999 ; Les deux actions auraient d'ailleurs retenu le même témoignage de Trébatius, vraisemblablement sur l'inondation de Rome en 54 av. n.è., M. BRETONE, *Le cose e la natura,* cit., nn. 39, 95; Ulpien D.39.2.9.1 (ULP. 53 *ad ed.,*) pour l'*actio de damno infecto*, Paul: D.39.3.11.6 (Paul, 49 *ad ed.*) pour l'«*a.a.p.a* ».

[31] Serv. *Georg*. 1.269 ; '*fas est iura sinunt*'; *id est divina humanaque iura peermitunt; nam ad religionem fas, ad homines iura pertinent.*

[32] Le climat salubre est une particularité du terrain, D.50.16.86 (Celse, *Dig*.5) : *Quid aliud sunt "iura praediorum" quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo?*

ainsi la servitude de l'eau était déterminée par les conditions naturelles de l'eau[33].

Avec l'essor du jusnaturalisme à partir de la fin de la République s'ajoute également le concept privilégié notamment par Cicéron de la *naturalis ratio*. À cette époque, Cicéron est le promoteur d'une réflexion éthico-philosophique qui trace les assises théoriques de l'intégration du *ius naturale* dans le *ius civile*. Il consacre ainsi au *ius naturale* ses réflexions en définissant la loi naturelle comme génératrice des paramètres de gestion[34] par la *naturalis ratio* comme le fondement philosophique des normes communes du comportement humain, tout en adoptant ses principes du processus de l'intégration du *ius naturale* dans le *ius civile*[35].

C'est le fonctionnement collectif de ces concepts - la *natura loci* comme facteur de différentiation, car il se réfère aux conditions climatiques locales, sa conservation assurée par la *salubritas* de la terre pour éviter le *vitium loci* -. Ces principes conduisent à concevoir les conditions de production d'une classe de choses des *res naturales* qui garde la prééminence du *ius naturale* sur le *ius civile*[36].

En l'occurrence la préséance de la loi de la nature sur les autres branches du droit, concède au *ius naturale* les moyens de s'épanouir dans l'esprit du changement qui contribue à structurer le binôme des *res naturales* par la fusion de l'évolution de chacune de ses deux composantes. En d'autres mots et dans l'esprit du débat épistémologique ouvert par Aristote quant à l'ontologie de la *res* et le dialogue qui s'en suivit dans les milieux intellectuels à Rome, c'est la loi de la nature qui privilégie le facteur

---

[33] Voir à ce propos, L. KOFANOV, *Lex naturae,* cit., p. 137s.

[34] *Cicéron*, *De leg*., I.18 -19 : *…lex est ratio summa, insita in natura… Ea est enim naturae vis, ea mens ratioque prudentis, ea iuris atque inuriae regula.*

[35] Parmi une vaste bibliographie sur le sujet, nous renvoyons à A. BURDESE, *Il concetto di ius naturale nel pensiero della giurisprudenza classica,* in RISG, 7 (1954), pp. 407-421 ; M. BRETONE, Tecniche e ideologie dei giuristi romani, Napoli, 1982, p. 32 ss. ; P. A. VANDER WAERDT, *Philoposophical influence of Roman Jurisprudence? The case of stoicism on natural Law*, in *ANRW,* II.36.7 (1994), p. 4851 ss. ; Ph. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel à l'œuvre dans la jurisprudence romaine des II^e^ et III^e^ siècles*, in *SDHI,* 47 (1981) pp. 195-262; D. MANTOVANI - A. SCHIAVONE, *Testi e problemi di giusnaturalismo*, Pavia, 2007; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma Repubblicana. Il secolo della rivolutione scientifica nel pensiero giuridico antico,* Roma, 1992; A. SCHIAVONE*, Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. fr. G. et J. BOUFFARTIGUE, Paris, 2008, p. 24.

[36] La nature des *res* est spécifiquement mise en rapport avec le *ius civile*: La *natura agri*: D.8.3.23; D.50.16.86; *Cicéron,* De off., 1.102, *rationi … sunt subiecti lege naturae*; *Cicéron*, *De leg*., I.18 -19 cit., *supra*, n. 34. Pour l'intégration de la *natura rerum* dans la structure logique du *ius civile*, E. HERMON, *Mucius Scaevola et le 'ius naturale'*. La construction de la résilience dans la gestion du risque d'inondations, in *JUS,* 7.1 (2021), p. 1 ss.

climatique comme facteur du changement, en modifiant la *forma* et en métamorphosant la *materia* des *res naturale*.
L'intégration dans le *dominium* promue par le *ius civile,* doit ainsi tenir compte des conséquences des modifications de leur l'état naturel initial et mesurer les constances et les changements par rapport aux principes de gestion en fonction du rôle actif destiné aux *res naturales*. Dans les circonstances les *res naturales* ont hérité du *ius naturale* la communauté d'usage des *res communes*, tandis que la propriété est le résultat d'un processus d'appropriation du territoire et de ses ressources naturelles.

2.2.2.1. De la possession naturelle au *dominium*

Une définition tardive et synthétique du *ius naturale* d'Isidore *Orig*. V. 4[37] affirme la transformation des *res communes* en propriété du droit civil en vertu de leur état de possession naturelle. En effet, Isidore de Séville, cet ecclésiastique et encyclopédiste du VII[e] siècle, exprime la prééminence du *ius naturale* sur le *ius civile* par le fait de dériver du droit de la nature et non pas des institutions (*quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur*). Commun à toutes les nations (*est commune omnium nationum),* le *ius naturale* assure à tous la possession de l'écosystème (*communis a omnium possessio)* qui conduit à la propriété de ce qui appartient au milieu naturel de l'univers *adquisitio eorum quae caelo, terra marique),* dans un esprit d'équité et de justice (*numquam iniustum est, sed naturale aequumque habetur*).
Cette définition d'Isidore de Séville, reprend des propos des juristes classiques sur le *ius naturale* - Ulpien, (D.1.1.1.3) et Justinien (*Inst*.1.2.pr.), mais laisse deviner que la possession naturelle est la seule forme d'appropriation des *res communes* que le droit civil a hérité sans faire recours aux formes intermédiaires conduisant à la propriété. De plus, il se fait également l'écho des propos de Gaius, D. 41. 1. 7, *infra* n. 49, qui identifie les *res naturales*. S'agit-il des propres réflexions d'un érudit soucieux de transmettre à sa génération sa vision de l'héritage culturel romain, comme on l'envisage souvent[38]?

[37] Isid. *Orig*.V.4*: Quid sit ius naturale. Ius autem naturale est, aut civile, aut gentium. Ius naturale est commune omnium nationum, et quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur*; *ut viri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio, et omnium una libertas, adquisitio eorum quae caelo, terra marique capiuntur*. W.M. LINDSAY, *Etymologiarum sive Originum Isidori Hispalensis,* Oxford, 1911 (en ligne); S.A, BARNEY et al.*, The Etymologies of Isidore de Seville,* Cambridge, 2006, (*en ligne),* L. KOFANOV, *Lex naturae,* cit.*,* p. 134 *ss*.
[38] M. LEMOSSE*, Technique juridique et culture romaine selon Isidore de Séville, RHDFE,* 79.2 *(*2001*),* p. 139 ss. et bibliographie.

Cette question reste à vérifier par la confrontation des deux auteurs presque contemporains, entre la République et le Principat, qui s'intéressent également à l'origine de la propriété privée: Cicéron, homme politique et avocat à succès au dernier siècle républicain et Nerva le Jeune, un juriste peu connu du début du Principat.

3. Les formes d'intégration des *res naturales* dans le *dominium*

C'est dans l'esprit de la recherche de l'ultime différence qui donne la spécificité aux *res naturales*, selon le principe d'Aristote[39], qu'un regard neuf sur les mêmes sources abondamment commentées nous incite à rechercher les indices sur les modalités d'appropriation des *res communes* et leur intégration dans *le dominium,* afin de dégager la spécificité des *res naturales* par rapport aux autres *res communes* ou des *res publica*.
En tentant de dresser une trame historique à partir des témoignages espacés dans le temps, nous envisageons de discerner les continuités et les changements qui se reflètent dans la pluralité des droits que comporte la domanialité par l'intégration des « existants territoriaux dans lesquels le droit n'est pas le même »[40], mais dont « le *dominium* remplit la fonction logique de rassembleur de la diversité des espaces et de leurs droits » [41].

3.1. La possession naturelle et le *dominium* des *res naturales*

Deux textes rapprochés dans le temps, l'un d'inspiration stoïcienne du républicain Cicéron et l'autre du juriste Nerva le Jeune, d'allégeance proculienne au début du Principat, se complètent pour décrire les mêmes modalités d'appropriation des *res communes* qui conduisent à la possession naturelle des *res naturales*: Cicéron, *De off*., 1, 20-21: *deinde ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis. Sunt autem privata nulla natura, sed aut vetere occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt, aut lege, pactione, condicione, sorte….*
Ce texte fait l'apologie de la propriété privée issue des *res communes* (*deinde ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis*). La «longue occupation» apparaît comme le premier jalon d'une chaîne historique conférant le *dominium* aux terres devenues vacantes, mais sans

[39] Aristote, *La métaphysique,* trad. J. Tricot, Paris, 2003, 1038a8, 25. t.1. p. 289-ss.
[40] G. CHOUQUER*, Code agraire,* Paris, 2022*, art.* 10, p. 66.
[41] G. CHOUQUER*, Etude juridique et historique du dominium et de la propriété foncière dans le monde romain* (I[er] s. av. - I[er] s. ap. J.-C.*),* Paris, 2014, http://www.formesdufoncier.org, p. 4 s. (consulté le 19-07-2021).

évoquer la raison de cet état (*sunt autem privata nulla natura, sed aut vetere occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt*). Les visées impérialistes, qui justifient le *dominium* issu de la victoire ou le droit de guerre et pouvant rendre les terres vacantes, sont évoquées plutôt comme une alternative *(aut victoria, ut qui bello potiti sunt*). Il s'en suit une liste des options élaborées au cours de l'histoire pour accéder au *dominium* : la loi, le contrat, la convention, le partage (*aut lege, pactione, condicione, sorte*).

Il s'agit, à mon sens, de l'utilisation des terminologies communes du droit civil, mais qui ne revêtent pas la même acception, car «la longue occupation» dispense de la pratique de l'*usucapio* du droit civil, nécessaire pour accéder à la propriété, après une période de deux ans d'occupation. Sa signification est à rechercher dans la structure de l'énoncé de Cicéron lui-même pour pouvoir confronter ces données avec les propos de Nerva le Jeune.

En effet, la «longue occupation» et les guerres de conquêtes sont deux options parallèles qui débutent la série développée au fil du temps sur les modes d'appropriation et d'acquisition de la propriété. Lui sont-elles équivalentes ? P. Garsney[42] procède à une comparaison avec la vision du philosophe et juriste S. Pufendorf, *De iure naturae et Gentium,* Lund, 1672, sur les sociétés négatives qui peuvent autoriser la *vetus occupatio* comme des *res nullius*. Toutefois, cette fiction juridique, qui n'est pas mentionnée par Cicéron, s'applique aux choses disponibles, contrairement aux *res communes* et elle n'est pas, non plus, équivalente à l'*ager vacuus*, terme employé pour la conquête par Rome des terres gentilices du Latium, transformées en *ager publicus* et non pas en propriété privée. En réalité la formule complète qui décrit les conquêtes romaines dans le Latium réunit les deux options de Cicéron: *ager vacuus, nuper ex hostibus captus*, Tite Live 4.51.6, pour décrire en même temps les conditions des terres et leur justification. Les deux premières options de Cicéron d'acquérir la propriété privée, confortent deux éléments distincts de ces réalités antiques: d'une part, l'indépendance de toute contrainte économique et sociale grévant l'*ager vacuus*, et le préalable des confiscations et des exterminations systématiques de leurs occupants inhérentes pour justifier leur *occupatio*, de l'autre[43]. Le véritable sens de la « longue occupation»

[42] P. GARSNEY, *Thinking about propriety*, cit., p. 115 s.

[43] La conquête de Veii à la fin du IV[e] siècle av. n.è. transforme *l'ager Veientanus* en véritable laboratoire agraire qui se distingue par sa condition *d'ager vacuus* qui réunit les deux options distinctes de Cicéron. Il s'agit en fait d'un *ager publicus* ouvert à

de Cicéron, qui n'est pas le résultat des guerres de conquête et qui conduit sans intermédiaire à la propriété, est à chercher ailleurs.
En effet, c'est le fragment rapporté par le juriste sévérien, Paul, et attribué à Nerva le Jeune, fils de Nerva qui a fondé l'école proculienne, qui aurait donné le sens à « la longue occupation » de Cicéron, comme forme d'appropriation des possessions naturelles: D.41.2.2.1, Paul 54 *ad. edict: Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello capta et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nanctus est.*
En l'occurrence, le juriste Nerva le Jeune définit le processus de l'acquisition du *dominium* en commençant par 1) la possession naturelle (*ex naturali possessione coepisse*), des choses provenant du milieu naturel (*quae terra mari caeloque capiuntur)*, avec la priorité au premier occupant (*qui primi possessionem eorum adprehenderint*); 2) auquel il associe de nouveaux objets échoués sur le littoral par le mouvements des vagues de la mer et (*insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt*). L'invocation du butin de guerre (*item bello capta*) pour des nouvelles *res* (*insula*) ou pour les objets accessoires au littoral conduit à les convertir à la même condition de possession naturelle qui suit le même principe *qui primus eorum possessionem nanctus est*. Cette association assure-t-elle automatiquement le *dominium* pour cette deuxième catégorie ?
Les Commentateurs récents de ces deux passages[44] ont signalé le manque de légitimation de l'occupation des *res communes* en imputant l'utilisation indifférente des termes commun/publique/privé au manque de doctrine juridique à cette époque sur l'intégration du monde naturel accessible à tous au droit civil fondé sur son appropriation pour justifier la propriété privée. Cette dichotomie commun -privé est pourtant réductrice, car le sens des associations auxquelles procèdent, aussi bien chez Cicéron que chez Nerva le Jeune, n'est pas fortuit. Il exprime l'adaptation par étapes aux possibilités offertes par la possession naturelle et conférées par le *ius naturale* de convertir la *res* en propriété privée par le biais des formes d'occupation précaires. Il est ainsi significatif à mon sens que Nerva ne

plusieurs formes d'occupation, E. HERMON, *Habiter et partager les terres avant les Gracques,* Paris-Rome, 2001, p. 132 ss.
[44] C. MOATTI, *Res publica,* cit., p. 317 s.; P. GARSNEY, *Thinking about propriety,* cit., p. 114 ss.

fasse pas appel à la fiction juridique de *res nullius* qui permet d'acquérir automatiquement le *dominium* pour les choses qui n'appartient à personne et aptes à l'appropriation, alors que les *res communes* n'y sont pas accessibles. Pourtant et selon les dires de Gaius, cette fiction juridique semble déjà conçue à cette époque par l'école proculienne, dont Nerva le Jeune faisait partie comme son père le fondateur: *Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat,* D.4.17. (Gai ad cott. 2).

L'intérêt particulier de Nerva pour la mer engendrant des *res* nouvelles, qui suivent les mêmes principes de la possession naturelle du droit du premier occupant, cacherait à mon sens l'essence de la pensée de Nerva le Jeune. La deuxième catégorie d'acquisition de la propriété – le butin de guerre – n'utilise pas, non plus, la fiction de *res nullius* pour justifier la propriété des objets accessoires au littoral, lui-même une possession naturelle. Toutefois il ne discute, ni le statut du littoral, ni celui de la mer qui est inexistant à l'époque prélégislative, mais signale, à l'instar du butin de guerre, des îles formées suite aux intempéries (*in mari enata)*, ainsi que les objets échoués sur le littoral, phénomènes naturels quel que soit leur statut et dont la nature moins précaire conduit au *dominium* comme le butin de guerre. Cette éventualité laisse croire que la fiction de *res nullius* ne s'appliquait pas encore aux *res communes*, non accessibles.

Qui plus en est, ce texte nous semble corroborer la vision d'une chose-milieu, à la fois habitat et environnement, évoquée par S. Vanuxem, *supra*. Il met également en cause les changements climatiques et les inondations fréquentes, entre la fin de la République et le début de l'Empire, qui ont un impact sur la mer comme sur les fleuves et provoquent par la force des vagues la formation des îles et le dépôt des objets sur le littoral. Ce passage apparaît ainsi un témoignage authentique des débats de cette époque sur le statut du littoral[45], alors que le maquillage avec des formules courantes du droit civil ne cache pas l'origine antérieure de l'état décrit.

En effet, Paul, en rapportant les propos de Nerva le Jeune ne brise pas cette complémentarité entre ce juriste et l'homme politique, Cicéron, tout en précisant le sens de la « la longue occupation » comme possession naturelle. La formulation à première vue rhétorique (*quae terra mari*

45 E. HERMON, *Dominium et occupatio entre prévention et gestion du risque d'inondation*, *JUS,* 1 (2023), p. 40 ss., sur la notion romaine de propriété, voir également J. P. CORIAT, *La notion romaine de propriété*: *une vue d'ensemble, le sol et l'immeuble, Les formes dissociées de propriété immoliaire dans les villes de France et d'Italie* (XII[e]-XIX[e]), Rome, 1995, p. 17 ss.

caeloque capiuntur) met en cause les éléments primaires de la nature comme source des *res naturales*. Elle suggère l'écosystème comme leur l'espace, tout comme l'usage métaphorique du pont dans l'esprit du philosophe Heidegger qui envisage ainsi la *res* comme milieu[46].
Il s'agirait en tout cas d'une première tentative de définir la possession naturelle comme caractéristique des *res naturales* par le biais des différentes formes d'acquisition de leur *dominium*, dont les détails méritent un regard plus attentif:

3.1.1. *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse*

La possession naturelle apparaît ainsi comme la première étape de l'acquisition du *dominium*, ayant à l'origine les *res naturales*.

Qui primi possessionem eorum adprehenderint:

En donnant la priorité au premier occupant des *res naturales*, Nerva le Jeune fait état de la double nature de la légitimité de l'appropriation-possession, pour des raisons naturelles, d'une part, et de l'autre, par la force des armes (*bello capto*). Bien que le dénominateur commun soit le droit du premier occupant, il s'agit cependant des deux principes parallèles de l'acquisition de la propriété par rapport à la nature de la *res* elle-même, instantanément pour les *res naturales* par accession et accessoirement pour les nouvelles *res*. Le principe *de bello capto* justifie l'acquisition de ces nouvelles *res*: les îles qui naissent de la mer, les perles et les pierres précieuses trouvées sur le littoral: *et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt*.
Il s'agit dans ce cas des changements de la substance de la *natura loci*, que la doctrine moderne, nous l'avons vu, définit comme propriété par destination, à savoir la modification de la substance des choses avec des accessoires, contrairement à la propriété par accession, issue de l'union organique avec des prolongements territoriaux comme dans le cas des alluvionnements et la consolidation des rives des fleuves. Le droit romain a résolu le problème dans le cas de l'alluvionnement des fleuves, en identifiant deux cas de figure : *inundatio* et *alvei mutatio*. Cette analogie de situation nous incite à supposer que le littoral en question s'identifie à l'espace déferlé par les vagues de la mer, tout comme les rives des fleuves qui décrivent une bande de territoire vulnérable aux inondations, les

[46] *Supra*, nn. 8-9, voir également M. HEIDDEGGER, *Qu'est-qu'une chose*, trad. J. REBOUL - J. TAMINIAUX, Paris, 1988.

Riparia. Le juriste intègre ainsi la possession naturelle de cette bande de territoire du littoral, celle où les objets accessoires ont échoué, dans le cadre du concept du *dominium,* en faisant abstraction du statut de la mer qui est *res communes omnium* ou du littoral de statut variable en fonction des avis des *Prudentes*.

Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his:

Nerva le jeune a bien prédit la destinée de l'état de possession naturelle comme susceptible de laisser des traces dans la jurisprudence, car son texte est effectivement repris à travers les âges. Ainsi le goût d'antiquaire de Florentinus au temps des Sévères[47] aurait conduit ce juriste à reproduire l'avis de Nerva le Jeune, tel qu'il fut transmis par Paul[48] et qui fut intégré par les *Institutions* de Justinien dans les mêmes termes:
Florentinus D.1.8.3: *item lapilli, gemmae ceteraque, quae in litore inuenimus, iure naturali nostra statim fiunt.*
Just. Inst. II, 1.18; *Item lapilli gemmae et cetera quae in litore inveniuntur, iure naturali statim inventoris fiunt*.
Justinien précise d'ailleurs le sens de l'association faite par Nerva des deux formes primitives de l'acquisition du *dominium*. Il s'agit, en effet, d'une occupation précaire par possession naturelle, tout comme celle de «*quae ex hostibus captus* » JUST. Inst., 1.2.17 à l'instar des animaux: JUST. Inst., 1.2.16., qui peut conduire à un retour à l'état d'antan (*pristinum statum)*, mais sans établir l'équivalence entre la possession naturelle et le *res nullius*.
En définitive, Nerva le Jeune envisage la possession naturelle, tout comme le butin de guerre (*in bello capto*), comme deux formes primitives et parallèles d'appropriation des *res* qui conduisent à l'occupation du premier occupant. Il justifie la constatation de P. Garsney que, ni Cicéron, ni Nerva le Jeune, ne se soucient de légitimer l'occupation. La raison, me semble-t-il, découle du fait que la possession naturelle relève du *ius naturale* et ne répond pas aux normes de l'*occupatio* du *dominium* sur lequel elle a la préséance.

[47] L. MAGANZANI, *Florentinus. Institutionum libri XII*, Roma, 2022, p. 9 ss., pour la datation de l'œuvre de ce juriste d'allégeance jusnaturaliste au temps des Sévères.
[48] En fait, le fragment D.1.8.3 (Lenel 5), attribué au livre VI *De adquirendo rerum dominio* des *Institutions* de Florentinus reprend textuellement des éléments du passage de Nerva le Jeune dans la version de PAUL. Ce fait, me semble-t-il, renforce l'hypothèse de L. MAGANZANI, *Florentinus*, cit., p. 15, n. 51 que Florentinus aurait écrit après la publication de l'œuvre de Paul, mais ajoute également un autre élément à prendre en compte pour son jusnaturalisme à part les cas mentionnés à ce propos. Également les passages D.41.1.2 (Lenel 6) et D.41.1.6 (Lenel 7), L. MAGANZANI, *Florentinus,* cit., p. 80 reprennent d'autres éléments des textes de Nerva et de Nératius rapportés par Paul.

Toutefois, cette question aurait pu être envisagée déjà par les *Prudentes* depuis la République à propos des bêtes sauvages comme exemple par excellence des *res naturales*. En effet, ce débat rapporté par Gaius[49] sur l'acquisition de la propriété des bêtes sauvages met en cause, entre autres, le juriste Trébatius, contemporain de Cicéron, et qui engage également Florentinus au temps des Sévères, révèle que l'origine naturelle de la propriété pour les *res naturales* est un thème majeur du jusnaturalisme à travers les âges. En effet, le choix du thème des bêtes sauvages permet de mettre en valeur, non seulement la précarité de leur propriété, mais également la priorité du premier possesseur.
Par ailleurs, les exemples de Nerva le Jeune pourront illustrer le cas d'acquisition de la propriété par destination des *res* accessoires, échouées sur le littoral. Ce cas a été repris, aussi bien par Florentinus que par Justinien et corrobore, à mon sens, le cas étudié dans ce passage, celui de l'édifice construit sur le littoral public et qui a donné lieu à un long débat des juristes[50]. En somme, l'ensemble de ces données justifie l'intérêt des *Prudentes* de tout âge pour la bande littorale déferlée par les vagues – les *Riparia* –, comme avatar des *res naturales* communes à tous et en contact avec la mer qui garde ce statut.
Néanmoins, il faudra attendre Nératius au temps de Trajan pour établir des équivalences entre les diverses formes d'acquisition du *dominium* par l'intégration du littoral par le biais du *res nullius*, fiction juridique basée sur la *naturalis ratio, supra,* n. 49.

3.2. L'intégration des diverses formes d'acquisition du *dominium*

À ma connaissance, la doctrine juridique ne place pas Nerva le Jeune à l'origine d'une chaîne historique sur la question de la possession naturelle qui puisse évaluer, à travers d'autres témoignages y compris Nératius, les

[49] Selon Gaius, les animaux sauvages représentent la vision de l'espace par excellence des *res naturales,* car ils peuvent être pris sur terre, sur mer ou dans les aires: D.41.1 (GAI. res cott. 2). *De adquirendo rerum dominio. 1. Omnia igitur animalia, quae terra mari caelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres pisces, capientium fiunt*, et il fait appel à la *naturalis ratio* pour les assimiler au *dominium* par la fiction de *res nullius* : ce qui n'appartient à personne est acquis par la *naturalis ratio* au premier occupant : *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur* (D.41.1.3 pr.); Sur les droits du premier occupant, Trébatius. D.41.1.5.1; Florentinus, D.41.1.4 (Inst.6), entre autres, discutent de différentes situations impliquant les bêtes sauvages.
[50] Papinianus, D.41.3. 45, cit. *infra,* n. 56.

constances et les évolutions de cette condition dans l'examen des situations concrètes du littoral et par conséquent des *Riparia*, en général[51].
En effet Nératius[52], également adepte de l'école proculienne, confirme à l'époque de Trajan que la condition de la possession naturelle du littoral selon le *ius naturale* reste en vigueur au II[e] siècle et il raisonne en termes des modes d'appropriation du droit civil, en abordant la question de la propriété des accessoires sur le littoral à partir de l'édification des constructions. Que dit-il?
Ce juriste établit qu'un édifice érigé sur le rivage appartient au constructeur, puisque le littoral reste public, bien qu'il soit exclu du patrimoine public : *nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt.* Dans les faits, Nératius avait affirmé l'usage public du littoral, tout en lui refusant le statut patrimonial. Pour ce faire, il procède à un raisonnement par étapes : il établit en premier lieu la condition publique du littoral[53] et justifie son appropriation en fonction de la fiction juridique de *res nullius (in nullius adhuc dominium pervenerunt*) pour lui infirmer ensuite le statut patrimonial. Cette affirmation semble trouver l'explication dans la suite de ce fragment par l'analogie avec la condition de possession naturelle des poissons et des bêtes féroces qui sont envisagés comme des *res naturales* à l'instar du littoral (*nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum)* qui assure l'*occupatio* du premier occupant.
Ce passage nous semble une clé de lecture pour les textes de Cicéron et de Nerva le Jeune commentés auparavant, ainsi que pour la question des constructions érigées sur le littoral, qui a préoccupé leurs successeurs. Nératius établit en fait l'équivalence de la possession naturelle des *res naturales* avec les normes du *dominium*, suggérée auparavant par Nerva le Jeune, mais sans y intégrer le littoral, cette bande de territoire déferlée par les vagues qui est publique. Il situe ainsi la condition de possession

---

[51] M. FIORENTINI, *Fructus e delectatio nell'uso del mare e nell'occupazione delle coste nnell'età imperiale romana,* in E. HERMON, *Riparia dans l'Empire romain, Pour la définition du concept*, Oxford, 2010, p. 273 ss.
[52] D.41.1.14 *membranarum* pr. *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt.*
[53] Il ne s'agit pas des *res in publico usu* du droit public dont l'occupation est toujours illicite, M. FIORENTINI, *Fructus e delectatio nell'uso del mare e nell'occupazione delle coste*, cit., p. 274. Differement F. SINI, *Persone e cose*: *res communes omnium*. *Prospettive sistematiche tra diritto romano e traditione romanistica*, *Diritto@Storia*, 7 (2008), p. 3.

naturelle dans le champ sémantique des *res nullius* et non pas dans celui des *res in publico usu*[54]. Tout comme pour Nerva la question de la propriété est posée pour les constructions comme accessoires au littoral. Ce sont ces *res* qui sont envisagées comme *res nullius* et non pas les rivages eux-mêmes, devenus publics tout en restant en condition de possession naturelle. Cet état est justifié par la même condition de possession naturelle comme forme d'appropriation des oiseaux, poissons, bêtes sauvages et il corrobore également la vision récente des *res* comme milieu-habitat comme caractéristique des *res naturales*.

Cette suggestion se précise dans la suite du fragment, D.41.1.14. 1 avec l'application de cet avis de Nératius dans le cas de la destruction de l'édifice en question qui incite la réflexion sur la nature de la partie du littoral dont il a été élevé : *cuius condicionis is locus sit* [55]. La référence à la condition de possession naturelle est ainsi plus explicite pour justifier son jugement à propos du statut initial de l'*occupatio*, pourvu que cette place continue à faire partie du rivage : *quod propius est, ut existimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem*. Ainsi la nature précaire de l'*occupatio* d'un espace mouvant entre la terre et l'eau, justifie sa possession naturelle, toujours précaire en fonction des imprévus de la nature, mais qui confère le droit du premier occupant.

Dans les faits, il n'y a pas de contradiction entre les deux jugements exposés par Nératius dans ce passage, car le propriétaire de l'édifice détruit sur le littoral public perd ses droits de premier occupant d'un espace devenu un *res nullius*, en raison de l'équivalence entre la possession naturelle et les *res nullius*, fiction juridique qu'il appliqua également au butin de guerre. Celsius son contemporain ne fait que confirmer cette conversion qui justifie l'*occupatio* : D. 41.1.51 (CELSE, 2 Dig.): *Et quae res hostiles apud nos sunt, non publicae, sed occupantium fiunt*. Dans les deux cas, il s'agit de l'application d'une fiction juridique mise au point au début du Principat par l'école proculienne, mais dont la fusion avec le processus des conquêtes romaines, désigné auparavant par Cicéron comme *ager vacuus,* s'accomplit au deuxième siècle. La reprise de la question par Nératius à l'époque de Trajan, dévoile le processus d'uniformisation des diverses formes d'acquisition du *dominium* d'origine différente sous le sigle de *res nullius*. Cet éminent juriste et homme politique énumère séparément la justification de la propriété par le droit de guerre exprimé par la

[54] C'est le cas des rives des fleuves: D.41.1.14.15, Nératius*, 5 Regularum: Qui autem in ripa fluminis aedificat, non suum facit*.

[55] D.41.1.14. 1: *Illud videndum est, sublato aedificio, quod in litore positum erat, cuius condicionis is locus sit, hoc est utrum maneat eius cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causam reccidit perindeque publicus sit, ac si numquam in eo aedificatum fuisset. Quod propius est, ut existimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem*.

terminologie de la victoire, de celle acquise par le droit naturel, mais qui fusionnent dans la fiction juridique de *res nullius*.
Ces contingences expliquent à mon sens l'ordre établi par ces sources pour faire état d'une évolution dans la perception de l'acquisition de la propriété par droit naturel ou par le droit de guerre. Somme tout, Nératius établit l'équivalence entre les *res communes* avec accessibles à l'occupation et les *res nullius* qui le sont, afin de justifier l'*occupatio* de la possession naturelle, mais sans l'amalgamer avec le statut public. Cette occupation peut-elle conduire au *dominium*, selon le *consensus* de tous les textes examinés ici de Cicéron à Isidore de Séville? La problématique semble se préciser à l'époque des Sévères qui a fait l'objet des dispositions légales pour rendre public le littoral, dont les constructions avancent dans la mer pour promouvoir les activités lucratives impériales[56].

3.3. *Praescriptio longae possessionis:* la mer et le littoral

La prescription de Papinianus[57] justifie l'institution de la possession à long terme avec l'exemple du littoral qui ne peut pas avoir comme effet de faire acquérir les lieux, car ils sont publics par le droit des gens (*loca iuris gentium publica concedi non solet*). C'est ainsi que le célèbre juriste et préfet du prétoire de Septime Sévère justifie la perte du privilège du premier occupant (*occupantis datam exceptionem opponat*), si son édifice fut détruit ou abandonné *si quis, aedificio funditus diruto quod in litore posuerat forte quod aut deposuerat aut dereliquerat aedificium*), au profit d'un prochain aspirant qui a reconstruit sur le même lieu (*alterius postea eodem loco extructo*); Papinianus infirme également la réservation du droit de pêche par la construction d'une infrastructure sur un endroit précis des rivages en fonction du droit de possession du premier occupant (*occupantis datam exceptionem opponat*), car la mer garde le statut de *res communes omnium*[58]. En revanche, la justification est choisie par le droit de pêche sur les rives des fleuves publics, *(si quis, quod in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure*

[56] X. LAFON, *Villa maritima. Recherches sur les villas littorales de l 'Italie romaine (IIIe siècle av. J.-C. / IIIe siècle ap. J.-C*), Rome, 2001, p. 250 ss.
[57] D.41.3.45: *Papinianus libro decimo responsorum*: *pr. Praescriptio longae possessionis ad optinenda loca iuris gentium publica concedi non solet. Quod ita procedit, si quis, aedificio funditus diruto quod in litore posuerat (forte quod aut deposuerat aut dereliquerat aedificium), alterius postea eodem loco extructo, occupantis datam exceptionem opponat, vel si quis, quod in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure prohibeat.*
[58] À cet effet, l'exemple rapporté par Cicéron, *De off.* III, 58 s. de l'achat d'une villa maritime avec l'intention de s'approprier son fond marin, intention déjouée par les pêcheurs occasionnels qui exploitent les migrations saisonnières des poissons, est significatif à cet égard, X. LAFON, *Villa maritima,* cit., p. 161.

*prohibea*t). Et pour cause, les rives ne se prêtent pas à la confusion, car elles sont publiques comme le fleuve lui-même, à l'usage de tous, sans prérogatives du premier occupant.
Papinianus ne semble pas suivre, dans ce cas, la revalorisation accomplie à l'époque du *ius naturale* comme branche indépendante du *ius civile* et fait appel au *ius gentium* pour justifier le statut de *loca publica* : *loca iuris gentium publica*. De toute évidence le juriste sévérien établit la différence entre l'état public par *ius gentium* (les rivages de la mer qui gardent ce statut) et public par le *ius civile* (les rives du fleuve public). Sans entrer dans la complexité de ce texte débattu par les juristes, nous sommes plutôt tentées à rechercher des traces de l'institution de la possession naturelle des *res naturales* prédite par Nerva le Jeune au début du Principat, qui puisse jeter une lueur sur la pérennité des éléments des institutions anciennes, mise au service des procédures nouvelles et au cœur d'un discours argumentatif des Prudentes tardifs.
En premier lieu, Papinianus confirme que le littoral est la bande de territoire déferlée par les vagues de la mer et que la *prescriptio* en question était conçue en rapport avec le droit de pêche par la construction des infrastructures à cet effet sur le littoral. Cette infrastructure nous suggère d'emblée les objets accessoires sur le littoral: *gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt,* stipulés par Nerva le Jeune et qui pourraient être acquis en propriété par destination, selon la thèse de S. Vanuxem cit. Du coup, la reprise de cette formule par Florentinus D.1.8.3 et par Justinien, *Inst*. II.1.18[59], à première vue insignifiante et qui ne semble pas avoir attiré l'attention des commentateurs s'éclaire d'un jour nouveau, si l'on envisage sa valeur paradigmatique. En effet, la situation des perles et des pierres précieuses échouées sur le littoral n'est pas différente de celle de l'édifice érigé sur les rives comme la propriété du constructeur, mais édifié sur une *res communes* avec ses propres règles d'appropriation, à savoir le droit du premier occupant d'un territoire précaire en statut de possession naturelle selon le *ius naturale*. On comprend ainsi les raisons de Nératius qui lui infirme le statut patrimonial, en s'appuyant à cet effet sur le statut des bêtes sauvages et des poissons, comme exemple par excellence de la possession naturelle. Ce thème a d'ailleurs fait l'objet du dialogue des *Prudentes* à travers les âges, dont le républicain Trébatius, et Florentinus à l'époque des Sévères en font également état[60].

[59] cit., *supra*, p. 24.
[60] *Supra,* n. 49.

Nous retenons de ce passage la référence conjointe à la mer et au littoral aux fin des constructions pour l'exercice du droit de pêche qui a fait l'objet des dispositions légales à l'époque des Sévères, mais la verve du juriste dévoile toute la problématique de l'appropriation des *res communes* et la précarité de la possession naturelle des *res naturales,* dont les formes intermédiaires du *dominium* illustrent davantage leur domanialité: la règle du premier occupant, la propriété, soit par accession, soit par destination des choses afférentes, les différentes formes de l'usage commun comme le droit de pêche.

4. Conclusion. Le fonctionnement du binôme de *res naturales*: les *Riparia*

La spécification des deux composantes du binôme de *res naturales à* l'instar des binômes qui ont défini des phénomènes complexes dans l'histoire, nous a incité ici à saisir les origines de la réflexion juridique qui associe les interactions de ses composantes au processus d'intégration du *ius naturale* au droit civil, par l'incorporation de la possession naturelle dans le *dominium* et les normes de propriété du droit civil. La trajectoire historique qu'on a tenté de tracer entre Nerva le Jeune et Papinianus porte les traces du jusnaturalisme qui se perpétue à travers les âges. Toutefois, le fonctionnement réciproque des composantes du binôme justifie l'identification d'une classe des *res naturales* qui en fait la symbiose et qui génère ses propres règles de fonctionnement, en commençant par le droit de propriété. Cette classe est associée à bien des égards aux *Riparia,* Elle engendre en premier lieu la notion d'espace en fonction du milieu pour la *res* pour perpétuer ensuite le cas de figure de la possession naturelle, du moins dans la casuistique juridique, par sa fusion avec le *dominium* en droit civil.

4.1. Les res de l'objet/sujet/concept aux res espace/milieu

Somme tout, le formalisme initial des protocoles pour les échanges et pour l'acquisition de la propriété à l'époque prélegislative transforme l'objet matériel de la *res* en *instrumentum*, dont il faut définir la *materia*, nous l'avons vu, afin de lui attribuer une valeur (*pretium*), ou bien une représentation sociale par la symbolique de la prise de possession prémonitoire de la conquête. Entre autres, ce sont deux voies différentes qui conduisent au concept du *dominium* avec une double acception de la *res*, de pouvoir et de propriété, en sa fonction d'objet/sujet qui représente la terre et ses ressources naturelles. Pour sa part, le droit naturel identifie tôt dans le milieu les conditions climatiques comme le facteur du

changement et sa loi modèle des normes de gestion, en tenant compte du processus progressif d'intégration dans le *ius civile*. Nous le résumons ici par les concepts qu'il développe : ce processus progressif débute par le constat des conditions climatiques locales (*natura loci*), la nécessité de les conserver à la terre (*salubritas*) tout en prenant en compte le *vitium loci*. La *naturalis ratio* ajuste ces concepts à la loi naturelle tout en assurant au droit naturel la prééminence sur le droit civil qui modèle les droits réels et les servitudes prédiales et identifie, parmi les *res communes,* les *res naturales* qui obéissent à ces principes. D'ailleurs, l'ancestrale *actio de aquae pluviae arcendae* a gardé tous ces principes qui sont modulés selon l'évolution de la vision des *Prudentes* de leur temps. Tout comme pour *l'actio de damno infecto* les phénomènes naturels sont pris en compte incidemment comme l'une des causes de *vitium loci*. Par ailleurs, le facteur climatique identifie ces *res naturales* comme un espace vulnérable aux changements climatiques et désigne les *Riparia* comme le milieu par excellence d'une classe collective des *res*. Ses traits distinctifs pourront s'appliquer à d'autres groupes de *res naturales* qui portent les traces de l'intégration du *ius naturale* dans le *ius civile* par le biais de la possession naturelle et les droits du premier occupant.
Par ailleurs, l'évolution conjointe des composantes du binôme *res naturales* dégage non seulement des éléments substantiels, mais également utilitaires qui fusionnent dans un concept uniforme qui embrasse l'espace. On est tentée ainsi d'envisager les représentations sociales de l'acquisition de la propriété d'un territoire conçu dès l'époque archaïque comme des formes antiques équivalentes de la notion moderne de l'acquisition de la propriété d'une *res* par destination: ainsi le rite des fétiaux pour la prise de possession virtuelle du territoire, mais aussi la terminologie de la victoire: *bellum captum* qui justifient les conditions de sa possession future. Dans le même sens, on pourra compter les fictions de caractère juridique: l'ager *vacuus* en rapport avec la conquête*,* ensuite le *res nullius* qui généralise la justification des différentes formes d'acquisition de la propriété sans occulter leur origine. Enfin l'expression: *gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt,* stipulée par Nerva le Jeune sur des objets qui pourraient être acquis en propriété par destination est transmise de génération en génération des Prudentes, pointe les bords de l'eau – les *Riparia* –, qui peut les contenir.

4.2. Les *Riparia* et les *res naturales*

Il reste enfin à s'interroger sous quelle forme l'esprit classificatoire du droit romain a pu intégrer le fonctionnement du binôme des *res naturales* qui porte les traces de l'appropriation de la propriété du droit naturel de la *res* en fonction du facteur climatique.

En effet, et compte tenu de son origine prélégislative, l'acquisition de la propriété n'est pas sujette aux normes du droit civil, mais elle apparaît comme une expression transitoire entre le *dominium* et la domanialité. Nerva le jeune a bien deviné cet état précaire qui fera l'objet des controverses de ses successeurs.
En effet et alors que ce juriste identifie au début du Principat la spécificité des *res naturales* comme possession naturelle, Nératius s'applique, un siècle plus tard, à fusionner les différentes formes d'acquisition du *dominium* et à valider la possession naturelle qui consent l'accès au *dominium* comme un *res nullius* sans passer par l'intermédiaire du *ius civile*. La progression de l'expansion impériale sur le littoral au temps des Sévères conduit Papinianus à argumenter son statut public, en s'appuyant sur les rives publiques. Il donne ainsi consistance au concept de *Riparia* comme la bande territoriale de toute source de l'eau pour justifier le droit de pêche sur les rivages en fonction du statut public des rives. Ce juriste justifie les *Riparia* comme des *res naturales* tout en enrichissant la fusion des formes du *dominium* établie par Nératius. Du coup, il entérine la validité de la description d'Isidore de Séville (*supra*) sur l'acquisition de la propriété de la possession naturelle par le biais du *ius naturale* sans aucune procédure intermédiaire.
Cette étude, si elle s'avérait plausible, pourrait également éclairer d'un jour nouveau l'authenticité des propos de Nerva le Jeune et de Nératius rapportés par Paul au temps de Sévères, sans fausser leur sens, tout en facilitant l'intégration de leurs témoignages dans la même trame reconstitutive depuis le temps de Cicéron jusqu'à Isidore de Séville à propos de l'acquisition par étapes du *dominium* par la possession naturelle sans faire recours aux normes du droit civil. Notre hypothèse d'un processus évolutif de l'intégration de la possession naturelle comme cas de figure du droit civil et en rapport avec une classe spécifique de *Riparia* – les bords de l'eau – suggère un dénominateur commun dans l'interprétation des propos énigmatiques des textes examinés ici qui élaborent autour d'une même constante: l'état de possession naturelle en fonction du facteur climatique. Il engendre des situations diverses de l'exercice du *dominium*, en mettant à l'épreuve l'ingéniosité des leurs commentateurs.
Ce fait ne fait que renforcer à mon sens une explication possible de la raison pour laquelle le droit romain n'identifie pas une classe spécifique de *re*s à partir du binôme de *res naturales*, qui correspondrait aux *Riparia,* car celle-ci n'a pas, non plus une identité spécifique, à cause de son caractère de milieu transitoire entre la terre et l'eau, dont il faut délimiter l'espace et le statut. On se limite à identifier concrètement les *res* – fleuves, mers, précipitations. etc. – et l'état momentanée de la *natura/vitium loci*. L'identification des causes s'affirme au fil du temps comme justification du

risque environnemental qui génère les actions de *l'actio aquae pluviae arcendae* et *de damno infecto* en étayant ainsi la dimension d'espace et de milieu de la *res* régie par le *ius naturale*.
En réalité, les *Riparia* sont des *res naturales* qui existent dans la nature sans qu'elles fassent l'objet d'une classification juridique. En effet, le droit romain identifie spécifiquement les *res* qui sont les composantes potentielles des *Riparia* ensemble avec l'élément naturel à prendre en compte, à savoir : l'eau courante, en fonction de *naturaliter fluere*, la terre par la *natura loci* ou *vitium loci*, *natura agri, flumini*, le climat selon la *natura caelium*. Cependant il s'agit du simple constat d'un état de fait, car l'idée d'un écosystème, lancée par les juristes qui font référence au processus d'appropriation des *res naturales* reste une formule rhétorique dans l'esprit du jusnaturalisme et non pas une dimension de la *res* elle-même. Il pourrait sans doute susciter une recherche des constances et les évolutions des deux composantes du binôme de *res naturales* pour reconstituer la substance d'une classe des *res naturales* comme un espace qui puisse promouvoir la conservation de la nature en termes de possession naturelle tributaire aux conditions climatiques.
Enfin, il nous semble que cette dimension évolutive de la conversion de la possession naturelle en propriété du droit civil à travers la notion ambivalente de propriété et de pouvoir du *dominium,* décrite par les sources analysées ici, situe le processus parallèle rapporté par Ulpien comme la conséquence, qui en fait le paradigme de propriété dans de la définition des biens naturels: *"Bonorum" appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus. persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur* (D.50.16.49, ULPIEN, 59 ad ed.)**.**
Ce juriste place en effet la possession naturelle à l'origine de la notion de biens naturels, apte à coopter des procédures du droit civil comme la possession de bonne foi et tout ce qui est acquis par actions, demandes et poursuites.
La notion des biens a fait jurisprudence, car elle fut reprise également par les codifications modernes depuis le code Napoléon. Cependant l'appellation extensive des biens naturels décrite par Ulpien fait plutôt office d'une fiction juridique, puisque cette assimilation de procédures à la typologie de biens naturels ne réduit pas leur propriété aux caractéristiques de la possession naturelle soumises aux conditions naturelles précaires et aux droits réservés au premier occupant, exigences propres aux ressources naturelles et aux *Riparia*.

Abstract (ENG): The current interest in environmental law for *res naturales* leads to studying the ancient forms of interrelations between its two components. In this context, it was possible to highlight the ontology of *res*, often called into question, and the catalytic role of the climatic factor which construct the instruments of control and the precedence of *ius naturale* over civil law. The interference between the two components of the binomial results in the acceptance of space or environment of the *res*. From this interaction emerges a specific class of *res naturales* characterized by the precariousness of the property in a state of natural possession with the right of the first occupant. These observations allow a fresh look at texts which have long been discussed by the doctrine (Ciceron, De off.1, 20-21; Nerva the young, D.41.2.21, Paul.54; Papinianus, D.41.3.45) and individualize this space on the seashore of the with the Riparia, the waterside.

Keywords (ENG): *fas*, *ius naturale*, *res naturales*, *res communes, dominium*, natural possession, *riparia*.

JUS- **ONLINE 2/2024**
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

BEATRICE SERRA*

Data protection and the Catholic Church. Notes on the Italian experience six years after the definitive application of the GDPR**

DOI: 10.26350/18277942_000171

Summary: 1. Introductory coordinates. 2. The prohibition, of European origin, to process data revealing religious beliefs. a) Reason for this prohibition. 3. (continues) b) effects of this prohibition on the structure of relations between the Italian State and religious denominations. 4. The adaptation of national legislation to the European Regulation. 5. The art. 91 of the GDPR. 6. The reaction of the Catholic Church in Italy. 7. The test bench of the coexistence between the effectiveness of the right to the protection of personal data and the inviolability of confessional autonomy: the control system pursuant to art. 91, par. 2 GDPR and its multiple interpretations. 8. (continues) The (lack) definition of the specific supervisory authority pursuant to art. 91, par. 2 GDPR by the particular canonical legislator and the national legislator in Italy. The (persistent) state jurisdiction on the intra-religious affairs of the right to the protection of personal data: foundation and limits. On the principle of collaboration.

1. Introductory coordinates

The issue of the protection of personal data of religious nature possesses at least three characteristics: it is topical, fundamental, and complex.
Why *topical*?
The issue of personal data protection, especially when read in the prism of the interactions between the state order and the confessional order, belongs to the present time for two reasons.
Firstly, and immediately, because the whole matter has been rearranged by EU Regulation 2016/679 (henceforth GDPR or European Regulation) concerning the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and to the free movement of such data. The Regulation, repealing Directive 95/46/EC, became definitively and directly applicable in the member states of the European Union on 25 May 2018[1].

* Università degli Studi di Roma "La Sapienza" (beatrice.serra@uniroma1.it).
** The article underwent a *double blind peer review*. It updates and expands the text of a lecture given at the Lateran Apostolic Palace on 27 april 2022.
[1] For an analysis of the provisions of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016, see *The EU for all. General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary,* edited by C. KUNER, L.A. BYGRAVE, C. DOCKSEY, Oxford University Press, New York, 2020.

It is therefore a question of a new discipline which, as such, needs careful hermeneutical scrutiny.
Secondly, the topicality of the subject emerges, indirectly, from the fact that the problem of the meaning of legal categories similar or overlapping with that of *data protection*, such as secrecy and confidentiality, recur recently in relations between Church and States. I refer to state attempts to ignore the ecclesial discipline of the confessional seal and ministerial secrecy to prevent or repress sexual abuse of minors, as well as to requests for access to confidential canonical documents presented by civil judges to confessional authorities[2].
There is, therefore, an objective need to define the inter-ordinal declinations of figures that share a direct or indirect affiliation to the semantic area of confidentiality.
This appears even more evident or understandable if we look at the second characteristic of the data protection theme: *fundamentality*.
To tell the truth, in the legal system of the European Union the protection of personal data is the object of a right. Right established, respectively, by art. 8 of the Charter of Nice, by art. 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union and by art. 1 of the GDPR which, in addition to reaffirming the right of *every person* to the protection of personal data concerning him or her, explicitly qualifies this right as *fundamental*[3].
This gives rise to two logical corollaries: the undisputed obligation for the Member States of the Union to guarantee individuals the protection of their personal data; the need to achieve this protection in a proportional manner, i.e. reconciling the *data protection* with other equally fundamental rights-

For a summary view, see also V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contratto ed impresa*, 3 (2018), pp. 1098-1119.
The text of the Regulation can be found at the address: *http://eur-lex.europa.eu* (last access on May 7th, 2024).

[2] On state initiatives that have called into question the inviolability of the confessional seal and ministerial secrecy and on the requests for the transmission of reserved canonical acts of civil judicial bodies, see for an overview: R. PALOMINO LOZANO , *Sigilo* de *confesión y abusio de menores* , in *Ius canonicum*, 59 (2019), pp. 767-809; G. BONI , *Sigillo sacramentale, segreto ministeriale e obblighi di denuncia-segnalazione: le ragioni della tutela della riservatezza tra diritto canonico e diritto secolare, in particolare italiano*, in *Jus Online*, 3 (2019), spec. pp. 32-112; M. VISIOLI, *Confidenzialità e segreto pontificio* , in *Periodica*, 109 (2020), pp. 478-479 .

[3]For a synthetic framework of the right to the protection of personal data considered in relation to similar figures and within the various generations of human rights, see E. BRUGIOTTI, *La privacy attraverso le "generazioni dei diritti". Dalla tutela della riservatezza alla protezione dei dati personali fino alla tutela del corpo elettronico*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2 (2013), pp. 1-30.

including the right to religious freedom- as moreover sanctioned by the GDPR itself in the "Recital" no. 4[4].
Again, the subject of personal data, especially when related to the religious phenomenon, is structurally *complex* and not easy to interpret and apply. And this, first, because its juridical structure derives from a multiplicity of sources: European law, national laws, confessional rules and, therefore, from the peculiar power relations amongthese sources and from their evolution.
Now, having set these very general coordinates, this contribution intends to define the subject of data protection from a specific perspective, looking at the Italian experience with particular reference to the action of the Catholic Church and the declination of data protection within the peculiar dynamics of coexistence between canonical and state regulations.
The aim is to offer a reconstructive framework from which to draw elements of reflection for a partial evaluation of the GDPR six years after its definitive and direct applicability in the countries of the European Union.

2. The prohibition, of European origin, to process data revealing religious beliefs. a) Reason for this prohibition

But, without prejudice to these very general coordinates, what is meant by data of a personal nature of a religious nature and what exactly does their protection consist of?
Pursuant to art. 4 of the GDPR (*definitions*) is *personal data* any information concerning an identified or identifiable natural person (interested) and, therefore, any information (name, location data, online identifiers, characteristic elements of the physical and psychic, physiological and genetic, economic, cultural and social identity) which leads to an individual, allowing, even indirectly, to identify him.
Among this information, the art. 9 of the GDPR (*processing of particular categories of personal data*) distinguishes, as a subset of personal data, the category of *particular data*; a category within which all news *that reveal religious beliefs are explicitly included.*
That said, while "simple" personal data can be collected and used when certain conditions set forth in art. 6 GDPR (*lawfulness of processing*),

[4] The Recital n. 4 of the GDPR clarifies that the right to the protection of personal data is not an absolute prerogative and therefore must be protected in the light of its social function and in relation to other fundamental rights. The statement is important because the recitals are the tool through which the European legislator explains the reasons for the GDPR rules, its structural and evolutionary lines. On this specific aspect, see V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 1107.

particular data must never *be* processed, except for *exceptional* and *specific cases*[5].
What are the reasons for this more intense protection?
The answer can be found in the GDPR itself, in the "Recital" no. 51, where it is stated that those data which, by their nature, are particularly sensitive in terms of fundamental rights and freedoms deserve specific protection, so that the context of their treatment could create significant risks for these rights and freedoms.
The qualification of information of a religious nature as *particular* or *sensitive* data therefore finds its root in the need to prevent the use of this information from harming the individual right to religious freedom, understood as the freedom not to manifest one's faith, confessional affiliation or attitude towards the religious dimension[6].
But not only.
The rigorous regime of the religious data intrinsically achieves two further objectives, rooted in Italian and European legal culture: to prevent information from being used by public or private subjects to discriminate against the data subject (principle of equality and non-discrimination) - given that, historically, religious beliefs have led and still lead to distinctions and formal and substantial inequalities -[7]; to allow everyone to

[5] Pursuant to art. 4 of the GDPR means treatment any operation or set of operations, performed with or without the aid of automated processes and applied to personal data or sets of personal data, such as the collection, registration, organization, structuring, storage, adaptation or modification, extraction, consultation, use, communication by transmission, diffusion or any other form of making available, comparison or interconnection, limitation, cancellation or destruction .

[6]On this point, see the "Recital" no. 4 of the GDPR which in binding the regulation of the processing of personal data to the service of man, specifies that this service implies respect for freedom of thought, conscience and religion and cultural and religious diversity.
The historical and conceptual link between religious freedom and confidentiality is tangible in the affairs of US privacy, given that the first recognitions of the right to conceal one's religious feelings in the United States occurred in relation to the First Amendment of the US Constitution, which guarantees the impartiality of the law with respect to the cult of religion and its free exercise. On this point cfr. A. CERRI, *Riservatezza* (*diritto alla). II) Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, vol. XXVII, pp. 3-6.

[7] It is significant, in this regard, that the "Recital" no. 71 of the GDPR establishes the obligation to adopt adequate technical and organizational measures in order to prevent forms of automated processing of personal data, which lead to decisions on the interested party, producing discriminatory effects on the basis of the religion of the subject to whom the data refer.
As for the principle of equality and non-discrimination, see usefully V. SALVATORE*, I principi di uguaglianza e non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato*. *Unione Europea,* EPRS, Bruxelles*,* 2021; M. LUCIANI, *I principi di uguaglianza e non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato*. *Italia*, EPRS, Bruxelles, 2020.

be themselves in relations with others (right to personal identity) by representing themselves also from a religious point of view and, therefore, controlling both the processing of the related data - through powers of access, rectification, cancellation - and the fact that the data themself are responsive to one's current feeling[8].
It is no coincidence that Directive 95/46/EC in art. 8 included information revealing religious beliefs among the particular categories of data whose treatment should be prohibited by the Member States, thus recognizing that an uncontrolled circulation of such information has a greater capacity to affect the identity and freedom of the person[9].

3. (continues) b) effects of this prohibition on the structure of relations between the Italian State and religious denominations.

Now, why and how does the European legal system's constant attention to the protection of news of a religious nature affect the relationship between the order of the Italian state and the order of the Catholic Church?
In the first place, due to the very characteristics of the right to religious freedom.
If it is true that the protection of religious data strengthens the right of the individual not to reveal what he believes in, it is equally true that associations, churches and religious denominations are also holders of the right to religious freedom. The protection of religious data on the basis of the negative profile of individual religious freedom is accompanied by the positive freedom of religious associations to act and operate in order to live their own beliefs by treating the data of the faithful[10].

[8] From jurisprudential matrix, the right to personal identity - defined by the Court of Cassation as the interest of the subject to be represented in his life of relationship with his true identity (cfr. Court of Cassation, Section I, 22 June 1985, no. 3769, in *Il Foro italiano*, I (1985), cc. 2211-2218) - is often considered a corollary of the right to the protection of personal data, given that its first regulatory recognition dates back precisely to art. 1, 1 paragraph, of the law 675/1996. However, it should be pointed out that while the right to personal identity entails negative control over one's social image, with the consequent faculty of opposing any damage to this image, the right to the protection of personal data, while functional to first, it is a positive right to control over data. In this regard, see for all G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, in *Digesto della Discipline Privatistiche. Sezione Civile, Aggiornamento*, Utet, Torino, 2010, pp. 722-731.
[9] Before Directive 95/46/EC, art. 6 of law 21 February 1989 no. 98, of ratification and execution of the Convention of the Council of Europe n. 108 of 28 January 1981 (so-called Strasbourg Convention), concerning the protection of individuals with regard to the automated processing of personal data, placed religious convictions or other beliefs among the special categories of *data*.
[10] On the characteristics of religious freedom as collective freedom cf. *ex multis* G. CASUSCELLI, *Diritto e religione nell'ordinamento italiano, ovvero cosa è il "diritto*

Secondly, *data protection* affects the relations between the State and the Catholic Church because, in the case of the latter, the acquisition, storage and use of personal data is a corollary of the independence and sovereignty that art. 7 first paragraph of the Italian Constitution recognizes this religious denomination in its order. Even further, the arrangement - necessarily contractual pursuant to art. 7 second paragraph of the Constitution - of the relations between the State and the Church and, precisely, the art. 2 of the 1984 Agreement (law 25 March 1985 n. 121) assures the Catholic Church specific freedoms for carrying out its mission (organisation, exercise of the magisterium and spiritual ministry, jurisdiction in ecclesiastical matters, communication, diffusion and publication of deeds and documents) involving the processing of personal data.

It follows from this that, in itself, the prohibition of dealing with information of a religious nature conflicts with the right - guaranteed at the constitutional level - of the Catholic Church to use such information in the exercise of its institutional functions.

Therefore, it is no coincidence that the possibility of this contrast was envisaged and resolved by the European legislation itself, first with the aforementioned art. 8, par. 2, lit. d) of Directive 95/46/EC and, subsequently, with the current art. 9, par. 2, lit. d) of the GDPR.

In particular, the art. 8, par. 2, lit. d) of Directive 95/46/EC authorized all *non-profit* organizations, including those of a religious nature, to process - for their own purposes and only internally - particular data *of the members or persons having regular relations with the organization in reason of its nature*, provided that adequate guarantees are ensured and the consent of the interested parties for the possible communication of the data to third parties.

The art. 9, par. 2, lit. d) of the GDPR confirms the authorization structure already provided for by art. 8, par. 2, lit. d) of Directive 95/46/EC[11].

---

ecclesiastico, in S. BERLINGÒ - G. CASUSCELLI, *Diritto ecclesiastico italiano. I fondamenti. Legge e religione nell'ordinamento e nella società d'oggi*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 17-20.

[11]The art. 9 of the GDPR also provides for other hypotheses of derogation from the prohibition of processing particular data that may concern religious data and the action of religious confessions: a) when the interested party explicitly consents, even if not necessarily in writing, to the processing with regard the pursuit of one or more specific purposes; b) when it comes to particular data that the interested party has already made public in a manifest manner; c) when one falls into one of the cases listed in the same article 9 under letters bj, in which with reference to heterogeneous fields (work, public health, social security and protection, judicial protection, scientific or historical research) the prohibition of treatment is waived of the particular data for the needs of the interested party or of the data controller. The cause of derogation provided for by art. 9, par. 2, lit. g): reasons of significant public interest, as specified in Italy by art. 2 *sexies*

Well, to what extent has this dogmatic composition between the right to the protection of particular data, collective religious freedom and confessional autonomy responded and does it respond to the Italian reality?
In this regard, it is useful to give a concise account of the methods of implementation of Directive 95/46/EC implemented by the national legislator. This directive was implemented with the law no. 675/1996 entitled *Protection of persons and other subjects regarding the processing of personal data*, whose art. 22 - *sensitive data* - in paragraph 1, sanctioning a more rigorous structure than the European one, made the processing of data suitable for revealing religious beliefs and/or membership of associations or organizations of a religious nature subject to the presence of two requirements: prior authorization from the Guarantor of *privacy* and written consent of the interested party[12].
It was a rule which - as immediately highlighted in the doctrine - made the use of information objectively difficult (also) by religious aggregations and harmed the sovereignty of the Catholic Church, subjecting its action to the request and obtaining of the concession provision of an independent state authority[13].

, paragraph 2, lett. r of Legislative Decree no. 101/2018, pursuant to which institutional relations with religious bodies, religious confessions and religious communities fall within the tasks of public interest or connected to the exercise of public powers which authorize the processing of particular data without the consent of the interested *party*.
Furthermore, it is necessary to highlight the EU Directive 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016- relating to the protection of personal data of natural persons with regard to the processing of data by the competent authorities for the purposes of prevention, investigation, assessment and prosecution of crimes or execution of criminal sanctions, as well as to the free movement of such data - Article 10 of which sets strict limits for the processing of data revealing religious beliefs.
Finally, the "Recital" no. 51 of the GDPR provides that it is possible to derogate from the general prohibition of processing particular categories of personal data if the same is performed in the course of legitimate activities of associations or foundations whose purpose is to allow the exercise of fundamental freedoms, while the "Recital" n . 55 of the same GDPR establishes that the processing of personal data carried out by public authorities for the purpose of achieving purposes, envisaged by constitutional law or by public international law, of officially recognized religious associations, is carried out for reasons of public interest.

[12] In particular, the art. 22 of the law no. 675/1996 distinguished between the processing of sensitive data carried out by public subjects, possible only if authorized by prior provision of the law, and the processing of sensitive data carried out by private subjects, possible only with the prior authorization of the Guarantor and written consent of the interested party. *Non-profit* organizations of a religious nature were included among private entities.

[13]The authorization was in fact a singular and concrete act issued by the Guarantor after a specific request from the data controller. The authorization of the Guarantor had to arrive within thirty days of the request, after which the latter was to be considered rejected.

From this, the recourse to two successive corrective measures: a) the General Authorization no. 3/1997, which allowed *confessions* and *religious communities* to process sensitive data, but always with the written consent of the interested party and observing the rules established by the Data Protection Authority; b) the art. 5 of Legislative Decree no. 135 /1999 which - by introducing the art. 22 paragraph 1- *bis* to the law no 675/1996 - excluded the application of the ordinary regime (subject to authorization by the Guarantor and written consent) for data of the faithful or of subjects having regular contact with religious denominations who had entered into agreements or understandings with the State pursuant to articles 7 and 8 of the Constitution and determined suitable guarantees for the treatments carried out. Such guarantees were promptly prepared - for the declared purpose of protecting its native right to use the data of the faithful, ecclesiastical bodies and ecclesial aggregations -, by the Catholic Church alone with the General Decree of the Italian Episcopal Conference *Provisions for the protection of the right to good reputation and privacy,* of 20 October 1999[14].
The reorganization of the entire matter, through the elaboration of a *Code regarding the protection of personal data* (legislative decree no. 196/2003), codified in art. 26 (guarantees *for sensitive data*), paragraph 3 lett. a) and 4, lett. a), a distinction between *all* religious confessions - whose civilly recognized bodies or entities were authorized to process the *sensitive*

On the non-correspondence of this discipline with the confessional autonomy guaranteed by the Italian Constitution, see for all A.G. CHIZZONITI, *Prime considerazioni sulla legge 675 del 1996 «Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali»,* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2 (1997), pp. 379-383.

[14] See ITALIAN EPISCOPAL CONFERENCE, General Decree "Disposizioni per la tutela del diritto alla buona fama e alla riservatezza", in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 10 (1999), pp. 375-397. For a comment on this Decree, see *ex multis* C. REDAELLI, *Il decreto generale della CEI sulla privacy*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 14 (2001), pp. 175-202. Regarding the cause-and-effect relationship between Legislative Decree no. 135 /1999 and the Italian Episcopal Conference Decree, it has been argued in doctrine that the chronology of the elaboration of the rules of the Italian Church on personal data leads to the conclusion that these rules are prior to the legislative decree no. 135/1999 and that therefore the CEI Decree does not find its origin in the need to adapt to civil legislation (cf. in this sense V. RESTA, *Il trattamento dei dati sensibili di natura confessionale: questioni ancora aperte dopo l'emanazione del Codice in materia di protezione dei dati personali*, in *Il diritto ecclesiastico*, I (2005), pp. 573- 574, nota 12). In this regard, however, what has been highlighted by G. BUTTARELLI, *Nuovo paradigma sulla privacy in Internet: le sfide che si pongono per istituzioni come la Chiesa*, in *Chiesa e protezione dei dati personali,* cit., p. 10, which underlines both the precedence of Legislative Decree no. 135/1999 with respect to the CEI Decree and that this Decree was elaborated after Cardinal Ruini had the certainty that the legislative decrees that were being elaborated in implementation of l. 675/1996 would also have been applied to the Catholic Church.

data of the faithful or subjects in regular contact with the confession with suitable guarantees, elaborated by observing the principles indicated with authorization from the Guarantor -, and organizations of a religious nature, which could process the same *sensitive data* without the consent of the interested party, but with the prior authorization of the Guarantor and in compliance with the conditions duly indicated[15]. At the same time, the art. 181 paragraph 6 (*other transitional provisions*) of the Code specified that the religious confessions which, before the adoption of the Code itself, had established in their legal system the appropriate guarantees pursuant to art. 26 paragraph 3, lett. a) could continue the processing activity in compliance with the same.
With which, moreover, in the absence of the issuing of a contextual authorization from the Guarantor Authority, it was not clear whether the Catholic Church was exempt from the bond, objectively more restrictive and not foreseen by art. 22 paragraph 1-*bis* of law 675/1996, to conform the system of protection already set up to the principles indicated in the authorization of the Guarantor[16].

---

[15] This distinction implemented and extended what had already been established with Legislative Decree 467/2001 - containing *corrective and supplementary provisions of the legislation on the protection of personal data, pursuant to art. 1 of the law of 24 March 2001, n. 127* - whose article 8, modifying the letter a) of paragraph 4 of the art. 22 of the law 675/1996, established that sensitive data could be processed with the sole authorization of the Guarantor if the processing was carried out by non-profit associations, bodies and organizations, even if not recognized, of a religious nature, including religious confessions, for the pursuit of lawful purposes, in relation to the personal data of the members or of the subjects who for this purpose had regular contact with the non-profit organization, provided that this had set up suitable guarantees and that the data were not communicated or disclosed outside.
This change was induced by the desire to overcome a specific critical profile of the system outlined by law 675/1996 and subsequent amendments and, that is, the attribution of the right to escape the double constraint of the written consent of the interested party and the authorization of the Guarantor only to religious confessions with agreement, excluding from this benefit both religious confessions without agreement and other non-profit organizations. And this against the provisions of Directive 95/46/EC which, under certain conditions, authorized the entire *non-profit* sector to process sensitive data. On these aspects, conducted for examination by the ordinary judiciary, the Constitutional Court and the Guarantor for privacy, see *ex multis*: N. COLAIANNI, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Cacucci, Bari, 2000, pp. 214-225; M. MASSIMI, *La tutela dei dati sensibili nel rapporto con i principi di libertà religiosa e di autonomia confessionale*, in *Corriere giuridico*, 11 (2002), pp. 1445-1450; D. MILANI, *Dati sensibili e tutela della riservatezza: le novità introdotte dal D. Lgs. N. 467 del 2001*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2 (2004), pp. 453-464.
[16] The CEI intervened on the point with the *Nota Privacy, protezione dei dati personali ed enti della Chiesa cattolica: prime indicazioni alla luce del "Codice in materia di protezione dei dati personali" (*cfr. in *www.chiesacattolica.it*.), in which it was stated that, in the light of the combined provisions of articles 26, paragraph 3, lett. a), and 181,

In any case, the choices of the Italian legislator prior to the GDPR allow an immediate consideration: if, at first, the desire to emphasize data protection led to not giving specific attention to religious data, the reasons for its treatment and the freedom of action of the Catholic Church, this position has been progressively diluted, considering who uses the information, the purposes and ways of using them and giving space, although not uncontrolled, to the power of self-regulation and discipline of all religious denominations in harmony with the position recognized to them by the constitutional provision.
Not only.
The Italian system, although elaborated later than other countries of the Union and for successive approximations[17], presented interesting profiles of originality with respect to the European indications: the use of the formula, not present in the art. 8 of Directive 95/46/EC, "sensitive data", which best expresses their particular relevance to the most intimate sphere of the person; the (initial) extension of the protection to subjects other than natural persons[18]; the inclusion among sensitive data of information suitable for revealing membership in associations or organizations of a religious nature[19]; a difference in the regime between the treatment carried out by religious denominations and the treatment carried out by non-profit associations, bodies or organizations, even if not recognized, of a religious nature. All characteristics which, on closer inspection, consider and value the different facets of the community and institutional dimension of the experience of faith in a way not dissimilar from what happens in the reality

paragraph 6, of the *Privacy* Code, the bodies of the Catholic Church and the civilly recognized ecclesiastical bodies that processed the data for exclusively religious purposes and only within them applied the general CEI Decree of 1999, while in all other cases also for ecclesiastical bodies and for their activity the Italian law was fully applied.

[17] The same art. 1 of law 676/1999 provided for the delegation to issue legislative decrees containing supplementary provisions of the legislation on the subject of protection of the person and of other subjects with respect to the processing of personal data. On the delay of the Italian legislator in terms of *data protection* and its effects cf. R. PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. PARDOLESI, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 40-42.

[18] Pursuant to art. 40, paragraph 2, lett. a), of Legislative Decree 6 December 2011, converted into Law 2014/2011, the protection was limited to the natural person only in order to reduce the burden on *privacy*.
For a reconstruction of the *privacy protection* of subjects other than natural persons in the Italian system before the aforementioned novella, see V. PIGNEDOLI, *Privacy e libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 153-196.

[19] With respect to the formula of art. 8 of Directive 95/46/EC, the Italian legislator considered sensitive not only the data that directly reveal religious convictions, but also those *capable* of revealing these convictions, realizing a wider protection of individual religious freedom.

of the Catholic Church. Indeed, under this specific aspect, the reciprocal influence between the civil order and the canonical order is attested by the fact that the CEI Decree of 1999 expressly guaranteed the protection of the data of ecclesiastical bodies and ecclesial aggregations, using a civil notion, that of ecclesiastical body, and echoing the art. 1 of law 675/1996 which, likewise, protected legal persons and any other body or association.
Significantly, moreover, in the period between the law no. 675/1996 and the GDPR, the appeals to the *Privacy Guarantor* for the processing of data by the Catholic Church concerned exclusively requests for cancellation from the baptismal registers.
These requests - made on the basis of the right to have data processed unlawfully or no longer necessary for the purposes for which they were collected and of the aspiration to see one's image correctly represented - have been rejected by both the Guarantor and the judicial authority. And this because the registration of the baptism - indelible historical fact - is lawful, exact and complete, while it is possible to update this data - corresponding to the current wish of the person concerned not to be considered Catholic - with a note in the margin of the register of the sacraments[20].
In other words: the exercise, under certain conditions, of the right to erasure of data does not indiscriminately affect the Church's power to document, since it is a legitimate power, pertinent to the specific nature of the religious confession and concerning true information which, in as such, while not corresponding to the image that the subject has of himself, it does not harm his personal identity, nor, concretely, the faculty of estranging himself from the ecclesial community as a corollary of the right to religious freedom[21]. On the contrary, the cancellation of the news of the baptism,

[20] The first provision of the *Privacy Guarantor* on the subject of cancellation from the baptismal records is the provision of 13 September 1999 (see *web doc.* n. 1019502, in *www.garanteprivacy*.it), which was followed by others with the same outcome against this provision, the interested party lodged an objection to the Court of Padua, which rejected the appeal, reaffirming the decision of the Guarantor: cfr. Tribunale di Padova, decr. 29 maggio 2000, in *Giustizia civile*, 51 (2001), pp. 235-241, nt. G. DALLA TORRE, *Registro dei battesimi e tutela dei dati personali: luci ed ombre di una decisione*. Sulla questione, ampiamente analizzata in dottrina, si veda altresì S. BERLINGÒ, *Si può essere più garantisti del Garante? A proposito delle pretese di «tutela» dai registri del battesimo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1 (2000), pp. 295-328.
[21] In this regard, it is useful to consider that the universal canonical discipline of the registers of the sacraments already provides for custody obligations and rigorous access limits (see cann. 482-491, 535 CIC) which make it objectively *unlikely* that the communication and dissemination of data could damage or affect the social identity of the interested party understood as a consideration of a subject within a group. In other words, the registration of the baptism that took place and the conservation of this data is a fact internal to the reality of the confessional which does not produce effects in the order of the State. As for the reasons for which the Catholic Church processes data on the

hypothetically imposed by provision of the Guarantor or of the judicial authority, would violate the sovereignty and identity of the Church.
In addition to the information suitable for revealing religious convictions and in relation to the freedom of ecclesial jurisdiction, a question of the use of sensitive data then arose with reference to the conduct of the canonical process of matrimonial nullity when, for preliminary reasons, the parties asked to public administrations the viewing and copying of documents containing particular data. Question defined, according to a prevailing address in administrative jurisprudence, considering that the treatment of sensitive information is admissible to ascertain the truth about one's religious marriage as a right of equal rank to the right to the protection of personal data[22].

4. The adaptation of national legislation to the European Regulation

Given this, has the GDPR, by directly dictating the rules that govern *data protection*, changed this equilibrium achieved in the interactions between the Italian legal system and the canonical order?
Certainly, by repealing Directive 95/46/EC, the GDPR required an adaptation of the individual national legislations that had transposed its content. Adaptation was made in Italy with the legislative decree no. 101/2018 laying down *Provisions for the adaptation of national legislation to the provisions of regulation (EU) 2016/679* which, in revising the Code for the protection of personal data in order to implement and complete the provisions of the GDPR, eliminated the articles on religious data which until then constituted the reference system[23].

occurred celebration of the sacraments, see for all B. MARRO, *Tutela della* privacy *e registri ecclesiastici*, in *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, a cura di G. DALLA TORRE - P. LILLO - GIAPPICHELLI, Torino, 2008, pp. 412-413.

[22] As an indication, see in this sense Cons. Stato, Sez. V, 14 novembre 2006, n. 6681, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 36 (2007), pp. 1579-1612, nt. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Invalidità del vincolo coniugale e diritto di accesso alla cartella clinica del coniuge: i dati riguardanti la salute e la disciplina dell'accesso* and nt. M. CANONICO, *Tutela della riservatezza e diritto alla difesa: un difficile equilibrio nel rapporto tra ordinamento statale ed ordinamento canonico*; Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2010, n. 7166, in *Famiglia e diritto,* 5 (2011), pp. 500-506, nt. J. LONG, *Accesso a dati sensibili e annullamento del matrimonio: il diritto alla prova prevale sulla tutela della riservatezza.* For a different orientation see, instead, Cons. Stato, Sez. V, 3 July 2003, n. 4002/3, on *www.giustizia-amministrativa.it* (last access on May 7th, 2024).

[23] D.lgs. n. 101/2018 joined the legislative decree n. 51/2018 issued in implementation of the aforementioned EU Directive 2016/680. For a critical comment on the methods of adapting the Italian Privacy Code to the GDPR, see V. CUFFARO, *Quel che resta di un codice: il D.Lgs. 10 agosto 2019, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice*

To be immediately and entirely applicable to the Italian reality is, therefore, now first of all the art. 9, par. 2, lit. d) of the GDPR, albeit with any additions required by respect for the *status* enjoyed by churches, associations or religious communities in Italy by virtue of national law. Pursuant to art. 17, par. 1 of the Treaty on the Functioning of the European Union - appropriately referred to by Recital n. 165 of the GDPR-, the different systems of relationship between the State and religious confessions (and the models of definition of the State with respect to religious experience) present in the countries of the Union cannot, in fact, be prejudiced or called into question by the regulatory provisions of the European order[24].
In other words, due to the so-called "safeguard clause" of the *statuses*, the European competence on personal data does not directly change national ecclesiastical law.
Without prejudice to this constraint, in exceptionally authorizing the processing of particular data how does art. 9, par. 2, lit. d) of GDPR affects the position recognized to the Catholic Church in Italy?
In truth, this regulatory provision, repeating the substance of Directive 95/46/EC, does not restrict the margin of action of any confession or religious grouping.
On the contrary.
There are at least two profiles, not present or different from the previous Italian discipline, which could strengthen the freedom of organization of the Church.
First, the fact that the art. 9, par. 2, lit. d) GDPR authorizes *non-profit* organizations that pursue purposes of a religious nature to process, within the scope of their legitimate purposes and with adequate guarantees, not only the particular data of their members and of persons having regular relations with the institution, but also the particular data of the *former members*. This is probably a novelty introduced also in consideration of the requests for cancellation from the baptismal registers made in Italy and in other States as corollaries of data protection[25].

---

della privacy al regolamento sulla protezione dei dati, in *Il Corriere giuridico*, 10 (2018), pp. 1181-1185.

[24] On art. 17 of the TFEU and its interpretative results cf. *ex multis:* A. LICASTRO, *Unione europea e «status» delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2014, spec. pp. 121 - 228; M. LUGATO, *L'Unione europea e le Chiese: l'art. 17 TFUE nella prospettiva del principio di attribuzione, del rispetto delle identità nazionali e della libertà religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2 (2014), pp. 305-321; V. MARANO, *L'art. 17 TFUE e il ruolo delle Chiese in Europa*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 55 (2015), pp. 21-37.

[25] On this point cf. with reference to the different national realities : P. BILLAUD, *A propos d'une pratique de la commission nationale de l'informatique et des libertés: le droit individuel de radiation des registres paroissiaux de baptêmes*, in *L'Année canonique*, 35 (1992), pp. 255-258; A. CARBLANC, *La protection des données en France et les Eglises*,

Certainly, this novelty in itself confirms and strengthens the power recognized to the canonical authority to note and preserve information on the occurred celebration of the sacraments or pertaining to participation in the ecclesial community of those who have since declared that they no longer consider themselves Catholic faithful. More specifically, if in its first provision on the subject the Italian *Privacy Guarantor* claimed that, after the request for cancellation of the news of baptism, this data could no longer be used *in Ecclesia* not even for statistical purposes[26], this limit seems to have been exceeded by the current European rule.
Moreover, from the combined provisions of articles 17 par. 3 and 21 par. 1 of the GDPR - concerning, respectively, the cases in which the right to erasure of data cannot be invoked (right to be forgotten) and the right of the data controller to demonstrate that the same is due to binding legitimate reasons -, the request for cancellation from the baptismal register can be rejected, understanding the exercise of the institutional

in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1 (1994), pp. 15-20; M. ARENAS RAMIRO, *Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2008, sobre cancelación de datos personales en los libros de bautismo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3 (2009), pp. 969-977; ID., *Protección de datos personales y apostasía : la sentencia de Tribunal Supremo de 19 septiembre de 2008*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 26 (2010), pp. 683-702; F. PÉREZ-MADRID, *Protección de datos y autonomía de las confesiones: consideraciones acerca del auto 20/2011 del Tribunal constitucional español*, in *Il diritto ecclesiastico*, I-II (2011), pp. 265-298; A. FUCCILLO, *Giustizia e religione*, I, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 146- 147; M. GAS AIXENDRI, *Apostasía y tratamineto jurídico de los datos de carácter personal. La experiencia jurídica europea*, in *Ius Ecclesiae*, 25 (2013), pp. 363-386.
As for the meaning to be attributed to the formula "members, former members and subjects who have regular relations with the religious group due to its purpose", a recent ruling by the EU Court of Justice is relevant, issued before the entry into force of the GDPR, in which, with reference to the "door-to-door" proselytism carried out by Jehovah's Witnesses, it is clarified that the collection of data of people who do not want to be contacted or who were absent during the visit of the preachers, if carried out in the name of the religious confession is admissible, since it concerns information relating to *subjects unrelated* to the confession itself: cf. EUROPEAN COURT OF JUSTICE (GRAND Section), 10 July 2018, C- 25/17, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1 (2019), pp. 89-111, nt. R. PANETTA, F. SARTORE, *Proselitismo religioso e protezione dei dati personali: tra esigenze di tutela e particolarità della fattispecie*.
For further commentary on this pronunciation see J. SALINAS MENGUAL, *Protección de datos: entre el derecho a la intimidad y la autonomia de las confesiones religiosas. El caso finlandés y el español (a propósito de la Sentencia Jehovan Todistajat del TJUE)*, in *Ius Canonicum*, 58 (2018), pp. 671-708.
[26] See GUARANTOR FOR THE PROTECTION OF PERSONAL DATA, provision of 13 September 1999, cit.

functions of the canonical authority as a legitimate reason, which prevails over the request itself[27].
The second aspect of the European precept that can reflect on the autonomy of the Catholic Church is that, unlike art. 26, paragraph 3 lett. a) and 4, lett. a) of Legislative Decree no. 196/2003, the regulatory standard does not distinguish between the processing of particular data operated by bodies or entities of a religious denomination and the processing of the same data carried out by a foundation, association and other non-profit organization, even if not recognized, which pursues religious purposes. And this in continuity with Directive 95/46/EC.
The absence of this distinction and the consequent possibility for *non-profit organizations* of a religious nature other than confessions to process data in Italy without prior authorization from the Guarantor[28], is susceptible to two interpretations.
It can be assumed that the non-explicit mention of religious confessions is due to the need to use a flexible formula, suitable for including, without specification, all the forms assumed by the collective dimension of the religious phenomenon in the various countries of the Union.
On the contrary, it is also possible to attribute the absence of an explicit reference to religious confessions to the desire to subtract these institutional realities from the regime sanctioned by art. 9 par. 2, lit. d) GDPR[29]. Which for the Italian Church could mean continuing to process particular data by applying the system of guarantees already in place.

---

[27]For an analysis of the right to be forgotten in the GDPR, see usefully A. THIENE, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2 (2017), pp. 411-444.
As for the jurisprudential pronouncements and the decisions of the national privacy authorities *that* have anticipated such a definition of the right to be forgotten, see A. CESERANI, *Il dato religioso nel sistema europeo di tutela della* privacy, in *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali. II. Edizione. Privacy e GDPR*, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 472, note 52 e 53.
[28] In reality, with provision n. 146 of 5 June 2019, the Privacy Guarantor, implementing the provisions of art. 21, paragraph 1 of Legislative Decree no. 101/2018, clarified which provisions contained in the general authorizations already adopted are compatible with Community legislation. These specifically include the provisions relating to particular categories of data by associations, foundations, churches and religious associations or communities referred to in Authorization no. 3/2016: see *www.garanteprivacy.it* (last access on May 7th, 2024). On this point, see usefully G. MAZZONI, *Le Autorizzazioni Generali al trattamento dei dati sensibili da parte delle confessioni religiose. Osservazioni alla luce delle recenti riforme in materia di* privacy, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, 7 (2020), pp. 66-90.
[29] M. GANARIN hypothesizes an interpretation in this sense in *Salvaguardia dei dati sensibili di natura religiosa e autonomia confessionale. Spunti per un'interpretazione*

5. The art. 91 of the GDPR

In reality, the position of the Catholic Church after the GDPR finds its most immediate and certain point of reference in another provision of the European Regulation: art. 91 (*Data protection regulations in force in Churches and religious associations)* inserted in chapter IX, *Provisions relating to specific treatment situations.*
Pursuant to art. 91 par. 1, if in a Member State there are Churches and religious associations or communities which, at the time of entry into force of the Regulation, apply complete corpus of rules for the protection of natural persons with regard to the processing of personal data, these rules may continue to be used provided that they are made compliant with the regulation itself.
The same provision in par. 2 establishes that the Churches and religious associations that apply their own discipline are subject to the supervision of an independent Authority which can be specific, provided that it satisfies the conditions set out in Chapter VI of the European Regulation concerning the independent Supervisory Authorities.
The art. 91 - which has no precedents in the European framework on *data protection* - is structured on three elements: a) a distinct consideration of the Churches and their faculty of self-regulation; b) a conditional acknowledgment of the binding efficacy of the confessional rules, which replace the GDPR only if they comply with the same, complete and already applied when the Regulation comes into force; c) the submission of religious confessions or associations that regulate themselves in terms of data protection to the control of an Authority [30].

secundum Constitutionem *del regolamento europeo n. 2016/679*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, 11 (2018), p. 11.

[30] While at par. 1 the art. 91 GDPR takes into consideration the rules for the protection of personal data in force in Churches, associations or religious communities, the same article in par. 2 in providing for the control of the Authority mentions only the Churches and associations. It is probable that this is an editorial choice due to the equivalence of associations to religious communities, so that the reference to the former contained in par. 2 also implies the reference to the latter. Moreover, also in the title of the art. 91 only mentions Churches and religious associations.
On the other hand, it seems less probable to believe that religious communities are not subject to control because they are unable to organize themselves with juridical rules or to express institutional structures. This inability, in fact, would also preclude the elaboration of a complete and compliant corpus of rules to be applied internally instead of the GDPR pursuant to art. 91 par. 1.
On various doctrinal interpretations of this profile of art. 91 see also F. BALSAMO, *La protezione dei dati personali di natura religiosa*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2021, pp. 139-141.

This is an arrangement that is not entirely extraneous to the Italian experience from a double point of view: because it appears homogeneous with the normative autonomy proper to religious confessions pursuant to articles 7, first paragraph and art. 8, second paragraph of the Constitution, fulfilling the so-called status safeguard clause; because some aspects of the art. 91 GDPR find their precedent in the repealed art. 181, par. 6 of the Privacy Code which, as mentioned, affirmed the persistent applicability of confessional guarantees if in force before the adoption of the Code and respectful of the principles indicated by the Guarantor.
Nonetheless, the previous obligation of compliance with the principles contained in the Guarantor's authorization - intended as a minimum standard, which could also be respected through documents of an informative nature without the need for strictly legal acts - was susceptible to less stringent applications than the current parameter of completeness and compliance with the entire GDPR[31].
Moreover, in the case of the Catholic Church, the compliance of the CEI Decree with the principles of the Guarantor was assumed.
Above all, however, the national discipline did not envisage subjecting the action of religious confessions to the specific control of an independent Authority[32]. Nor, moreover, was this control contemplated in Directive 95/46/EC.
In reality, read in the light of the new approach to data protection pursued with the GDPR, the entire structure of the art. 91 can be understood due to a basic choice of the European legislator: to entrust the person who processes the data (so-called data controller) with the task of preparing - in advance and in consideration of the nature, scope of application, context and purpose of the treatment - all the necessary measures to avoid or minimize the risk of damage to the interested party and, especially, the risk

[31] For a positive assessment of the obligation of religious confessions to comply with the principles indicated in the authorization of the Guarantor, see R. ACCIAI, *Privacy e fenomeno religioso: le novità del Codice in materia di protezione dei dati personali*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2 (2004), pp. 357- 358, note 46, who believes that these principles constitute a certain and generalized point of reference which allows the Guarantor himself to legitimately and objectively assess the adequacy of the guarantees provided by individual religious confessions and places the latter in a position to oppose to an arbitrary evaluation.
[32] Significantly see in this regard the Prolusion, given on the occasion of the inauguration of the 72nd judicial year of the Piedmonts' Regional Ecclesiastical Court, by F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e i rapporti tra Stato e Chiesa*, del 19 febbraio 2011, p. 17, in *www.tribunaleecclesiasticopiemontese.it* (last access on May 7th, 2024), in which the then Privacy Guarantor *highlighted* that the obligation to adopt suitable guarantees, envisaged for religious confessions that wanted to process sensitive data without the consent of the interested party, was not accompanied an obligation to communicate these guarantees to the Guarantor.

of damage to his fundamental rights and freedoms (so-called accountability principle)[33].
At the same time, the data controller must be able to demonstrate that the measures he uses comply with the GDPR which punctually defines both the rights of the data subject (see articles 15-22), and the duties and responsibilities of the data controller and of the data controller (see articles 24-43).
Well, applied to Churches, associations and religious communities in a context of broader attention to the "religion" factor[34], the principle of *accountability* has had two consequences.
The first is the need to recognize confessional norms as tools for effectively declining the preventive protection structure envisaged in the European system within the religious order without "caging" the activities of the community of believers from the outside. From this point of view, indeed, even the provision of a time limit for the recognition of confessional rules (the date of entry into force of the GDPR) can be read as a way to encourage the responsible elaboration of a (also) religious corpus of matrix *guarantees*[35].
The second consequence that derives from the application of the principle of *accountability* to intra-confessional data processing is the need to

[33] The principle of *accountability,* as a feature of the GDPR (see recital no. 78 and art. 25 GDPR) which shifts the axis of the protection system from the rights of the data subject to the obligations of the person who processes the data, implies both that the data controller adopts technical and organizational measures aimed at complying with EU and national rules (privacy by design), and that only the data indispensable for the activity to be carried out and for the strictly necessary time are processed (privacy by default). On this point, see R. CELELLA, *Il principio di responsabilizzazione: la vera novità del GDPR*, in *Ciberspazio e diritto*, 19 (2018), pp. 211-224. For applications of the principle of *accountability* see instead B. BORRILLO, *La tutela della privacy e le nuove tecnologie: il principio di accountability e le sanzioni inflitte dalle Autorità di controllo dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del GDPR*, in *Dirittifondamentali.it*, 2 (2020), pp. 326-356.
[34] In the text of the GDPR there are eleven references to the religious factor, while in Directive 95/46/EC there were three references.
[35] The indication of a time limit should be understood as an organizational criterion, aimed at avoiding the risk of an uncertain overlap between confessional norms and European norms for an indefinite time. Therefore, it does not seem plausible to attribute discriminatory effects to this limit, as has also been hypothesized in doctrine (cfr. in this sense U. RHODE, *La Chiesa e il rispetto della privacy: la prassi amministrativa e il governo della Chiesa*, in *Chiesa e protezione dei dati personali,* a cura di J. PUJOL, Edusc, Roma, 2019, p. 52, note 13) since the *same* possibility (developing one's own discipline within a certain time) has been attributed to the *same* subjects (religious denominations and associations or communities). Any disadvantageous situation in which religious confessions or associations that have not drawn up their own legislation could find themselves would therefore result from their choice of freedom rather than from a non-compliance with the principle of equality of art. 91 GDPR.

monitor, in specific ways, the outcome of the application of confessional rules.
And this on a precise assumption, clarified by the Court of Justice: the duty of every person to respect European law on protection of personal data does not in itself violate the organizational autonomy of religious confessions[36].

6. The reaction of the Catholic Church in Italy

Now, in the face of this specific orientation and the new structure of Union law on *data protection*, while the national legislator by adapting the 2003 *Privacy Code* to the GDPR has not made additions to the regime sanctioned by art. 91, the Italian Episcopal Conference has instead taken steps to update its rules in good time, making them compliant with the Regulation through the General Decree *Provisions for the protection of the right to good reputation and privacy* of 25 May 2018[37].
The transition from the 2003 Privacy Code to the GDPR has therefore not changed the reaction of the Church in Italy.
Leveraging, *ad extra,* on the position recognized by the Constitution and by the contractual framework and, *ad intra*, on the truth of its nature and mission and on the possession of an original and rooted legal instrument, the Italian Episcopal Conference has (again) chosen to avail itself of the possibility of processing personal data with its own rules, avoiding the (direct) application of the GDPR[38].

[36] See European Court of Justice (Grand Section), 10 July 2018, C-25/17, cit., p. 100; European Court of Justice (Grand Chamber), 17 April 2018, C-414/16, in *Il diritto ecclesiastico,* I-II (2018), pp. 352-362.
[37] See Italian Episcopal Conference, *Decreto generale sulle Disposizioni per la tutela del diritto alla buona fama e alla riservatezza*, 25 maggio 2018, in *Notiziario della Conferenza episcopale italiana*, n. 2 (31 maggio 2018), pp. 1-40.
[38] In this regard, it should be highlighted that the common validity of the GDPR in all the member countries of the Union has not led to a common reaction of the particular Churches given that if to date there are at least eleven national episcopates that have acted to adapt to the provisions of the European Regulation, the modalities and concrete contents of this adaptation are different. The general decrees adopted pursuant to can. 455 § 2 CIC are in fact accompanied by episcopal laws, instructions or simple explanatory documents of the GDPR; likewise, the *corpus* of purely canonical norms is accompanied by acts which consist in a mere reproduction of the European rules. A collection of particular canon law norms on the protection of personal data can be found at the address https://www.iuscangreg.it/protezione_dati.php?lang=EN (last access on May 7th, 2024). For a comparative analysis of these rules see *ex multis*: J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, *Autonomía de las confesiones y derecho comunitario: la protección de los datos personales en este contexto*, in *Revista General de Derecho Canonico y Derecho Eclesiastico*, 49 (2019), pp. 26-40; M. J. ROCA, *La aplicación del Reglamento Europeo de Protección de Datos por las Conferencias Episcopales Europeas*, in *El derecho de libertad religiosa en el entorno digital. Actas del IX Simposio Internacional de Derecho*

From this point of view, indeed, the new general decree of the CEI is a concrete form of acceptance of the principle of *accountability* , given that the particular canonical legislator - assuming exclusively the GDPR as a point of reference and regardless of the adaptation choices of the Italian privacy code to the Regulations - has assumed the responsibility of minimizing the risk of illegitimate treatment, regulating it in advance in relation to the confessional reality. Likewise, the provisions of the CEI on data protection can be read as balancing formulas between the position of the interested party and the position of the person who processes the data; formulas necessary today in every regulatory context - given the *relational* structure on which the discipline of *data protection* is based - but elaborated in the canonical order always according to its peculiar logic[39].
Considered as a whole, the CEI General Decree of 25 May 2018 appears, in fact, neither as a mere reception of the content of the Regulation, nor as an act that cannot be traced back to the autonomous exercise of the normative power of the Church.
Rather, the rules set by the Italian Episcopal Conference tend to implement the GDPR criteria without denying the specific methods and purposes of the processing dictated by the confessional nature of the owner. And this also thanks to profiles which, although belonging to canonical juridical law, find their correspondence in the European system.
In this regard, without analytically retracing the individual provisions of the Decree or the innovations it has brought with respect to the 1999 discipline[40], it is sufficient to dwell on two different but connected aspects. The first is the purpose, explicitly indicated in the Preamble, which is aimed at in the Decree: to give a more articulated regulation to the right to a good

Concordatario, Madrid, 5 al 7 Junio de 2019, J. M.A. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA - I. CANO RUIZ, (eds.), Editoral Comares, Granada, 2020, pp. 471-497.

[39] In this sense, the art. 4 § 1 of the CEI Decree for which the treatment carried out for reasons of ecclesial public interest must be proportionate to the aim pursued, respect the essence of the right to data protection and provide for appropriate and specific measures to protect the fundamental rights and the interests of the 'interested.

[40] On the contents of the 2018 Decree, in which, alongside specifically canonical norms, all the structural aspects of the GDPR are present, see: M. MOSCONI, *La normativa della Chiesa in Italia sulla tutela della buona fama e della riservatezza: dal decreto generale del 20 ottobre 1999 al decreto generale del 24 maggio 2018*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 33 (2020), pp. 136-166.
A quick survey of the effective implementation of the Decree by the Italian dioceses, conducted through a mapping of the diocesan and parish sites, can be found in F. GRAVINO, *La tutela del diritto alla buona fama e alla riservatezza. Passi compiuti e passi da compiere tra GDPR e Decreto della Conferenza episcopale italiana del 24 maggio 2018*, in *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche*, a cura di A. ADINOLFI E A. SIMONCINI, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2022, pp. 203-230.

reputation and privacy recognized to every person by canons 220 CIC and 23 CCEO.
With which the entire provision is immediately traced back to a confessional reason: the affirmation of a natural right (of which the *data protection* is manifestation) already explicitly enshrined in the juridical order of the Church before Directive 95/46/EC and its implementation at national level.
But not only. Regardless of the punctual and specific declinations of the right to defend one's privacy in the relational dynamics of the ecclesial community[41], it is certain that by representing the CEI legislation as the explanation of the faculties proper to each person, the dignity of the latter is identified as the foundation of data protection. A foundation in itself common to the ecclesial system and the European one which allows us to consider the adaptation of particular canon law to the GDPR not as an act required by "external" interests, but as a legal instrument with which the Italian Church pursues an objective which it is intrinsic to it. In this regard, consider the outcome of the wide range of faculties that the CEI Decree in Chapter III - *Rights of the interested party* - recognizes to the person to whom the information refers. These faculties merely define, with reference to the Italian Church, the subjective dimension of the canon right to *intimitas* and place the person concerned in the position of actively contributing to the protection of his or her position *in Ecclesia*. Moreover, even if the presence in the canonical legislation of a Chapter intended for the rights of the interested party clearly derives from the structure of the GDPR, the Italian Episcopal Conference, unlike the Regulation, continues to consider ecclesiastical bodies and ecclesial aggregations as interested.
The second aspect that highlights an *affinity* between the European order and the canonical order, facilitating the compliance of the confessional rules with the GDPR - and, therefore, relating the interests of which the European Union is the bearer of to the specific interests of the Church - is the aforementioned principle of *accountability*.
On closer inspection, indeed, the criterion of making those who handle information responsible already belongs to the ecclesial juridical system.
Proof of this is the universal canonical discipline on the keeping, conservation and access of diocesan and parish books and archives. A discipline entirely built on an arrangement of duties incumbent on whoever collects and keeps the information (cf. cann . 486-491, 535 CIC; 256-261, 296 CCEO) which, not by chance, is punctually referred to in the preamble

[41] On the meaning assumed by the concept of confidentiality and the right to defend one's privacy in the legal order of the Catholic Church, I take the liberty of referring to B. SERRA, Intimum, privatum, secretum. *Sul concetto di riservatezza nel diritto canonico*, Mucchi Editore, Modena, 2022, spec. pp. 101-161.

of the CEI Decree and respected in its essential lines in Chapter IV - *tools for collecting personal data* - of the same Decree.
In summary: in Italy the choice to accord particular canon law to the GDPR did not mean the assumption of paradigms detached from the idea of justice that innervates the *ius Ecclesiae*.
Rather, by placing itself in a position to process data by applying its own rules, the Catholic Church: a) can exercise with less risk of interference the prerogatives that derive from the collective right to freedom of religion and from its independence and sovereignty; b) contributes - collaborating with the civil authorities, but according to its own idea of the dignity of the person - to stem the new forms of damage to data protection which - as highlighted by the "Recital" n. 6 of the GDPR - derive from the rapidity of technological evolution and globalization and which can also occur within religious confessions whenever their activity involves the use of the *web* or other IT and telematic tools[42].

7. The test bench of the coexistence between the effectiveness of the right to the protection of personal data and the inviolability of confessional autonomy: the control system pursuant to art. 91, par. 2 GDPR and its multiple interpretations

Having said that, the real problem is, or may be, the control system that art. 91 GDPR provides (also) for the action of the Catholic Church.
The effective coexistence between respect for the right to the protection of personal data sanctioned by the European order and the safeguarding of the independence and sovereignty of the Italian Church depends on the concrete implementation of this system, on the methods of its application and interpretation.
The question arises, first of all, on the hermeneutic level.
The two requirements, *completeness* and *compliance,* required by art. 91 par. 1 GDPR for the application of confessional legislation, when can they be satisfied?
More explicitly: does religious legislation replace the GDPR only if it slavishly repeats all the provisions of the latter or is it sufficient that the

[42] On the use by religious confessions or in relation to the religious factor of IT tools and on the risks of this use for the right to the protection of personal data, see P. PERRI, *La tutela dei dati personali nei* social networks *e nelle* app *religiose*, in *Jus Online*, 3 (2020), pp. 82-97; J. PUJOL, *La Chiesa e il rispetto per la privacy: aspetti di comunicazione istituzionale*, in *Chiesa e protezione dei dati personali,* cit., pp. 65-82.
For an analysis that highlights the greater danger for the protection of particular data that derives from the use of the Internet, see A. BUSACCA, *Le "categorie particolari di dati" ex art. 9 GDPR. Divieti, eccezioni e limiti alle attività di trattamento*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, I (2018), pp. 36-40.

canonical system establishes mechanisms to prevent a macroscopic violation of the essential goods indicated by the European order?
It is evident that the first option - actually followed by some episcopates as in the case of the diocese of Luxembourg[43]- reduces the confessional norm to a mere explanatory vehicle of the European provisions; while the second offers the canonical legislator the necessary margins to keep in place the aspects which, *ex parte Ecclesiae*, are indispensable in the treatment of data.
In this regard, it may indeed be significant that the European Data Protection Supervisor has suggested "... greater *self-remain* on the part of the Supervisory Authorities who are called to be less prescriptive and to avoid entering into certain details"[44] towards the religious denominations which, by inverting the principle of accountability, have developed their own regulation compliant with the GDPR.
But, if so, how should the new figure of the Authority be defined and understood which, pursuant to art. 91 par. 2 GDPR, is called to supervise the work of the Italian Church on data protection?
On this point, the GDPR provides only one reference: the Authority that controls religious confessions *can* also be specific, but must possess all the requisites that guarantee its independence and act with competence and exercising the tasks established in chapter VI of the same Regulation[45].
It is an indication susceptible of different interpretations, according to the meaning that is attributed to the requirement of "specificity" and independence.
Thus, it can be considered that religious confessions, in adapting their *body* of rules to the GDPR, must or can establish the Supervisory Authority.
In this perspective, that is, the obligation to make the structure of religious rules complete and compliant with the GDPR would include the establishment of an Authority that would be "specific" because it is denominationally appointed. Which, also given the significant authoritative, corrective, investigation and sanctioning powers that

[43] The regulations of the diocese of Luxembourg on data protection are structured entirely on the GDPR and explain it: cfr. *Standards internes de L'Archevêché de Luxembourg en matierè de protection des donnés,* in https://www.iuscangreg.it/protezione_dati.php?lang=EN (last access on May 7th, 2024).
[44] G. BUTTARELLI, *Nuovo paradigma sulla privacy in Internet: le sfide che si pongono per istituzioni come la Chiesa*, in *Chiesa e protezione dei dati personali,* cit., p. 13.
[45] In particular, the GDPR explains both how the independent supervisory authorities must be constituted and the characteristics they must possess (see articles 52 pars. 1-5, 53-54), and the investigative, corrective and authorization powers that these Authority have in order to effectively supervise the application of the Regulation (cf. articles 51, paragraph 1, 57-58).

Chapter VI of the GDPR attributes to the Supervisory Authorities, would undoubtedly go to protect the autonomy of the religious confession[46].
It remains, however, that the establishment of a "specific" Authority is possible, but not required, while art. 91 par. 2 GDPR does not explicitly recognize to religious groups the power to appoint such an Authority in place of the Member States.
Therefore, nothing excludes that it is the State that designates the subject who has the task of supervising religious confessions or that this task is carried out by the ordinary supervisory authorities and therefore, in Italy, by the Guarantor for the protection of personal data.
Conversely, if it is believed that the independence that the Authority must necessarily possess cannot exist if the controlling entity is chosen by the controlled entity, the supervision of compliance with the GDPR by religious denominations belongs only to a state body or at most, as it has been suggested by many, to a specific body made up of representatives of the state and representatives of religious confessions[47]. This, however, means

[46] On this point, it is sufficient to consider two powers of the Supervisory Authority which could interfere with the freedom of action and organization of a religious denomination: access to all premises, means and tools of the data controller and of the data processor in accordance with Union law and the procedural law of the Member States, impose a temporary or definitive limitation of the processing itself (cf. articles 58 paragraph 1 letter f and paragraph 2 letter f GDPR).
For the interpretation of the art. 91, par. 2 of the GDPR as a rule that authorizes the confessional constitution of the Supervisory Authority see M. GANARIN, *Specificità canonistiche e implicazioni ecclesiasticistiche del nuovo Decreto generale della Conferenza Episcopale Italiana sulla tutela del diritto alla buona fama e alla riservatezza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2 (2018), p. 610, M. GANARIN, who believes that the reference, contained in the art. 91. para. 2 of the GDPR, to the discipline of the Supervisory Authority contained in Chapter VI of the same regulation, makes sense only as a tool to direct the establishment of the same Authority by religious denominations. In indirect support of this argument see, moreover, A. FABBRI, *I dati personali di natura religiosa, tra scelte individuali e trattamento confessionale collettivo*, in *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/ 679*, edited by L. CALIFANO - C. COLAPIETRO, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, p. 562, note 55, which considers compliance with the requirements indicated in Chapter VI of the GDPR a sufficient guarantee of independence even if the Supervisory Authority is constituted by the religious denomination.
[47] In this sense, see D. DURISOTTO, *Diritti degli individui e diritti delle organizzazioni religiose nel Regolamento (UE) 2016/679. I "corpus completi di norme" e le "autorità di controllo indipendenti",* in *federalismi.it,* 27 (2020), p. 59; M. PARISI, *Trattamento dei dati sensibili, tutela dei diritti individuali e salvaguardia dell'autonomia confessionale. A proposito del Regolamento europeo n. 2016/ 679 e della sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Diritto e società*, 4 (2020), p. 772; V. MARANO, *Impatto del Regolamento Europeo di protezione dei dati personali per la Chiesa. Prime soluzioni nei Decreti generali delle Conferenze episcopali: l'esperienza italiana*, in *Chiesa e protezione dei dati personali*, cit., pp. 28-30.

assuming a fundamental contrast between civil interests and confessional interests in terms of data protection which postulates, where possible due to the state regulation of the religious phenomenon, a settlement with bilateral instruments.

8. (continues) The (lack) definition of the specific supervisory authority pursuant to art. 91, par. 2 GDPR by the particular canonical legislator and the national legislator in Italy. The (persistent) state jurisdiction on the intra-religious affairs of the right to the protection of personal data: foundation and limits. On the principle of collaboration

Well, how was the figure of the Supervisory Authority with respect to the Catholic Church defined in Italy?
In this regard, while Legislative Decree no. 101/2018 does not contain any specification of the Regulation, the art. 22 of the current CEI General Decree *Provisions for the protection of the right to good reputation and privacy* limits itself to reiterating that the processing of data is subject to the supervision of the authority established by art. 91 par. 2 of the GDPR. And this unlike other particular Churches, such as the Polish or German ones, which have understood the reference to "specificity" as the possibility of establishing a supervisory authority internally and have proceeded in this direction[48].
In drafting a Decree which burdens the data controller with precise obligations (see art. 3 § 2, 13 § 2), it provides for the designation of a data protection officer (see art. 18), the establishment of a consultancy service (cf. art. 25), the duty of vigilance of the Ordinary (cf. art. 21) and reiterates the canonical tools for reacting to the violation of data protection (*cf. art* . 23), the Italian Bishops' Conference has preferred not to immediately introduce an additional supervisory body using, however, an open formula, which does not exclude the establishment of such a body in the future. In other words, this choice does not mean the automatic delegation of the surveillance function on the intra-denominational processing of data to the Privacy Guarantor *or* to another state public entity set up for this purpose.

[48] In Poland a single and specific supervisory body has been established for the whole country, the ecclesiastical Inspector for the protection of personal data, while in Germany five persons in charge of interdiocesan data protection have been set up to supervise the twenty-seven German archdioceses. On this point, see usefully T. ROZKRUT, *Decreto generale della Conferenza Episcopale polacca relativo alla questione della protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nella Chiesa cattolica,* in *Ius Ecclesiae*, 31 (201)9, pp. 499-514; S. KONRAD, *La protezione dei dati personali nella Chiesa tedesca*, *ivi*, pp. 449-470.

However, it is necessary to ask whether the surveillance activity, if carried out by a state body and focusing, first of all, on the formulas and application of the CEI General Decree, can take place in harmony with the sovereignty and independence of the Italian Catholic Church in its own order.
Above all, it remains to be clarified whether, following the GDPR, confessional acts concerning data protection can be reviewed by a court or other civil body.
These are questions that represent two sides of the same coin.
Certainly the Regulation - without prejudice to any other administrative or extrajudicial appeal - gives the interested party three rights: to lodge a complaint with the Supervisory Authority; appeal against a decision of this Authority before the courts of the State where the Authority is established; present an effective judicial remedy against the data controller or processor before the courts of the Member State where the parties to the dispute are located (see articles 77, 78, 79).
It can be deduced from this that, even if the Supervisory Authority is established by the religious denomination and even if this denomination, as it happens for the Catholic Church, has its own and articulated procedural system, the instruments of protection of the interested party provided by the religious group do not replace the state ones.
In other words, it seems unlikely that the complete *corpus* of rules prepared by a Church - even if compliant with European indications and including supervisory bodies and various dispute settlement tools - means the establishment of a reserve of exclusive jurisdiction in favor of the Church itself which precludes the interested party from the possibility of turning to the State against confessional measures. And this in harmony with what has been sanctioned by the EU Court of Justice, according to which an effective judicial protection of the rights guaranteed by the European system passes through the *independent review* of *national judges*[49].
Even further, and with specific reference to the Italian legal order, the state jurisdiction over the intra-religious affairs of the right to the protection of personal data rests on the well-known principle, affirmed by the Constitutional Court, according to which the confessional autonomy referred to in articles 7 and 8 of the Constitution finds its limit in the need to guarantee inviolable rights even within religious confessions, qualified as social formations where the personality of man takes place pursuant to

[49] On this orientation of the EU Court of Justice applied to disputes concerning the religious factor, see for all P. FLORIS, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritti nazionali e Corte di Giustizia UE*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, 12 (2019), spec. pp. 12-13.

art. 2 Const.[50]. This argument was duly used by the Court of Padua in the ruling on the cancellation of personal data from the baptismal register[51], while since 1999 the *Privacy* Guarantor has constantly intervened on the subject, syndicating the action of parish priests and Bishops and intervening on their work with decisions of a corrective, tax or compensatory nature[52].
In summary: it is evident both that the processing of personal data, despite being the subject of a native law of the Church, is a mixed matter, on which a canonical and civil competence concurs[53], and that the relations between the two jurisdictions cannot be defined with the prevention criterion[54]. Rather, since pursuant to the GDPR (see art. 78, paragraph 2) in order to appeal to the state judge against the provision of the Supervisory Authority, this provision must be in place or that after three months from the complaint nothing has been communicated to the interested party, if the Italian Episcopal Conference constituted a specific confessional authority, the latter's decision could, at most, be considered challengeable before the civil court only after all the canonical appeals have been exhausted[55].

---

[50] See Constitutional Court, 30 July 1984, n. 239, in *Il Foro italiano*, 107 (1984), cc. 2397-2404, nt. N. COLAIANNI, *L'appartenenza «di diritto» alle comunità israelitiche tra legge, intesa e statuto confessionale*.
With reference to the Catholic Church, the principle sanctioned by the Constitutional Court finds confirmation and support in art. 2 letter c of the Additional Protocol to the Agreement of 18 February 1984 (law 25 March 1985 n. 121) pursuant to which the civil effects of the sentences and provisions issued by the ecclesiastical authority against clergymen and religious in spiritual or disciplinary material they must be understood in harmony with the rights constitutionally guaranteed to Italian citizens.
[51]See Tribunale di Padova, decree 29 May 2000, cit., p. 235.
[52] For information, see among the most recent provisions: Privacy Guarantor, provision of 13 December 2012, doc. web. no. 23338014; provision of 20 September 2012, doc. web. no. 2099418; provision of 21 April 2011, doc. web. no. 1816392 in *www.garanteprivacy.it* .
For earlier decisions, see C. VENTRELLA MANCINI, *Diritto alle "identità" e profili interordinamentali: cambiamenti di status e certificazioni religiose,* in *Diritto e Religioni*, 5 (2010), pp. 255-256.
[53] For the thesis, dating back, according to which in the matters that the confessional normative model includes in the autonomy of the Church, there are no rights based on state norms, see instead O. GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 385-387.
[54] On the possibility of extending the criterion of prevention, indicated by the Court of Cassation with reference to the concurrent competence alternatively of the State and the Church in the matter of remuneration of the clergy in the service of the diocese, to other topics, see G. P. MONTINI, *Il ricorso della autorità giudiziaria civile nei processi matrimoniali canonici. Una valutazione giudiziaria a partire dalle disposizioni concordatarie italiane*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 16 (2003), pp. 142-143.
[55] In this sense, with reference to the reality of the Catholic Church in Germany, cfr. S. KONRAD, *La protezione dei dati personali nella Chiesa tedesca*, cit., pp. 468-469.

Moreover, when the Italian Bishops' Conference decided to avail itself of the effects that art. 91 GDPR recognizes to the confessional rules in the European order, coordinating the particular canon law to this order, it has also implicitly accepted that its data processing activities are susceptible to an external supervisory action.
In other words: in the light of the GDPR, there seems to be no room for acceptance of the thesis, albeit supported authoritatively and with various arguments, according to which the processing of data carried out within the Catholic Church is always extraneous to civil law and jurisdiction[56].
Now, given that ecclesial subjects could be called to answer for their work on data protection before state administrative and judicial bodies, the question is that of the modalities and limits of this union.
With respect to this question, in the light of art. 7, 1st paragraph of the Constitution, of the art. 2 of the Agreement of 18 February 1984 (law 25 March 1985 no. 121) and of the supreme principle of secularism - as the cornerstone of the attitude of the Italian State with respect to the religious phenomenon which precludes interference in the sphere of religious aggregations[57] - some fixed points must be drawn.
A preventive and abstract check of completeness and conformity to GDPR of CEI Decree *Dispositions for the protection of the right to good reputation and privacy of 2018* seems to be excluded. In other words, an appeal against the canonical norms is not admissible, since a check on the legislation of the Church or on the interpretation and application of ecclesial rules carried out by religious authority is constantly recognized, in jurisprudence, as an act which unequivocally invades confessional autonomy[58].
The state body, therefore, only intervenes following a complaint or appeal by the interested party and to ascertain, in the concrete case, whether there has been a violation of the right to data protection as defined by the Regulation, by evaluating incidentally the canonical norm and its respect.
As for the conduct of such a union, the general criteria that govern the jurisdictional relations between the order of the Italian state and the order

[56] In this sense, see S. BERLINGÒ, *Si può essere più garantisti del Garante? A proposito delle pretese di «tutela» dai registri del battesimo*, pp. 308-309; G. DALLA TORRE, *Registro dei battesimi e tutela dei dati personali: luci ed ombre di una decisione,* cit., pp. 239-240; V. MARANO, *Libertà religiosa e autonomia confessionale nella società dell'informazione. Nodi problematici e prospettive di evoluzione alla luce del "Codice in materia di protezione dei dati personali*, in *Iustitia*, 2-3 (2004), pp. 341-343.
[57] See Corte costituzionale, 12 April 1989, n. 203 in *Il Foro italiano*, I (1989), cc. 1333-1346 nt. N. COLAIANNI, *Il principio supremo di laicità dello Stato e l'insegnamento della religione cattolica.*
[58] On this specific point I take the liberty of referring to B. SERRA, *Sulla responsabilità civile del giudice canonico. Profili giurisdizionali*, in *Ius Ecclesiae*, 24 (2012), pp. 252-253.

of the Church should apply and therefore: a) the examination of the appeal can only concern effects and aspects that involve state values and interests, since it is not admissible to enter into the religious merit of the provision, nor to reform it or declare it null and void within the confessional system; b) the verification of the infringement of the right to data protection can be followed by the assessment of the unjust damage that has arisen and the imposition of consequent compensation measures[59].
Furthermore, if it is true that the GDPR gives anyone the right to compensation for material or immaterial damage caused by a violation of the Regulation (see art. 82), it is also true that the reference, present in the CEI Decree, to the canonical obligation to repair the damage (cf. art. 23), could be used in an interpretative way to understand this right either as a confessional faculty, which the faithful can claim exclusively within the canonical order, or as a faculty that can be exercised in the civil forum only on a subsidiary and residual basis.
Certainly, the hermeneutical and evaluation scheme to which the administrative or judicial state body will refer is of decisive importance, not only to establish whether its competence exists, but, above all, to ascertain a violation of the position of the interested party.
In this regard, since the General Decree of the CEI has implemented the guarantee mechanisms provided for by the GDPR, it would be difficult to highlight substantial formal gaps of protection in the canonical order or conflicts with the principles of the Regulation. Rather, in considering the appellant's request, the state judge and the Supervisory Authority - called to take appropriate, necessary and proportionate measures (see "Recital" no. 129 GDPR) - should, first of all, start from the non-absolute nature of the right to the protection of personal data and to read it, also, in the light of the confessional context in which this right is exercised and the meaning it assumes in it. The objective is to avoid two risks of opposite sign: the risk that, due to the sovereignty of the Church, an indeterminate free zone is established, with respect to which the State is precluded from any intervention even in the face of macroscopic violations of fundamental rights; the danger that, in the name of these rights, and even further, of a

[59] On the cornerstones that govern the relationship between state jurisdiction and confessional jurisdiction by reason of the secular nature of the state, see for all C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 276-282.
As for the issue of compensation for damages, it is worth remembering that the United Sections of the Court of Cassation have ruled that only the infringement of a right guaranteed by the state legal system and determined by the effects in the civil court of a measure or action by the confessional authority configures the unjust damage: Cass. Civ., Sez. Un., 13 June 1989, n. 2853, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1 (1990), pp. 402-409.

state idea of the dignity of the person as the root of the rights themselves, the freedom of action and organization which belongs to the Church in Italy could be de facto emptied[60].
These are two intrinsic risks to any act of definition of the relationship between personal rights and confessional autonomy which now, following the qualification of data protection as a fundamental right operated by the Euro-unitary system, are re-proposed for a specific sector.
On this point, however, one observation is necessary.
Certainly, today's information technology tools involve a concrete and current danger of injury to the person through the processing of his data. Surely it was necessary to react with legal instruments above all at a supranational level, through an articulated system of rules which aims to prevent the aforementioned danger, and which also involves religious denominations.
Having said that, if we look at the activity of the Italian Privacy Guarantor from 2018 to today, no complaint or appeal has been proposed with reference to the treatment carried out by the Catholic Church[61]. Moreover, even considering the canonical juridical experience it does not seem that the claim of data protection is the cause of a consistent number of administrative or jurisdictional appeals. The small number of cases examined by the special ecclesiastical courts for data protection established by the German Church is exemplary in this sense[62].
It can be deduced that the legal framework defined by the GDPR and, consequently, by the Church, at the moment effectively prevents conflicts or, also, that in the reality of intra-ecclesial relationships the sensitivity of citizens/faithful for the treatment of their data is not, then, so accentuated, so that the right to data protection is qualified as fundamental, but is not considered as such by its holders within the dynamics of the community of believers.
It will, therefore, above all the future practice to bring out any and effective critical issues posed by the application of the GDPR in the relationship between the order of the Church and the order of the State.

---

[60] For considerations aimed at highlighting the dignity of the person as a value whose protection requires overcoming the principle of separation between the order of the State and the order of the Church, see for all N. COLAIANNI, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Cacucci Editore, Bari, 2000, pp 54-59.
[61] In this regard, see the Annual Reports of the Privacy Guarantor of 2018, 2019, 2020, 2021, at *www.garanteprivacy.it* (last access on May 7th, 2024). In this period of time the only question of data processing by religious denominations has arisen with reference to the Christian Congregation of Jehovah's Witnesses: cfr. Guarantor for the protection of personal data, provision of 25 February 2021, *doc. web* 9574136, at *www.garanteprivacy.it* (last access on May 7th, 2024).
[62] On this point, see G.P. MONTINI, *I tribunali ecclesiastici competenti in materia di privacy in Germania*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 33 (2020), p. 223.

Then, it will be with respect to these tangible problems that it will be possible to resort to agreements between the two parties for their solution. The Italian legislator would execute such agreements by exercising its power to adapt the European dictates to the national reality. And this (always) by leveraging the principle of collaboration that structures the relations between the State and the Church in Italy and between the European Union and religious confessions[63].
In any case, so that the different and possible forms of collaboration are not reduced to the search for a fragile compromise in which each of the interlocutors loses something of themselves, but are truly profitable, it is necessary that the two parties to the relationship do not enter into as distant and different centers of power, for the sole purpose of establishing who must yield more to the other, but as two entities which, through dialogue, identify the need for justice inherent in the human person and his sociality in the religious dimension and in the civil one. Only in this perspective, which tends to structure the relations between the State and the Church on a juridical order of an objective nature, in which both can recognize each other, it is possible to set up these relations in terms of service to the person, juridically grounding this service in the rights of the person himself, including the right to data protection.

Abstract (ENG): This contribution intends to define the subject of data protection from a specific perspective, looking at the Italian experience with particular reference to the action of the Catholic Church and the declination of data protection within the peculiar dynamics of coexistence between canonical and state regulations.

Keywords (ENG): personal data protection, personal data of a religious nature, Catholic Church, Italian State, GDPR

[63] See articles 1 and 13, para. 2 of the Agreement of February 18, 1984 (law March 25, 1985 n. 121); art. 17, paragraph 3 of the Treaty on the functioning of the European Union.

***JUS*- ONLINE 2/2024**
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

SERGEY V. STEPANENKO[*], VIKTORIIA D. FILIPPOVA[**], VALENTINA O. BONIAK[***], TATIANA V. MALAKHOVA[****], OLENA V. KRAVCHENKO[*****]

Development of the mechanism of public administration in Ukraine: Organisational and legal aspects[******]

DOI: 10.26350/18277942_00017

Summary: 1. Introduction. 2. Materials and Methods. 3. Results. 4. Discussion. 5. Conclusions.

1. Introduction

Public administration is one of the structural types of state activity in Ukraine. For its effective implementation, it is necessary to have a perfect mechanism that would purposefully and rationally manage socio-economic processes in the state and develop all areas of public administration. With the creation of an effective mechanism of public administration, it is possible to achieve economic growth of the country, social stability, and take high positions in the ranking of global competitiveness of countries. The development of an effective economic and social state policy should become a priority in the development of the public administration mechanism. It is important to constantly implement reforms and implement the best practices in the functioning of state institutions. Therefore, it is necessary to search for the most optimal ways to develop state power within the framework of development of the mechanism of public administration.

[*] Professor, National University "Odesa Law Academy", Odesa, Ukraine (sergeystepan45@ukr.net).
[**] Professor, Kherson National Technical University, Kherson, Ukraine (viktoriiafilippova@outlook.com).
[***] Professor, the Head of the Department of the Theory and History of State and Law, Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs, Dnipro, Ukraine (valentinaboniak@proton.me).
[****] Professor, Kherson National Technical University, Kherson, Ukraine (tatianamalakhova@hotmail.com).
[*****] Senior lecturer, Donetsk State University of Management, Mariupol, Ukraine (olenakravchenko22@proton.me).
[******] Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

A number of studies by Ukrainian researchers are devoted to the development of the mechanism of public administration in Ukraine. Thus, O.B. Honcharuk and N.O. Savichuk[1] conducted an in-depth analysis of the existing mechanisms of public administration in Ukraine and came to the conclusion that its development takes place based on scientific principles with the coordination of the interests of the government, the public, and business. The study evaluates the typology of the mechanism of public administration by subject and object of management. A comprehensive mechanism of public administration is proposed, which is formed by five components: motivational, organisational, economic, political, and legal. The classification of public administration mechanisms by subjects is considered, with differentiation into four levels: higher, regional, district, and local. Nine principles are defined according to which the formation of the mechanism of public administration is carried out. At the same time, researchers have thoroughly investigated the features of the development of the mechanism of public administration in Ukraine, the study does not analyse the best foreign experience in the development of such a mechanism and substantiate the possibilities of borrowing it for Ukraine.
In the study by L.M. Akimova[2] on improving the main components of the mechanism of public administration of economic security of Ukraine, their main components are identified. The author suggests that the components of the public administration mechanism have a multi-level, complex and hierarchical structure, which, accordingly, can ensure the economic security of the state at the proper level. The author schematically reflects the mechanism of public administration according to the following structure: policies, methods, levers, tools, legal support, regulatory support, and information support. The paper is constructed in accordance with the object of research – economic security of Ukraine, so the system of forming the mechanism of public administration is not reflected in depth and foreign experience regarding its essence is not considered. O.

[1] O.B. HONCHARUK - N.O. SAVICHUK, *The concept of governance mechanisms and their practical significance*, *Investments: Practice and Experience,* 7 (2021), pp. 77-83, https://doi.org/10.32702/2306-6814.2021.7.77.
[2] L.M. AKIMOVA, *Improvement of the main components of the mechanism of public administration of ensuring economic security of Ukraine*, *Public Administration and Local Government,* 39, 4 (2018), pp. 75-81, http://ep3.nuwm.edu.ua/id/eprint/14668.

Makarova[3] conducted a comparative analysis between the definitions of "public administration" and "mechanisms of public administration" and concluded that their essence depends on the approaches of various scientists. According to the author's approach, the mechanism of public administration is based on the power and managerial function of the state. The study does not cover organisational and legal approaches to the essence of the mechanism of public administration, which makes the study not too in-depth.

Relevant is the study by V.Yu. Halushka[4], who substantiated the development of mechanisms of advanced public administration. It is advanced public administration that is characterised by dynamism, which is manifested in all areas, in particular, in the mechanism of public administration. At the same time, the researcher does not describe the development of a mechanism for advanced public administration. S. Dyachenko[5] describes the definitions of public administration mechanisms in scientific sources and categorises them into several groups. Based on the considered definitions, the author provides his own classification of the mechanism of public administration: mechanism as a means and method; mechanism as a system; mechanism as a set of actions. This approach can be applied in the implementation of the public administration mechanism. However, the author does not consider the features of its development and does not consider the definitions of foreign researchers.

The study by Blikhar et al.[6] highlight a number of important issues that have impeded Ukraine's attempts to implement successful public administration reforms. The absence of institutional stability in Ukraine's government agencies and bureaucracy is one of the main challenges

[3] O. MAKAROVA, *Mechanisms of customs affairs' public administration: Approaches to definitions*, *Actual Problems of Public Administration*, 84, 3 (2021), pp. 126-130, http://uran.oridu.odessa.ua/article/view/246358.

[4] V. YU. HALUSHKA, *Development of advancing mechanisms public administration*, *Law and Public Administration*, 1 (2022), pp. 175-179. https://doi.org/10.32840/pdu.2022.1.26.

[5] S. DYACHENKO, *The concept of the state administration mechanism: Modern approaches*, *State Formation*, 30, 1 (2021), pp. 1-12. https://periodicals.karazin.ua/db/article/view/21358.

[6] M. BLIKHAR - I. SKOVRONSKA - V. SHYSHKO - O. POTSIURKO - A. HODIAK, *Institutional stability of public administration in the conditions of increasing economic and legal challenges and threats of financial and economic and socio-political crisis in Ukraine*, *Financial and Credit Activity: Problems of Theory and Practice*, 50, 3 (2023), pp. 372-381. https://doi.org/10.55643/fcaptp.3.50.2023.4087.

mentioned. The authors contend that inconsistent application of reform programmes and strategic planning has been hampered by frequent changes in agency leadership, reorganisations, and jurisdictional disputes. The financial strains brought on by economic downturns have made it necessary to reduce funding for administrative modernization projects, which has intensified the institutional instability. The implementation of new governance procedures, civil servant training, and technology upgrades are hampered by the lack of funding.
The research of Ilnytslyi and Ilkiv[7] emphasises the particular difficulties that Ukraine faces as a result of having to operate under martial law. The researchers contend that in order to quickly respond to the unstable security environment, an efficient public administration system during a conflict needs to be based on the key concepts of agility and flexibility. In order to avoid an overly centralised top-down strategy that might collapse in the face of disruptions, this calls for a decentralised distribution of decision-making authority to regional and local authorities. Restructuring civilian public administration organisations to align with the military-civil administrations in conflict zones and Ukraine's territorial defence system is another crucial component. This means improved systems for information exchange, coordinated logistics, and unified strategic communications across bureaucracy in the military and the civilian world.
The purpose of the study is to analyse the features of the development of the public administration mechanism in the context of organisational and legal aspects.

2. Materials and methods

The study is based on the conducted qualitative research and analysis of existing approaches to the development of the mechanism of public administration in Ukraine. The information base was materials from scientific and practical conferences, papers by Ukrainian, German, Chinese, English, and Portuguese researchers. The study was conducted using an analysis of scientific articles from the Scopus database, which covers a wide range of research. The methodological basis of the study was

[7] O. ILNYTSLYI - N. ILKIV, *Features of public administration ensuring security under the legal regime of martial law in Ukraine*, *Access to Justice in Eastern Europe*, 6, 1 (2023), pp. 125-135, http://dx.doi.org/10.33327/AJEE-18-6.1-a000109.

general scientific and specific research methods. Methods of analysis and synthesis were used when determining the essence of the concept of "public administration mechanism". By conducting a critical analysis, the distribution of the mechanism by: methods, tools, tasks, and principles is synthesised. Using the methods of analysis, generalisation, synthesis, and abstraction, the results of the analysis of the essence of the public administration mechanism and the degree of influence of each result are described. Methods of analysis, synthesis, and formalisation helped to detail the direction of using the ways of developing the mechanism of public administration in Ukraine in organisational and legal aspects.

Based on the deduction method, problems in public administration during the war are identified. Conclusions and some statements are made during an in-depth study of scientific information, as well as the conclusions of Ukrainian, German, Portuguese, American, and Chinese scientists. The development of the public administration mechanism is determined by the method of its implementation using methods and principles that effectively ensure interaction between all elements of the subsystem. The use of public administration tasks requires the transformation of economic systems, considering the circumstances of the external environment. The main indicators in the process of developing the mechanism of public administration are economic, social, political, legal and informational components. This approach is used in many studies by Ukrainian, German, English, and Chinese researchers.

The study focused on: the search for the essence of the concept of "public administration mechanism" and highlighting its main common features in the scientific literature, schematic construction of the mechanism of public administration and substantiation of each of its components in organisational and legal aspects, the definition of the main branches of state power in Ukraine in ensuring the development of the mechanism of public administration. The study was carried out in several stages. At the first stage, using the analysis of scientific publications of Ukrainian, English, and Chinese researchers and the method of structuring, the main components of the essence of the concept of "public administration mechanism" are grouped by: implementation tools; a set of levers of state policy; the form of information transformation; the creation of state networks; the concretisation of state processes; components in public administration; the nature of state measures.

At the second stage, when constructing the features of the development of the public administration mechanism, assumptions about the application of each of the methods, principles, tools, and tasks under various fluctuations in the external and internal environment are considered. Each of the components is studied in depth and a conclusion is given about the possibilities of their use for Ukraine. At the third stage, economic and other tasks of public administration during the war in Ukraine were formed. At the fourth stage, the relationship between the branches of state power of Ukraine is determined for the effective formation of the mechanism of public administration.

3. Results

In modern economic conditions, public administration should be carried out according to a certain mechanism, regardless of the level of hierarchy. Depending on the external conditions of influence on the mechanism of public administration, it is necessary to constantly improve it with the development of new technologies. In other words, the development of a public administration mechanism should effectively influence the management of all state processes at all economic levels. Before determining the effective process of forming the mechanism of public administration, its essence is clarified in the scientific literature. The study suggests that the mechanism of public administration is a set of methods, principles, tools and tasks of economic, political, legal, organisational, and motivational nature formed to achieve the best direction for the development of public administration. Based on the above own statement of the concept of "public administration mechanism", it is determined that its development is carried out based on four components: methods, principles, tools, and tasks. Figure 1 schematically shows the features of the formation of the public administration mechanism used in Ukraine.

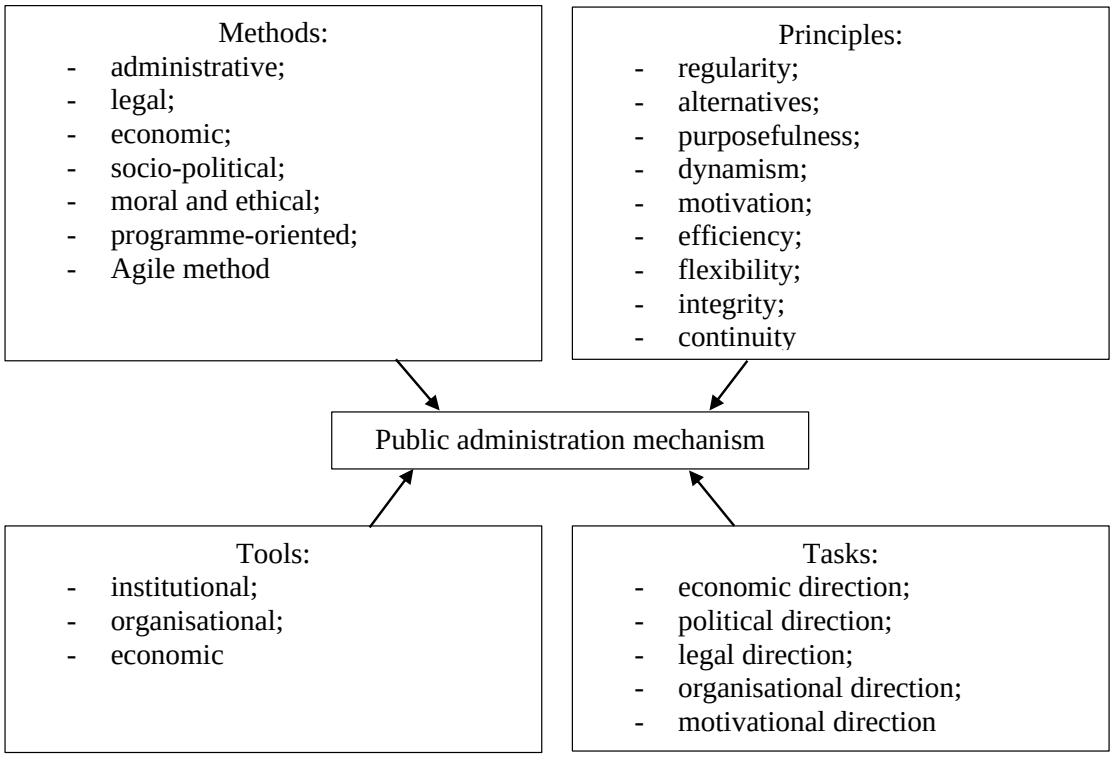


Figure 1. Development of the mechanism of public administration in Ukraine

The application of each of the methods of public administration provides primarily in which area of public administration it will be applied. Thus, administrative methods are used in all areas of state regulation. Administrative techniques give state agencies the ability to directly affect and regulate society and market participants through laws, licenses, permits, inspections, and enforcement measures[8]. Legal methods encourage citizens and organizations to adhere to the established laws, codes, and regulatory framework governing their rights and responsibilities. Economic methods provide the basis for private property ownership, entrepreneurial freedom to operate businesses, and economic activity while enforcing tax policies, customs duties, currency controls,

[8] L.A. HRITSYNA, *Methodology of public administration: Specifics and problems*, in *Collection of Materials of the All-Ukrainian Scientific and Practical Conference with International Participation "Current Trends in the Development of the Economy, Finance, and Management: New Opportunities, Problems, Prospects"*, Kyiv, (2023), pp. 174-176.

antitrust regulations, and other economic management tools[9]. The socio-political method is employed when the population engages in political activities like voting, protests, lobbying; develops civil society and public organizations; creates leisure, cultural, and community activities; and accesses public services. The moral and ethical method shapes spiritual values, psychological beliefs, worldviews and narratives around concepts of statehood, national dignity, patriotism, and citizen responsibilities among the population through education, media, and promotion of ideological principles[8].

Quite new in public administration in Ukraine is the use of the programme-oriented method[10][11][12]. This method involves the development of software in public administration, which is used in various state fields of activity, but is formed in a single specific system. This method combines administrative, economic, legal, moral, ethical, socio-political methods in one integral system. The developed specific programmes define the necessary different types of resources for the specified tasks of public administration. In other words, first tasks are defined for the development of state programmes, and then a product is formed for the implementation of these tasks. It is worth noting that in Ukraine, when using this method, success has been achieved in programme-oriented solutions, but most of them have a negative experience. In other words, when applying this method, public administration in Ukraine needs to study its own negative experience in depth in order to prevent gaps in the future.

The newest method in public administration, especially for countries with a developed industry of its technologies (to which Ukraine belongs), is the

[9] S.A. VAVRENIUK - O.M. NEPOMNYASHCHYY - O.A. MARUSHEVA - I.A. LAHUNOVA - S.M. SHOSTAK, *Mechanisms of public administration in post-soviet societies*, *Linguistics and Culture Review*, s2, 5 (2021), pp. 354-365, https://doi.org/10.21744/lingcure.v5nS2.1358.

[10] S. VAN THIEL, *Research Methods in Public Administration and Public Management: An Introduction*, London, 2021, https://doi.org/10.4324/9781003196907.

[11] X. GAO - J. YU, *Public governance mechanism in the prevention and control of the COVID-19: Information, decision-making and execution*, *Journal of Chinese Governance, 5(2)* (2020), pp. 178-197, https://doi.org/10.1080/23812346.2020.1744922.

[12] M. KOVALSKYI, *Program-target methods of public management of territorial development*, *Investments: Practice and Experience*, 19, (2021), pp. 110-114, https://doi.org/10.32702/2306-6814.2021.19.110.

Agile method[13]. Based on the ideas of fast modification, continuous feedback, and iterative development, the Agile method adopts an adaptable and flexible approach. It makes it possible to swiftly adjust and rearrange governmental programs and policies in response to shifting external conditions, which is essential in the continuous conflict to effectively adapt to fast changing conditions on the ground. The Agile methodology places a strong emphasis on small, cross-functional teams operating in brief cycles with the goal of continuously assessing and enhancing program execution. Figure 1 shows that the development of the public administration mechanism is carried out on the basis of nine principles[1,14]:

- the principle of regularity, which provides for a constant increase in the welfare of the population and satisfaction with the standard of living as a priority of public administration;
- the principle of alternatives in public administration provides that the state should provide alternative options in its activities in order to prevent deterioration of the comfort of living and carrying out activities by the population;
- the principle of purposefulness in public administration forms a single mechanism that can contribute to the fulfilment of the main goal of the functioning of the state;
- the principle of dynamism in public administration assumes that the state system works continuously and is well adapted to the internal and external environment in dynamics;
- the principle of motivation in public administration provides for the interest of state bodies in implementing targeted state programmes;
- the principle of efficiency in public administration is that for the implementation of state programmes, it is necessary to choose the best option;
- the principle of flexibility in public administration is to quickly respond to changes in the internal and external environment and move to a more appropriate path of state development;

[13] R. MAO, *Research on human resource agile organization of public management department*, *Academic Journal of Business & Management*, 4(16) (2022), pp. 17-20, https://dx.doi.org/10.25236/AJBM.2022.041603.
[14] V.P. KOHAN, *Subjects of flexible methods of public administration*, in *Proceedings of the IV International Scientific and Practical Conference "Reforming the Legal System in the Context of European Integration Processes"*, Sumy, 1 (2020), pp. 211-215, https://essuir.sumdu.edu.ua/handle/123456789/78973

- the principle of integrity in public administration provides that the state system is integral and all spheres function in a single system;
- the principle of continuity in public administration is the continuous work of the state towards better living conditions and achieving a high level of global competitiveness.

Using a variety of instruments to facilitate the execution of public administration across multiple domains is a crucial component of establishing a successful mechanism[15]. The research pinpoints three primary tool types that are essential to forming and putting into practice Ukraine's public administration strategy. These institutional, organizational, and financial instruments function as levers within the larger system to influence the creation and application of policy. The particular actions and instruments used in the creation of Ukraine's public administration mechanism are listed in Table 1 under each category of tools.

Table 1. Key tools for developing the public administration mechanism in Ukraine

Tool	Description
Institutional Tools	• Streamlining the state body system • Bolstering governmental oversight, management, and control over economic activity • Execution of e-governance programs • Utilizing public-private partnerships and making sure they grow institutionally • Making sure the state fulfils its social duty to the people
Organizational Tools	• Looking for funding sources for socioeconomic growth through state management roles • Establishing state foundations to finance key investment projects at a discounted rate

[15] Z. HBUR, *Tools of state economic security government*, *Investments: Practice and Experience*, 1, (2018), 93-97, http://www.investplan.com.ua/?op=1&z=5875&i=16 (Last access on 03.03.2024).

	• Encouraging the state's intellectual growth via innovation and research initiatives • Putting social security guarantee policies into place and continuously raising their standard
Economic Tools	• Modernising and rearranging the territorial infrastructure • Creation of venture capital to make use of the state's intellectual and scientific potential • Small and medium-sized enterprise activation • The operation and growth of integrated manufacturing complexes at different local levels • focused funding for the advancement of important economic sectors

Development of the mechanism of public administration in Ukraine is carried out based on tasks in five areas. The study suggests that in the current conditions of development of Ukraine, during the war, they should be determined with this in mind. Therefore, the first economic task of public administration in modern conditions is to create an organisation under state bodies to attract investment for the restoration of Ukraine and the creation of new priority enterprises. At the same time, such an organisation should cooperate with international organisations to ensure communication with foreign investors. Moreover, one of the ways to attract investors should be to hold online conferences and forums with the involvement of scientists and teachers. The second task should involve development of areas for post-war development of innovative infrastructure in the affected regions. Here it will be necessary to hold competitions for the best technological project that will consider production and environmental problems. The next task should concentrate on creating a market for regional investment resources. This task can be implemented by attracting savings of the population together with budget funds and funds of financial intermediaries. Finally, the last task is to expand the development and create small and medium-sized businesses, especially in priority economic activities.

In the political course of public administration, the main tasks should be: the development of political stability in the state, consistent implementation of reforms for the restoration of Ukraine; planning and

consistent implementation of a systematic industrial policy that will further contribute to political stability. The tasks of the legal course of public administration are to develop regulatory support that would contribute to the implementation of economic and political development, as well as the social well-being of the population in the post-war period. The tasks of the organisational direction will be to delegate managerial powers of the state (represented by executive authorities), enterprises, public organisations and institutions. On the basis of such delegation of responsibilities, it is possible to effectively implement the economic directions of tasks. In the motivational direction of public administration, the main task will be to form a team of employees of state bodies to implement economic tasks. It is necessary to create a system of motivation for them to be interested in generating ideas of implementation and in the effective implementation of the tasks set.

There are several obstacles that could prevent the public administration mechanism in Ukraine from being implemented effectively. The corruption problem that still exists at all levels of the Ukrainian government is one of the main challenges. The appropriate use of the instruments, strategies, and values designed to promote effective public administration is compromised by corrupt behaviours. Even well-thought-out organisational and financial instruments are susceptible to corruption-related resource and money misuse. Another key limitation is the lack of adequate funding and resources required to fully operationalize the development of the public administration mechanism. Ukraine's economic challenges, exacerbated by the ongoing war, restrict the financial capacity to invest in modernizing infrastructure, implementing e-governance initiatives, supporting small businesses, and pursuing other productive economic tools. Limited funds also impede institutional capacity-building, training of personnel, and research and development activities.

Another significant obstacle is the resistance to change and bureaucratic lethargy. The years-long ingrainment of antiquated procedures, inefficiencies, and a lack of accountability makes the implementation of contemporary public administration techniques challenging. It takes a big cultural shift to adopt practices like program-oriented and Agile methods, and bureaucrats used to work in hierarchical command-and-control structures could be resistant. It will need persistent political will, change management initiatives, and incentives for adopting new governance

models to overcome this. Furthermore, resources and attention have unavoidably been drawn away from public administration reforms due to the precarious political climate and ongoing war. Prioritising critical security requirements and post-conflict reconstruction may override long-term bureaucratic restructuring in favour of more urgent matters.

Public administration in Ukraine is carried out in accordance with the Constitution of Ukraine. Thus, the mechanism of public administration in Ukraine is developed by the most important institutions, namely: the President, the legislative, executive, and judicial authorities, and the prosecutor's office. The Constitution of Ukraine in 1996 established the organisation of state power as a generally recognised principle of division into legislative, executive, and judicial[16]. At the same time, the state authorities of Ukraine are equal and independent from each other. According to the Constitution, the Verkhovna Rada of Ukraine has the main features of the status of the Parliament of Ukraine as a single national, representative, collegial, elected, unicameral and permanent body of legislative power of Ukraine.

There is a close relationship between the most important state institutions in Ukraine, which is based on the interaction of the main branches of public relations that are the subject of constitutional regulation. The functioning of each of the state institutions should create all the important prerequisites for the effective operation of other institutions, which determines their direction and content. The Constitution of Ukraine defines: the structure, status and competence of the executive power; regulates issues related to the relationship between the president and the government, the government and the highest representative body of legislative power; defines the constitutional responsibility of the executive power and the exercise of parliamentary control over the activities of the executive power[16]. The Constitution of Ukraine describes the status of the judiciary in relation to: establishing the main provisions of the judicial system, types of jurisdictions of courts, subordination of courts, the activities of the prosecutor's office, the bar, and enforcement agencies.

Public administration in Ukraine is carried out by a single legislative body – the Verkhovna Rada of Ukraine. The president of Ukraine acts as a

[16] The Constitution of Ukraine, 1996, https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 (Last access on 03.03.2024).

guarantor of state sovereignty, territorial integrity of the state, respect for the Constitution, rights and freedoms of citizens. Executive power is exercised by the Cabinet of Ministers of Ukraine. Judicial power in Ukraine is exercised exclusively by courts of various instances. State bodies are granted the status to act on behalf of the state and according to its powers, that is, they are official representatives of public administration. The performance of public administration tasks belongs to state bodies of public authority, which are consolidated by separate regulations. According to this, it is allowed to exercise state power in three types: legislative, executive, and judicial. The powers granted determine the specific rights and obligations of state bodies. Accordingly, they must carry out their activities in relation to public administration within the limits of the rights granted to them. Their competence includes adopting relevant acts that are mandatory for execution by subordinate bodies, officials and citizens and, accordingly, monitoring their implementation.

As Ukraine tries to reform and strengthen its public administration machinery, a particularly important benchmark for comparative research is the reform experiences of the Baltic states that went from being Soviet republics to EU members. Similar to Ukraine, these countries had to demolish deeply ingrained bureaucracy from the Soviet era and build new political structures focused on democracy, free markets, and eventually European integration. Nonetheless, the Baltic nations advanced more quickly because they pursued extensive civil service reforms aimed at creating professional, merit-based government workforces that complied with contemporary standards of accountability and ethics. To improve openness and expedite bureaucratic procedures, they also vigorously adopted e-service delivery and digital governance systems. Regaining public trust was made possible by strong anti-corruption initiatives like as legislation protecting whistleblowers, anti-graft organisations, and judicial reforms. Ukraine, on the other hand, has taken longer and encountered more obstacles from oligarchic forces opposed to change in its public administration. However, Ukraine's public administration system might be revitalised by adopting Baltic strategies such as digitization, sector-specific integrity initiatives, and meritocratic civil service recruiting.

The bureaucratic, centralised public administration structure from the Soviet era was left behind by both Ukraine and the member states of the European Union in Eastern Europe. To bring their public administrations

into compliance with the European Administrative Space's guiding principles (decentralization, accountability, openness, and efficiency) the EU member states have, nevertheless, implemented significant reforms. On the other hand, while it has achieved considerable headway recently, Ukraine has been slower to execute comprehensive public administration changes. The public administration systems of the EU member states in Eastern Europe have now mostly adapted to the EU standards and best practices, which prioritise a merit-based civil service, a distinct division of powers between the political and administrative domains, and efficient cooperation between the various governmental branches. In contrast, political meddling, a lack of resources, and problems with coordination between federal and local agencies continue to be problems for Ukraine's public administration.

4. Discussion

In the scientific literature, many works are devoted to the development of public administration in Ukraine. However, most of the studies do not consider the current state – the war in Ukraine, which is conditioned by the complexity of the conditions for research and the duration of publication. The study that was conducted by O. B. Honcharuk and N. O. Savichuk[1] defines the features of the development of the mechanism of public administration. The authors have developed a mechanism of public administration consisting of economic, political, legal, motivational, and organisational components. However, the study suggests that the mechanism of public administration is much broader based on its essence. Figure 1 shows the features of its development, which is more in-depth and more accurately reflects the essence of the public administration mechanism. The authors suggest that the mechanism of public administration is established according to certain principles. However, several other principles that are more relevant in the state administration of Ukraine were considered. These include the following principles: regularity, alternatives, motivation, and flexibility. A positive aspect of the study is that it identifies the factors that constrain the implementation of public administration mechanisms in Ukraine. The main one is the fight against corruption.

Based on the analysis of the essence of the concept of "public administration mechanism" in Ukrainian and foreign sources, it is clear that there is no single approach to it. Each of the researchers considers it within the limits of their scientific interests. However, the considered approaches can be grouped regarding the essence of the concept of "mechanism of public administration" as: tools for the implementation of executive state power[1]; a set of levers, means, and incentives of state policy[2,3,4]; a separate organised form of the movement of matter in the multi-cyclical transformation of information[5]; the creation of state networks[17]; concretisation of state processes[18]; a set of forms, means, measures, and methods in public administration[19]; organisational, economic, motivational, legal, and political state measures[20].

V.Y. Vorotin et al.[21] determined that the methods of public administration are administrative, economic, donor, and protectionist. But the study suggests that donor and protectionist methods can be attributed to economic methods. The authors do not consider the latest methods, such as Agile and programme - oriented. In modern conditions, these methods are most relevant for use in public administration. The researchers note that the organisational mechanism of public administration should stimulate self-development, the establishment of regional centres, medium and small businesses. In the results of the current study, the organisational aspect is considered somewhat differently, as the possibility of delegating

[17] L.W. LIN - C.J. MILHAUPT, *We are the (national) champions: Understanding the mechanisms of state capitalism in China*, *Columbia Law and Economics Working Paper No. 409*, (2011), https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1952623.

[18] J.J. TOZZI, *Management of the administrative state*, (2020). https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3644797 (Last access on 03.03.2024).

[19] N. LIKARCHUK - O. ANDRIEIEVA - M. KUTEPOVA - D. DZVINCHUK - I. BURIAK, *Improvement of mechanisms of public management of the Ukrainian economy in the context of the COVID-19 pandemic: Foreign experience, Ukrainian realities*, *Financial and Credit Activity-Problems of Theory and Practice*, 6(41) (2021), pp. 437-447, https://pesquisa.bvsalud.org/global-literature-on-novel-coronavirus-2019-ncov/resource/pt/covidwho-1663196.

[20] T.M. RADCHUK, *Classification of mechanisms of public management of innovative development of economy*, *Public Management and Administration in Ukraine*, 19 (2020), pp. 124-127, http://pag-journal.iei.od.ua/archives/2020/19-2020/19-2020.pdf#page=124.

[21] V.Y. VOROTIN - K.V. PIVOVAROV – Y.A. ROMANENKO - R.G. SHCHOKIN, *Improving the organizational and legal mechanism of state economic management: The European experience for Ukraine*, *Financial and Credit Activity Problems of Theory and Practice*, 3(26) (2018), pp. 368-375, https://doi.org/10.18371/fcaptp.v3i26.144366.

powers between state bodies, public organisations, enterprises, and institutions. The researchers considered the legal mechanism as the creation of effective legal mechanisms for regional development. However, the need here is to develop regulatory documents that will regulate the tasks of public administration.

N. Likarchuk et al.[19] determined that the mechanism of public administration consists of two subsystems: managing and managed. They distinguish the following elements of the mechanism: levers; incentives; methods; legal, information, and regulatory support. This approach illustrates the development and implementation of the public administration mechanism. The authors have studied in depth how public administration is implemented in territorial communities. Based on this, the authors identified measures to improve the mechanism, but indicated that they are not universal and require further development. Moreover, the analysis of foreign approaches to the mechanism of public administration is quite significant and it is determined that it needs to be improved through: regulatory policy; state programme for informatisation; creation of innovations in management. This approach fully illustrates the features of development of the mechanism of public administration.

S.A. Vavreniuk et al.[9] in their research described the mechanism of public administration in post-Soviet countries. They suggest that in such countries, the correlation of both centripetal and centrifugal trends is considered in the implementation of public administration. However, the authors describe trends in the state policy of such states. At the same time, the development of the mechanism of public administration and its general features in such states are not described. A.V. Kulinska[22] considers a conceptual approach to the development of the mechanism of public administration in Ukraine in the field of finance. In other words, the study covers a local level – finance. The author defines the components of the public administration system, consisting of subsystems: managing; managed; interaction. The study schematically develops a scheme of interaction between the components of the public administration mechanism in Ukraine, consisting of: state power of the country; trends in the development of the national economy; goals; functions and methods.

[22] A.V. KULINSKA, *The conceptual approach to forming the financial mechanism of public administration by national economy of Ukraine*, *Economics: Time Realities*, 38(4) (2018), pp. 22-30, https://economics.net.ua/files/archive/2018/N04/22.pdf.

The scheme of forming the public administration mechanism developed in the current study is somewhat different and consists of: methods; tools; principles and tasks. The authors of this study suggest that these four components are important in the development process, because they form exactly the direction of public administration that is necessary at the moment when it occurs. Therefore, when developing the mechanism of public administration, the components should differ. Moreover, the study forms the concept of the financial mechanism of public administration, that is, the local level. Its components are: organisational structure; subsystems of financial support and regulation; levers of influence; directions of development. The study suggests that the development of a common mechanism and a local one is different. This is conditioned by the fact that each local level of public administration has different tasks.

S. Kuhlmann et al.[23] describes the system of public administration in Germany. It is based on the rights to protect human dignity and individual freedom on the basis of the principle of legality. The mechanism of public administration in Germany is formed with decentralisation and a high degree of autonomy at the lower levels of the hierarchy and with solidarity and coordination with the highest state authorities. The German public administration system is three-tier (legislative, executive and judicial), which is similar to the Ukrainian system. Based on the decentralisation of public administration structures in Germany, reforms play a key role. For example, public services in Germany are transferred by public authorities outside the main administration. Thus, they are provided by both public and private institutions[24][25]. Such a trend in recent years has been: corporatisation, outsourcing, privatisation, and remunicipalisation. Ukraine, there is no such experience in transferring public services to the private sector. Perhaps it is worth studying such German experience in more depth and implementing best practices in Ukraine. The study also

[23] S. KUHLMANN - I. PROELLER - D. SCHIMANKE - J. ZIEKOW, *Public Administration in Germany*, Cham, 2021, https://doi.org/10.1007/978-3-030-53697-8.
[24] J. WEIß - D. SCHUBERT, *Double the reform, half the success? The implementation of accrual accounting and managerial instruments through the DOPPIK reforms in German local governments*, *Der Moderne Staat – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management*, 13(1) (2020), pp. 143-164, https://doi.org/10.3224/dms.v13i1.01.
[25] G. HAMMERSCHMID - A. OPRISOR, *German public administration. Incremental reform and a difficult terrain for management ideas and instruments*, in *Public Administration Reforms in Europe: The View from the Top*, Cheltenham, 2016, pp. 63-72, https://doi.org/10.4337/9781783475407.00012.

describes the current process of digitalisation of public administration in Germany. 575 public services should be digitised by 2023. In Ukraine, the digitalisation process is also actively underway and the Diya portal is successfully functioning. Especially the process of digitalisation in Ukraine, which is necessary during the war, when many people are abroad and resettled in other regions of the state and need public services.

Portuguese researchers A.Z.F.C. Nishimura et al.[26] investigated the specific features of the development of public administration in Portugal and their weaknesses. Thus, they formed the main strategic tasks in the public administration of the state under study, such as investing in people; developing management; studying technologies; strengthening proximity. Such areas are defined by a Council of Ministers Resolution No. 55/2020[27]. authors determined that public administration in Portugal has a high degree of bureaucratisation, which can be reduced by regulatory simplification and digitalisation of public services. The weak point in Portuguese public administration is the lack of motivation of civil servants. One of the negative factors of the mechanism of public administration is the politicisation of the appointment of public positions[28], which is described by the appointment to public positions using the method of "nepotism". Thus, there is a decrease in control in the fight against corruption.

W. Liu et al.[29] investigated the features of public administration in China. It is determined that it is represented by a five-level management system: central, provincial, municipal, district, and settlement. At these levels, management is carried out in the same way as the distribution of power. Public administration uses the "Tiao-Kuai" system, the mechanism of which is formed in two dimensions: "vertical", extending from the ministries of the central government through five levels; "horizontal",

---

[26] A.Z.F.C. NISHIMURA - A. MOREIRA - M.J. SOUSA - M. AU-YONG-OLIVEIRA, *Weaknesses in motivation and in establishing a meritocratic system: A portrait of the Portuguese public administration*, *Administrative Sciences*, 11(3) (2021), p. 87, https://doi.org/10.3390/admsci11030087.

[27] Council of Ministers Resolution No. 55/2020, 2021, https://dre.pt/home/-/dre/139209032/details/maximized (Last access on 04.03.2024)

[28] F. TELES, *Public administration in Portugal*, in *European Perspectives for Public Administration: The Way Forward*, Leuven, (2020), pp. 439-452. https://doi.org/10.2307/j.ctvv417th.27.

[29] W. LIU - T.S. JAMES - C. MAN, *Governance and public administration in China*, *Policy Studies*, 43(3) (2022), pp. 387-402, https://doi.org/10.1080/01442872.2022.2054091.

where government units are established geographically and coordinate power within the territory that is managed. State power in China is characterised by bureaucratisation[30][31][32]. In recent years, public administration in China has improved and is characterised as effective with respect for the rule of law, transparency and accountability, allowing for the allocation of limited resources, resolving various conflicts and coordinating competing interests. In other words, public administration in China is radically different from Ukrainian and European countries.

5. Conclusions

In the conducted research on the development of the mechanism of public administration in Ukraine on organisational and legal aspects, the essence of the concept of "mechanism of public administration" was studied in depth. The scientific literature contains no single approach to its essence and the authors define it through the objects of their research. Therefore, the mechanism of public administration is a set of methods, principles, tools and tasks of economic, political, legal, organisational, and motivational nature, created to achieve the best areas for the development of public administration.

In accordance with a certain essence of the concept, a general mechanism for the development of public administration is constructed, which is developed based on: methods, tools, principles, and tasks. At local levels, depending on the specifics of the sphere of public administration, it is carried out according to various components. However, it is necessary to use the latest methods, namely, programme-oriented and Agile. On their basis, state targeted programmes are formed that solve negative phenomena in local state spheres. To effectively solve public administration problems, it is necessary to use organisational aspects by delegating powers between state authorities, enterprises, public

[30] T.S. JAMES, *Policy Studies during an age of uncertainty*, *Policy Studies,* 42(1) (2021), pp. 1-5, https://doi.org/10.1080/01442872.2021.1842130.
[31] I. MARQUES - J. LEITÃO - A. CARVALHO - D. PEREIRA, *Public administration and values oriented to sustainability: A systematic approach to the literature*, *Sustainability,* 13(5) (2021), p. 2566, https://doi.org/10.3390/su13052566.
[32] C. PLISCOFF, *Ethics and public administration in Latin America*, in *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, Cham, 2022, pp. 4282-4294, http://dx.doi.org/10.1007/978-3-030-66252-3_2675.

organisations, and institutions. Moreover, at the state level, it is necessary to form an effective regulatory framework that can help solve pressing state problems and promote the economic growth of the state.

Although the study offers a thorough examination of creating an efficient public administration system in Ukraine, it should be noted that it has certain limitations. The absence of empirical evidence to support the assumptions established during the conceptual mapping of the mechanism's components, methods, tools and principles is one of its main weaknesses. The study mainly used qualitative analysis of previously published works and international experiences. Another possible constraint of the study is that it mainly examined public administration procedures at the national level, with comparatively little attention paid to the localised reform contexts seen in Ukraine's cities, regions, and communities. Owing to the great diversity of the nation, more research delving deeper into subnational and decentralised public administration may reveal institutional subtleties, success factors, and obstacles unique to particular regions that merit specialised studies. One of the promising avenues for further research is implementing and assessing Agile governance or program-oriented techniques in Ukraine's public agencies in order to determine their effectiveness and provide frameworks for best practices. It would be instructive to do longitudinal studies that monitor the long-term effects and changes in Ukraine's mechanism as reforms advance. Lastly, considering the supervisory responsibilities that the study's recommendations highlight for the judiciary and legislature, further focused research on enhancing these areas could prove to be very beneficial.

The results of the conducted research on the formation of the mechanism of public administration in Ukraine can be used to improve the system of public administration, especially during the war. However, in further research, it is necessary to form a mechanism of public administration at local levels with a distinction between their hierarchy, multi-level nature, and complexity. Thus, public administration will become effective and will increase the global competitiveness of the state. Therefore, it is necessary to update and improve the development of the public administration mechanism in Ukraine, which will increase the well-being of the population, stimulate the investment and innovation environment, and thus, generate additional added value.

Abstract (ENG): The article presents an analysis of the development of the public administration mechanism in Ukraine. It proposes a structured framework for creating an efficient public administration mechanism in Ukraine. The analysis highlights nine guiding principles for the formation of the public administration mechanism, including regularity, alternatives, purposefulness, dynamism, motivation, efficiency, flexibility, integrity, and continuity. Furthermore, the study delineates five areas of tasks: economic, political, legal, organizational, and motivational, each with specific objectives tailored to the post-war reconstruction and development of Ukraine. The constitutional framework of Ukraine is examined. The article recognizes the need for further research on localized contexts, implementation of Agile governance or program-oriented techniques, and enhancing the roles of the judiciary and legislature in the public administration mechanism.

Keywords (ENG): state power, administrative methods, programme-oriented method, Agile method, political stability.

***JUS*- ONLINE 2/2024**
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

MARINA DI LELLO FINUOLI*

La risposta penale agli abusi economico-affettivi nei confronti delle persone anziane**

English title: *The criminal response to the economic-emotional abuses against elderly*

DOI: 10.26350/18277942_000173

Sommario: 1. Età e vulnerabilità nel nuovo "pacchetto sicurezza". - 2. La ratio dell'inasprimento sanzionatorio: il dato statistico. - 3. Social network e nuovi rischi: le truffe affettive. - 4. La dipendenza affettiva e i punti di contatto con il reato di maltrattamenti. - 4.1. (segue) La delimitazione rispetto al reato di circonvenzione di persone incapaci. - 5. Truffe ai danni degli ascendenti e limitazioni alla punibilità in ambito familiare. - 6. (segue) Le indicazioni della giurisprudenza di legittimità. - 7. Alcune proposte.

1. Età e vulnerabilità nel nuovo "pacchetto sicurezza"

Con il comunicato stampa n. 59 del 16 novembre scorso, il Consiglio dei Ministri ha annunciato – tra gli altri provvedimenti in materia di «sicurezza urbana» (c.d. pacchetto sicurezza) – l'inasprimento sanzionatorio del reato di truffa aggravata, nel caso in cui l'agente abbia profittato di circostanze tali da ostacolare la pubblica o privata difesa[1].
A tal fine si propone una modifica dell'attuale art. 640 CP, prevedendo una pena più severa nel caso in cui l'agente abbia «profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa»[2], così come disposto dall'art. 61, n. 5, CP. L'art.

* Università Cattolica del Sacro Cuore (marina.dilello@unicatt.it).
** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.
[1] Il 22 gennaio 2024 è stato presentato alla Camera dei Deputati l'articolato del disegno di legge A.C. 1660, dal titolo «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario». Si v. in particolare l'art. 9, «Modifiche al Codice penale in materia di truffa».
[2] L'aggravante della "minorata difesa" rappresenta, secondo la dottrina prevalente, una circostanza oggettiva, in quanto concerne «le condizioni o le qualità personali dell'offeso» (art. 70, c. 1, n. 1, CP). Richiede, inoltre, il dolo, ossia la consapevolezza, da parte del reo, della condizione di inferiorità della vittima e della volontà di trarne vantaggio. In questo senso, cfr. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine,*

9 del disegno di legge prevede, in particolare, la soppressione dell'attuale n. 2-*bis* del c. 2 dell'art. 640 CP (che prevede, per l'ipotesi in esame, la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309 a euro 1.549) e l'inserimento di un nuovo c. 3: «Se il fatto è commesso in presenza della circostanza di cui all'articolo 61, numero 5), la pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 700 a euro 3.000».

L'intervento è dunque volto al rafforzamento della tutela delle persone anziane, vittime tra le più rappresentative dell'art. 640 CP. La menzione dell'«età» nel testo della circostanza si deve all'interpolazione operata da un altro c.d. pacchetto sicurezza, attraverso la legge 94 del 2009[3], che aveva inteso valorizzare, ai fini dell'aggravamento sanzionatorio, una specifica condizione di vulnerabilità della vittima[4]. Nella prospettiva del legislatore, il superamento del sessantacinquesimo anno di età rappresenta, almeno in via orientativa[5], un fattore idoneo a neutralizzare/indebolire l'autodifesa

sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica, Padova, 2000, p. 762, nota n. 127; A. MANNA, *Circostanze del reato (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. VI, Roma, 1988, p. 12; G. MARINI, *Le circostanze del reato (Parte generale)*, Milano, 1965, p. 203. In dottrina, sulla circostanza di cui si discute, v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16ª ed., Milano, 2003, p. 450; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Bologna, 2019, p. 454; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 12ª ed., Milano, 2023, p. 417. Sui criteri di imputazione delle circostanze e sul necessario rispetto del principio di colpevolezza nell'imputazione delle aggravanti (art. 59, c. 2, CP), tenendo conto delle caratteristiche del singolo elemento accidentale, v. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2006, p. 650; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4 (1990), p. 1465.

[3] Art. 1, c. 7, legge 94 del 2009, «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica».

[4] A. DELLA BELLA, *Tutela delle vittime deboli: le linee generali della riforma*, in O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, pp. 203 ss.; ID., *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, in *Corr. mer.*, 7 (2009), p. 709.

[5] La soglia dei 65 anni d'età è stata individuata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità. Si tratta, ovviamente, di una soglia convenzionale, sulla quale peraltro la comunità scientifica si confronta ai diversi fini di potenziale utilità dell'indicazione. La Società Italiana di Gerontologia e Geriatria, per esempio, ha da tempo proposto l'innalzamento della soglia a 75 anni: *https://www.sigg.it/wp-content/uploads/2018/12/-News_-Quando-si-diventa-anziani.pdf* (ultimo accesso 7 maggio 2024). Per una panoramica sul dibattito si vedano, tra i molti in argomento, i seguenti documenti: ISTAT, *Invecchiamento attivo e condizioni di vita degli anziani in Italia*, 2020, https://www.istat.it/it/files/2020/08/Invecchiamento-attivo-e-condizioni-di-vita-degli-anziani-in-Italia.pdf (ultimo accesso 7 maggio 2024); WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Ageing and health*, 2020, https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health (ultimo accesso 7 maggio 2024).

del soggetto passivo rispetto agli attacchi al patrimonio mediante frode[6]; la legge del 2009, in questo senso, aveva già previsto uno speciale elemento accidentale della truffa (n. 2-*bis*: reclusione da uno a cinque anni e multa da euro 309 a euro 1.549) «se il fatto è commesso in presenza della circostanza di cui all'articolo 61, numero 5»[7].

La terza età, in effetti, è unanimemente annoverata tra gli indici di vulnerabilità che favoriscono la vittimizzazione (primaria e secondaria) dell'individuo[8], non solo per il naturale sfibramento della tempra fisica e

[6] Su altre aggravanti "vittimocentriche" incentrate sull'età della persona offesa, I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino, 2022, p. 126. Sull'impatto delle circostanze del reato sulla disciplina sostanziale e processuale del reato cui accedono, F. BASILE, *L'*enorme potere *delle circostanze sul reato; l'*enorme potere *dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4 (2015), pp. 1743 ss.

[7] Art. 3, c. 28, legge 94 del 2009, cit. Sulla trasformazione dell'aggravante comune in aggravante a effetto speciale, A. DELLA BELLA, *Tutela delle vittime deboli: le linee generali della riforma*, cit., p. 205; G. L. GATTA, *Circostanze aggravanti comuni*, in S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009. L. 15 luglio 2009, n. 94 e d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif., dalla l. 23 aprile 2009, n. 38*, Milano, 2009, p. 5. Sul tema, si veda anche O. BRUNO, *I nuovi delitti di truffa e circonvenzione di persona incapace in danno di persone ultrasessantacinquenni: le ripercussioni sul c.p.p.*, in *Processo penale e Giustizia*, 1 (2018), che esamina un precedente disegno di legge (A.S. 2909 del 2017) volto ad «arginare il fenomeno criminale delle truffe in danno di persone anziane» tramite l'introduzione di una nuova fattispecie, l'art. 643-*bis* CP, dal titolo: «Frode patrimoniale in danno di soggetti vulnerabili», che avrebbe previsto un aggravamento rispetto alla figura-base di cui all'art. 643 CP.

[8] Si consideri, sul piano legislativo, la Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI (c.d. Direttiva vittime). V. in particolare, il considerando n. 9, che chiede di riconoscere l'età quale criterio da tenere in considerazione: «Un reato è non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime. Come tali, le vittime di reato dovrebbero essere riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile e professionale, senza discriminazioni di sorta fondate su motivi quali razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza a una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, disabilità, età, genere, espressione di genere, identità di genere, orientamento sessuale, status in materia di soggiorno o salute [...]». Si v. inoltre la recente Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che fornisce linee guida giuridiche e politiche sui diritti, sui servizi e sul sostegno per le vittime di reato (in particolare, art. 4, *Individual assessment of the needs and vulnerabilities of the victim*). Nella letteratura sul rischio di vittimizzazione delle persone anziane, *ex multis*: A.A. BAKER, *Granny Battering*, in *Modern Geriatric*, 5, 8 (1975), pp. 20-24; T. BANDINI *et al.*, *Criminologia*, Milano, 1991, pp. 372 ss.; K. A. ROBERTO, *The complexities of elder abuse*, in *American Psychologist*, 71, 4 (2016), pp. 302-311; K. PILLEMER - D. BURNES - A. MACNEIL, *Investigating the connection between ageism and elder mistreatment*, in *Nat Aging*, 1 (2021), pp. 159-164; C. BOLKAN - P. B.

psichica, ma anche in ragione delle condizioni fattuali di isolamento (magari solo temporaneo) e/o di dipendenza dall'assistenza altrui; circostanze di varia natura che rendono le persone anziane *vittime privilegiate* di reati eterogenei, (solo) apparentemente sconnessi (truffe, furti, rapine, estorsioni, violenza privata, circonvenzione, abusi fisici e psicologici, maltrattamenti, abbandono, carenza di cura e assistenza), comunque caratterizzati dall'approfittamento, da parte del reo, della ridotta capacità di reagire alle aggressioni, di contestare i soggetti deputati alla cura e all'assistenza[9], di discernere il vero dal simulato e il giusto dall'ingiusto. Ancora, tra le cause di vittimizzazione, si tenga conto del bisogno e, insieme, del *deficit* di comunicazione delle persone anziane, della propensione ad accordare fiducia agli estranei, dell'idiosincrasia per la critica negativa dei parenti, della spiccata sensibilità emotiva[10].

TEASTER - H. RAMSEY-KLAWSNIK, *The Context of Elder Maltreatment: an Opportunity for Prevention Science*, in *Prevention Science*, 24 (2023), pp. 911-925; NATIONAL CENTER ON ELDER ABUSE, *The National Elder Abuse Incidence Study: Final Report*, Washington DC 1998; M. O'KEEFFE *et al.*, *UK Study of Abuse and Neglect of Older People Prevalence Survey Report*, *https://www.researchgate.net/publication/242099186_UK_Study_of_Abuse_and_Neglect_of_Older_People_Prevalence_Survey_Report* (ultimo accesso 7 maggio 2024); R.J. KOENIG - C. DEGUERRE, *The legal and governmental response to domestic elder abuse*, in *Clinics in geriatric medicine*, 21, 2 (2005), pp. 383-398; C. L. MILLER-PERRIN - R. PERRIN - C. M. RENZETTI, *Violence and Maltreatment in Intimate Relationships*, 2ª ed., Los Angeles, 2022, pp. 309 ss.; questi ultimi, peraltro, sottolineano come la dipendenza economica dai familiari o da terzi costituisca un fattore rischio decisivo rispetto a tutte le tipologie di abusi.

[9] Sulla maggiore esposizione delle persone anziane al pericolo di subire intimidazioni da parte dello scammer, M. DOVE, *The Psychology of Fraud, Persuasion and Scam Techniques. Understanding What Makes Us Vulnerable*, Abingdon-New York, 2021, p. 71.

[10] Tali caratteristiche trovano riscontro anche nella giurisprudenza di merito e di legittimità relativa all'applicazione della circostanza aggravante della truffa di cui si discute. Per esempio: Cass. pen., sez. II, 29 settembre 2020 - 5 ottobre 2020, n. 27546, in *DeJure*, ove si dà conto della «minore capacità dell'anziano di resistere alle spinte emotive suscitate dagli immaginari pericoli esterni indotti da persone legate all'anziano da vincoli affettivi o di sangue». Si consideri, inoltre, l'emersione nella giurisprudenza in materia di truffa della a massima di esperienza formatasi a partire dalla citata legge 94 del 2009 e che individua nell'anziano quel «coefficiente di minorata resistenza psicofisica che ne mina le capacità di resistenza alle aggressioni, siano esse connotate dalla esuberanza del momento fisico o psichico» (Cass. pen., sez. II, 22 ottobre 2019, n. 47186, Rv. 277780).

È questa, si dirà, la caratteristica di ogni categoria di vittime vulnerabili, esposta a taluni rischi e non ad altri[11]. Ciò nondimeno, traendo spunto dal progetto governativo sulla truffa aggravata, il presente contributo si propone di mettere in relazione le fattispecie più frequentemente commesse ai danni (non solo patrimoniali) delle persone anziane, per riflettere, in prospettiva politico-criminale, sull'opportunità di riorientare le strategie di prevenzione del *financial ageism* in modo da indirizzarle verso la più ampia categoria dell'*abuso economico-affettivo*[12].
Si esamineranno, in particolare, talune manifestazioni di devianza criminale tipiche dei contesti familiari e di convivenza, comprese le c.d. truffe affettive e i maltrattamenti economici, che coinvolgono (in senso *lesivo*) anche la sfera psichica della vittima. Si tratta di fattispecie affini a quelle che allarmano il legislatore "securitario", il quale, però, pare aver scelto di muoversi sul solo fronte della truffa extra-familiare (*elder scam*, *senior fraud*, *financial abuse and discrimination*, etc.), forse sottovalutando il pregiudizio *personale* cui è esposta la popolazione più matura negli ambienti apparentemente rassicuranti[13]. Per i delitti

[11] I soggetti minori, per esempio, non avendo disponibilità economiche, non subiscono con frequenza degna di nota la commissione di reati contro il patrimonio; sono, al contrario, *vulnerabili per età* in relazione a diverse fattispecie di reato contro la persona, in ragione dello stato di subordinazione al potere altrui (genitori, parenti, insegnanti, educatori, etc.) e delle difficoltà di avvedersi e denunciare la perpetrazione di abusi (fisici, psicologici, sessuali). Sulla diversa considerazione accordata dalle Istituzioni alla violenza nei confronti di minori e donne rispetto alla violenza agli anziani, G. CODINI, *Le vittime fragili. Gli anziani*, in ID. (a cura di), *La vittimologia e le vittime fragili. La situazione in Europa e i servizi di supporto*, Milano, 2016, p. 77.
[12] Sul tema della violenza strettamente economica nei confronti degli anziani, M. F. HUDSON - T. F. JOHNSON, *Elder neglect and abuse: a review of the literature*, in *Annual Review of Gerontology and Geriatrics*, New York, 1986, pp. 81-133; P.N. CHEN *et al.*, *Elderly Abuse in domestic settings: a pilot study*, in *Journal of Gerontological Social Work*, 4 (1981), pp. 3 ss.; G. B. SGRITTA - F. DERIU, *La violenza occulta. Violenze, abusi e maltrattamenti contro le persone anziane*, Roma, 2009, p. 25; S. MOSKOWITZ, *Saving granny from the wolf: Elder abuse and neglect—the legal framework*, in *Connecticut Law Review* (1998), pp. 77 ss; N.G. CHOI - J. MAYER, *Elder abuse, neglect, and exploitation: Risk factors and prevention strategies*, in *Journal of Gerontological Social Work*, 33, 2 (2000), pp. 5-25; D. J. RABINER - J. E. O'KEEFFE-D. BROWN, *Financial Exploitation of Older Persons*, in *Journal of Aging & Social Policy*, 18 (2006), pp. 47-68.
[13] Sulle scelte legislative vittimocentriche in materia di "sicurezza sicuritaria", M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, pp. 193 ss. Sul rapporto tra legislazioni simboliche in materia di sicurezza pubblica e l'attenzione della criminologia alla figura della vittima, G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 255 ss. Sul ruolo della

patrimoniali commessi in ambito familiare, come si vedrà, la punibilità resta infatti subordinata alla disciplina dell'art. 649 CP.

Anche in considerazione di ciò, l'attenzione dell'ordinamento alla fragilità emotiva delle persone anziane è senz'altro auspicabile[14]. Pur volendo ridurre l'oggetto giuridico dell'art. 640 CP al solo patrimonio[15], non può negarsi che il *danno* causato dalle frodi, ovvero dalle *offese mediante abusi e maltrattamenti economici*, esorbiti dalla sfera strettamente individuale, assumendo una dimensione più ampia, financo collettiva. Soprattutto se si

"relazione stretta" tra autore e vittima, si segnala il libro di E. CORN, Victimam non laedere. *Verso nuove pene per i reati commessi in contesto di relazioni strette tra autore e vittima*, Napoli, 2023 (per una definizione della categoria, p. 20). Si v. altresì il concetto di *reato c.d. relazionale* descritto da R. BARTOLI, *La tutela della persona dalle aggressioni violente*, in M. BERTOLINO (a cura di), *Reati contro la famiglia*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 160.

[14] Sulla rilevanza del benessere psichico della persona, v. la definizione di salute veicolata dalla Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 1946: «Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity». Anche il citato decreto legislativo 24 del 2014 («Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime»), dispone, tra i principi generali di cui all'art. 1, che nell'attuazione delle disposizioni del decreto si tiene conto, sulla base di una valutazione individuale della vittima, della specifica situazione delle persone vulnerabili quali: minori, anziani, disabili, donne, persone con disturbi psichici, persone che hanno subìto gravi forme di violenza, anche psicologica. Il fondamento della salute psichica ed emotiva delle persone (non solo vulnerabili) può rintracciarsi peraltro agli artt. 32 Cost. e 3 (integrità psichica) e 35 (protezione della salute) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza); ancora, l'art. 25, espressamente dedicato ai «Diritti degli anziani», prevede: «L'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale».

[15] E tacendo, dunque, delle più moderne concezioni del patrimonio come espressione della personalità. Sul tema, per tutti, S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, pp. 62 ss. La stessa nozione di *abuso economico-affettivo*, d'altra parte, revoca in dubbio la validità della bipartizione dei delitti contro il patrimonio in reati commessi mediante violenza e reati commessi mediante frode. Sulle criticità della suddivisione del titolo XIII del codice penale, M. BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvenzione di incapace e nell'usura*, Torino, 2010, p. 9. Deve ricordarsi, inoltre, che la Commissione Pagliaro per l'elaborazione di uno schema di delega per nuovo codice penale aveva proposto l'inserimento dei reati contro il patrimonio tra i reati contro la persona, «costituendo il patrimonio bene individuale, anche se soltanto bene-mezzo, perché funzionale alla conservazione, autonomia e sviluppo della persona umana, e di rilevanza costituzionale, poiché la Costituzione, riconoscendone esplicitamente la componente più pregnante, rappresentata dal diritto di proprietà (art. 42), appare garantire, implicitamente, anche i rapporti patrimoniali, che dalla proprietà si diramano e che con essa possono anche collidere, ma sono parimenti funzionali alla persona umana» (così il testo della Relazione del 25 ottobre 1991).

guarda alla reale destinazione delle risorse sottratte alle persone offese (risparmi, pensioni, indennità, etc.)[16]: e cioè il sostentamento di interi nuclei familiari, il finanziamento della formazione e dell'iniziativa economica dei giovani, l'assistenza sanitaria e l'accompagnamento dei soggetti di cui si discute, in sostituzione di un *welfare* pubblico tendenzialmente incapace di far fronte alle esigenze di una popolazione che "invecchia"[17].

2. La *ratio* dell'inasprimento sanzionatorio: il dato statistico

L'invecchiamento della popolazione non è privo di risvolti (anche) per l'ordinamento penale; come dimostra, del resto, l'iniziativa legislativa dell'Esecutivo, preoccupato per l'*escalation* del fenomeno delle truffe a danno degli anziani[18].

Da tempo le rilevazioni statistiche hanno segnalato l'aumento delle vittime di tale tipologia di reato. Se nel 2020, per l'incidenza delle restrizioni in

[16] Per comprendere la portata del danno collettivo, si consideri che dal 2019 è previsto uno stanziamento annuo per il contrasto e la prevenzione delle truffe agli anziani a valere sul Fondo Unico Giustizia. Lo stanziamento è finalizzato a fornire strumenti per consolidare il rapporto tra i cittadini che abbiano superato il sessantacinquesimo anno di età e i rappresentanti della sicurezza sul territorio, anche al fine di incentivare l'adozione di comportamenti di autoprotezione in grado di ridurre il rischio di vittimizzazione (campagne di tipo informativo/divulgativo e formativo, misure di prossimità, interventi di supporto, anche psicologico, etc.). Per il 2023, sono stati stanziati due milioni di euro (v. Circolare del 1° giugno 2023 del Ministero dell'Interno riguardante il Fondo per la prevenzione e il contrasto delle truffe agli anziani, https://www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/disposizioni-generali/atti-generali/atti-amministrativi-generali/circolari/circolare-1deg-giugno-2023-riguardante-fondo-prevenzione-e-contrasto-truffe-anziani-destinazione-contributi).

[17] Cfr. l'indice di vecchiaia rilevato dall'Istat nel suo ultimo *Rapporto annuale 2023. La situazione del Paese* (p. 37 del documento consultabile all'indirizzo: https://-www.istat.it/storage/rapporto-annuale/2023/Rapporto-Annuale-2023.pdf) (ultimo accesso 7 maggio 2024). Sull'inadeguatezza dei sistemi sanitari rispetto alle esigenze di cura dei pazienti anziani e sui problemi che affliggono le residenze di cura e assistenza, A. GAWANDE, *Being mortal. Illness, Medicine, and What Matters in the End*, London, 2014.

[18] L'attenzione al fenomeno è stata favorita dal contributo conoscitivo delle agenzie del controllo, che diffondono periodicamente sui loro siti internet degli "alert" veicolanti: la descrizione delle tecniche di adescamento più diffuse, suggerimenti per l'individuazione dei segnali d'allarme, raccomandazioni d'azione in caso di sospetto. In Italia, in particolare, la Polizia Postale e delle Comunicazioni svolge in via continuativa un'attività di monitoraggio attivo degli spazi *web*, in particolare delle piattaforme *social*, finalizzata alla prevenzione e al contrasto delle truffe e mettendo a disposizione dei cittadini contatti utili alla segnalazione dei raggiri.

corso di pandemia, le vittime *over* sessantacinque sono diminuite dell'1,4% rispetto al 2019, esse sono invece tornate a salire del 13,3% e del 6,1% nel 2021 e nel 2022[19]. Nel 2022, le vittime totali di truffa *online* sono state 99.805, delle quali 12.649 (12,7%) superano i sessantacinque anni. Il Servizio Analisi Criminale della Direzione Centrale della Polizia, peraltro, ha illustrato un nuovo e singolare *modus operandi* delle frodi in rete, rappresentato dalle c.d. truffe affettive, sulle quali si tornerà subito appresso.

La vittimizzazione delle persone anziane si caratterizza anche per la particolare ampiezza del campo oscuro[20]. Nei reati contro il patrimonio, la persona offesa è ignara dell'accaduto e, quando se ne accorge, tende a nasconderlo, anche ai familiari, per la mortificazione che ne potrebbe derivare: rimproveri, ritorsioni, contromisure preventive consistenti nella limitazione della disponibilità di denaro o di altri strumenti di pagamento, imposizione di vincoli alla libertà di movimento e di gestione, restrizioni sociali, etc. Anche i reati contro la persona perpetrati nei confronti degli anziani (compresi i maltrattamenti)[21] "si nascondono" alle rilevazioni

[19] Il dato statistico è stato raccolto dal Ministero dell'Interno (Banca Dati delle Forze di Polizia SDI/SSD) che, nel mese di marzo 2023, ha pubblicato, a cura della Direzione Centrale della Polizia Criminale - Servizio Analisi Criminale, il documento «*5ª campagna nazionale per la sicurezza degli anziani*», https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2023-04/elaborato_truffe_anziani_18_aprile_2023_230418_122221.pdf (ultimo accesso 7 maggio 2024). Come si legge nel testo, «sin dal 2014 il Ministero dell'Interno e l'Associazione Nazionale Anziani e Pensionati (ANAP) di Confartigianato organizzano la "Giornata Nazionale per la sicurezza degli anziani". Tale iniziativa, coordinata dalla Direzione Centrale della Polizia Criminale - Servizio Analisi Criminale - in sinergia con le Forze di polizia (Polizia di Stato, Arma dei Carabinieri e Guardia di Finanza), ha rappresentato la prima campagna interforze a livello nazionale sul tema delle truffe agli anziani».

[20] Le offese alle persone anziane emergono con scarsa frequenza, alle volte solo grazie alla notorietà delle persone coinvolte, come nel caso del Prof. Vattimo (conclusosi con la condanna del suo assistente/compagno per il reato di circonvenzione di incapace, non ostante la "difesa" dell'imputato da parte del filosofo, che ha ripetutamente negato di aver subìto un raggiro). Tra casi di cronaca più noti, anche le presunte circonvenzioni ai danni Aurelia Sordi (sorella dell'attore) e di Gina Lollobrigida. Sulla nozione del campo oscuro e le cause della sua espansione, per tutti, G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 64. Sull'ampiezza della cifra oscura in relazione ai reati contro il patrimonio, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, 8ª ed., Milano, 2021, p. 2.

[21] G. PAVICH, *Il delitto di maltrattamenti. Dalla tutela della famiglia alla tutela della personalità*, Milano, 2012, p. V: a dispetto della formale collocazione tra i delitti contro l'assistenza familiare, oggi si riconosce che la fattispecie è caratterizzata dalla

statistiche. Le vittime si dimostrano restie a denunciare gli aggressori: per la paura di una reazione (l'incrudelimento degli atteggiamenti del *caregiver*, dal quale dipendono), oppure per non pregiudicare in via definitiva la relazione parentale/affettiva che le lega all'*offender*, nella speranza/convinzione che gli episodi restino isolati o che non vengano portati a conseguenze ulteriori. La scarsa propensione alla denuncia degli appartenenti alla terza età dipende, alle volte, dalla rassegnazione alla prevaricazione e all'arroganza che subiscono quotidianamente, nei diversi contesti sociali e urbani frequentati (mezzi pubblici, strutture sanitarie, condominio, luoghi pubblici, etc.)[22].

Come detto, con l'aumento della popolazione anziana, in assenza di iniziative preventive efficaci, anche la "cifra" oscura degli abusi e delle discriminazioni è destinata a crescere; si consideri, per esempio, che non esistono dati certi sul numero degli ospiti delle residenze sanitarie e assistenziali, su quello delle persone collocate – o confinate, senza il loro consenso – nelle case di riposo, in strutture non autorizzate, nelle abitazioni, sotto la vigilanza di terzi. Di contro, oggi, il raggiungimento della terza (e della quarta) età avviene in condizioni di salute, istruzione e competenze digitali tendenzialmente migliori rispetto al passato, pur nel contesto di reti sociali del tutto diverse, ridotte, private della "manovalanza" delle donne appartenenti alla cerchia familiare, finalmente libere dalla destinazione forzata ed esclusiva alla cura dei soggetti non autosufficienti.

Da queste prime notazioni sulle condizioni di isolamento delle persone anziane inizia a emergere la correlazione tra le *offese alla persona*, anche

«sopraffazione dell'uomo sull'uomo». Sulla mutazione del bene giuridico tutelato, rispetto alla fattispecie originaria prevista dal legislatore del 1930, la dottrina è unanime, salvo poi distinguere l'individuazione dell'oggetto tra l'integrità psicofisica e la personalità individuale. Sul tema: R. BARTOLI, *La tutela della persona dalle aggressioni violente*, cit.; M. BERTOLINO, *Maltrattamenti e abuso dei mezzi di correzione*, in *Enc. dir.*, *I tematici*, vol. IV, *Famiglia*, Milano, 2022, pp. 681 ss.; F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, pp. 227 ss.; F. MANTOVANI, *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Milano 1965, p. 227; M. MIEDICO, *sub art. 572*, in E. DOLCINI - G. L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, 5ª ed., Milano, 2021.

[22] Sui limiti delle rilevazioni aventi a oggetto gli abusi alle persone anziane, anche rispetto alle difficoltà di conduzione delle interviste ovvero di raggiungerli a distanza tramite le nuove tecnologie, G. B. SGRITTA - F. DERIU, *La violenza occulta*, cit., pp. 35 ss. In generale, sui limiti delle indagini di vittimizzazione, G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 399.

sul piano dell'integrità psichica, e le *offese al patrimonio*, rispetto alle quali la truffa aggravata rappresenta una parte (limitata) del problema, a meno che non se ne intenda valorizzare una portata plurioffensiva[23]. La prevaricazione economica degli *elderly* può integrare, cioè, diverse fattispecie incriminatrici, variamente integranti nuove forme di violenza morale[24], attuate secondo frequenze statistiche e modalità operative invero inquietanti. Si esamineranno, nello specifico, le c.d. truffe affettive e il reato di maltrattamenti, tenendo conto del rapporto e della necessaria delimitazione rispetto al delitto di circonvenzione di persone incapaci.

3. *Social network* e nuovi rischi: le truffe affettive

Il disegno di legge di cui si discute, come detto, ha a oggetto la truffa aggravata dal fatto che il reo abbia profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa (in prospettiva: nuovo c. 3 dell'art. 640 CP).
Tra i delitti contro il patrimonio, la truffa è tra le fattispecie più profondamente dissodate dalla dottrina penalistica[25]. La forma vincolata

[23] G. DEMURO, *La sequenza causale nella truffa*, Torino, 2022, p. 110, definisce la truffa una «*fattispecie plurioffensiva a intensità variabile*"». Sulla *predisposizione* del titolo XIII «alla tutela non solo di interessi patrimoniali, ma anche di natura diversa, secondo il paradigma della plurioffensività», v. M. BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio*, cit., p. 2.

[24] L'allarme sociale per i condizionamenti psichici e la necessaria tutela della salute mentale ha posto il tema della tutela penale della persona da nuove forme di violenza. È vero che l'eccessivo ampliamento (la c.d. spiritualizzazione) della nozione di violenza pone talune criticità, in ispecie in relazione al principio di legalità e dei suoi corollari (anche sul fronte dell'accertamento processuale). Ciò non toglie, come è stato osservato, che, ai fini della ricostruzione del concetto giuridico di violenza, «la dimensione *stricto sensu* corporea non sembra assumerne la prerogativa di predicamento imprescindibile: la coazione può incidere anche sull'esercizio dell'attività volitiva». Così L. CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in S. CANESTRARI - G. FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, p. 192. Nella casistica che ci occupa, peraltro, non si discute solo di una ingerenza nella libera manifestazione del consenso, tramite tecniche ingannatorie, ma di un assoggettamento della vittima alla supremazia del truffatore/abusante, in senso potenzialmente lesivo del benessere psichico. Sulla dematerializzazione del concetto di violenza personale, nell'ambito del quale rientrerebbero anche forme di violenza personale impropria, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale II*, cit., p. 55.

[25] Tra i lavori monografici: G. D. PISAPIA, *Violenza, minaccia e inganno nel diritto penale*, Napoli, 1940; C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano 1,955; F. MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta nei reati contro il*

del reato impegna l'interprete nella ricostruzione di una sequenza (causale) a più "voci", secondo una concatenazione complessa, rigidamente predeterminata dal legislatore[26]. L'accertamento del reato, poi, risulta ulteriormente complicato dalla molteplicità degli eventi descritti dalla fattispecie[27]; tra questi, l'induzione in errore del soggetto passivo della condotta, evento che pone il problema del condizionamento psichico. Non mancano, infine, dubbi sulla meritevolezza e il bisogno di pena di certe vicende, non tanto sul piano dell'offensività in concreto, quanto sulla reale necessità dell'intervento punitivo rispetto a truffe a dir poco "inverosimili", rappresentate emblematicamente dalle c.d. truffe affettive, sovente banalizzate o derise nel discorso mediatico[28], anche mediante il riferimento a nomi del tipo: frode romantica, truffa del principe azzurro, etc.[29].

Nello schema-base, la vittima viene coinvolta in una relazione sentimentale/amicale con il truffatore che, con artifizi o raggiri, la induce in errore rispetto alla esigenza di ricevere denaro e/o altri aiuti economici. Il truffato, dunque, compie una o più disposizioni patrimoniali per soddisfare le richieste del reo, in quanto mosso da sentimenti di affetto,

patrimonio, Milano, 1962; G. MARINI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970; V. DEL TUFO, *Profili critici alla vittimo-dommatica. Comportamenti della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990; G. DEMURO, *La sequenza causale nella truffa*, cit.

[26] V. MANES, *Delitti contro il patrimonio mediante frode*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 5ª ed., Bologna, 2009, p. 649.

[27] Parla di «quadruplice evento» F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale II*, cit., p. 215.

[28] Sullo scarso rilievo attribuito alle prime testimonianze relative alle "sventure amorose", N. GHEZZANI, *Relazioni crudeli. Narcisismo, sadismo e dipendenza affettiva*, Milano, 2019, p. 9.

[29] Secondo le definizioni più comuni, «*romance scam is a confidence trick involving feigning romantic intentions towards a victim, gaining the victim's affection, and then using that goodwill to get the victim to send money to the scammer under false pretenses or to commit fraud against the victim*». C. CROSS, *(Mis)Understanding the Impact of Online Fraud: Implications for Victim Assistance Schemes*, in *Victims & Offenders*, 13, 6 (2018), pp. 757-776. Sul tema: C. CROSS - M. DRAGIEWICZ - K. RICHARDS, *Understanding romance fraud: insights from domestic violence research*, in *The British Journal of Criminology*, 58, 6 (2018), pp. 1303-1322; D. GREGORY - B. NIKIFOROVA, *A Sweetheart of a Deal: How People Get Hooked and Reeled in by Financial Scams*, in *The Journal of Behavioural Finance and Economics*, 2 (2012), pp. 96-122; M. WHITTY - T. BUCHANAN, *The Online Dating Romance Scam: A Serious Crime*, in *CyberPsychology, Behavior, and Social Networking*, 3 (2012), pp. 181-183; T. H. KOON - D. YOONG, *Preying on Lonely Hearts: A Systematic Deconstruction of an Internet Romance Scammer's Online Lover Persona*, in *Journal of Modern Languages*, 23 (2013), pp. 28-40.

vicinanza, solidarietà e altruismo. Si rinvengono, alla base delle dazioni economiche, anche ragioni legate al timore della interruzione della relazione ovvero al convincimento di doversi dimostrare capace di soddisfare le pretese dell'amato/amico (senso di colpa, disagio da inadeguatezza, etc.).

In linea teorica, le truffe affettive possono realizzarsi nel mondo reale ovvero virtuale. È ormai schiacciante, in ogni caso, la percentuale delle truffe *online*, nell'ambito di relazioni instaurate tramite applicazioni, siti internet e *social network*, la cui penetrazione nella vita di relazione ha coinvolto anche gli adulti e le persone più avanti negli anni, così esponendoli, tra i vari rischi informatici[30], anche all'adescamento sentimentale. Si consideri, per le persone anziane, l'imprescindibilità di internet per lo svolgimento di diverse attività e adempimenti (spid, servizi di *home banking*), nonché per mantenere i contatti familiari e sociali durante le restrizioni imposte dalla pandemia e per l'accesso ai servizi di telemedicina[31].

Stabilito un primo contatto, l'agente utilizza diverse modalità di comunicazione (e-mail, telefono, messaggi di testo) per evitare incontri diretti e mantenere lo stratagemma[32]. Da qui la definizione di *online romance fraud*, che dà atto del ricorso pressoché totalizzante agli strumenti di interazione virtuale[33]. Non mancano, in ogni caso, soprattutto

[30] Cfr. L. PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei* social network. *Aspetti penali*, in *Giur. mer.* (2012), pp. 2522 ss.; L. SCOPINARO, *Internet e reati contro il patrimonio*, Torino, 2007, p. 163. Dalla condivisione di dettagli, immagini e altre informazioni relative alla propria vita privata, familiare e professionale, originano diverse forme di interazione personale – anche solo esclusivamente virtuali – nell'ambito delle quali si instaurano relazioni sentimentali e amicali; non sempre le stesse seguono le cadenze dei rapporti sociali reali: il *cyberspazio* si presenta come un non-luogo libero da convenzioni, barriere e costrizioni (A. SCHIAVON, *Cat-Fish, Romance Fraud e Sextortion: le nuove frontiere dell'adescamento nei social media*, in *Informatica e diritto*, 1 (2017), p. 180; sul tema, con interessanti approfondimenti anche di taglio sociologico e criminologico, anche P. CIPOLLA, Social network*, furto di identità e reati contro il patrimonio*, in *Giur. mer.* 2012, p. 2674 e D. CHAMBERS, *Social Media and Personal Relationships. Online Intimacies and Networked Friendship*, London, 2013, pp. 61-81).

[31] Sull'alfabetizzazione informatica dei cittadini quale concausa dell'aumento delle truffe *online*, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo secondo: *I delitti contro il patrimonio*, 8ª ed. (aggiornamento a cura di C. CUPELLI - M.N. MASULLO), Torino, 2023, p. 187.

[32] C. CROSS - M. DRAGIEWICZ - K. RICHARDS, *Understanding romance fraud*, cit., p. 1304.

[33] M. OFFEI *et al.*, *How Do Individuals Justify and Rationalize their Criminal Behaviors in Online Romance Fraud?*, in *Information Systems Frontiers*, 24 (2020), p. 5.

in rete, le richieste fraudolente relative a: iniziative di beneficenza, raccolte fondi, dati bancari, vendita di prodotti, lotterie, sanzioni e tasse da pagare, debiti dei figli. Tali sistemi hanno in parte soppiantato le truffe tradizionali attuate mediante l'ingresso fisico del reo in casa dell'anziano, luogo sicuro per antonomasia[34]. Da questo punto di vista, la giurisprudenza ha già ricompreso le modalità informatiche tra quelle idonee a integrare l'aggravante di cui all'art. 61, n. 5, CP[35].

Il *nodo* delle truffe affettive, dal punto di vista del diritto penale, è rappresentato dalla dubbia corrispondenza al tipo delle vicende che involgano *la sola sfera sentimentale*, senza l'impegno del reo in inganni diversi da quelli relativi alla sincerità dell'attaccamento (per esempio, sulla propria identità, sullo *status* o su altre qualità personali, sulle ragioni poste a fondamento delle richieste economiche). La vittima, cioè, si offre di eseguire i pagamenti nell'illusione di condividere le sue sostanze con la persona "amata", così escludendo uno o più elementi costitutivi della fattispecie. Nella ricostruzione tradizionale, infatti, gli «artifizi o raggiri» – dai quali poi dipendono causalmente l'induzione in errore, la disposizione patrimoniale e gli eventi di danno e di profitto – dovrebbero interferire sulla psiche e la volontà negoziale del soggetto passivo, tramite un'alterazione della realtà esterna[36]: la "nuda menzogna" sui propri sentimenti, invece, non integrerebbe l'elemento oggettivo della truffa, almeno secondo la giurisprudenza[37]. Inoltre, una parte della dottrina ritiene che la condotta debba essere dotata di un certo grado di significatività (idoneità *ex ante*?)[38]. La riconducibilità delle falsità

[34] G. B. SGRITTA - F. DERIU, *La violenza occulta*, cit., p. 50.

[35] Cass. pen., sez. II, 7 luglio 2022, n. 27023; Cass. pen., sez. II, 13 aprile 2022, n. 18252; Cass. pen., sez. II, 17 luglio 2018, n. 40045. In tema, G. MINICUCCI, *Le frodi informatiche*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (diretto da), *Cybercrime*, Milano 2023, p. 907.

[36] Sull'induzione in errore quale "elemento centrale" della truffa, idoneo a restringere il novero delle condotte punibili, G. ROTOLO, *sub art. 640*, in G. FORTI - S. RIONDATO - S. SEMINARA (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, 7ª ed., Milano, 2024.

[37] Trib. Milano, sez. III, sent. 14 luglio 2015 - 8 settembre 2015, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista telematica* (penalecontemporaneo.it), (2015), nt. S. FINOCCHIARO. Secondo il giudice del merito, peraltro, apparirebbe incerta anche la verifica del dolo: «Esso deve essere presente al momento (dell'inizio) della condotta. Il dolo sopravvenuto non dà luogo al delitto di truffa. L'agente deve avere fin dall'inizio voluto ingannare la vittima e ottenere una prestazione patrimoniale ingiusta con altrui danno. Sono dunque penalmente irrilevanti le condotte poste in essere nell'ambito di una relazione che non sia stata *ab origine* intrapresa con quel preciso intento criminoso».

[38] Per tutti, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 189.

"amorose" nell'orbita dell'art. 640 CP dovrebbe essere esclusa anche in ossequio alla frammentarietà dell'intervento penale, del principio di legalità e dei suoi corollari. Breve: l'offesa penalmente rilevante *ex* art. 640 CP riguarda, anzi tutto, il patrimonio, volendo l'autodeterminazione patrimoniale della persona ingannata, e difficilmente l'atto di disposizione può essere collegato alla sola sfera emotiva, con evidenti ripercussioni sull'accertamento probatorio-processuale[39]. Quando, invece, la falsa rappresentazione della realtà (l'errore) non concerne in via esclusiva la sincerità della relazione truffatore/truffato, ma anche i motivi che determinano il secondo a disporre dei suoi valori a favore del primo (difficoltà economiche, perdita del lavoro, spese mediche, etc.), il caso tornerà a essere sussumibile sotto l'art. 640 CP.

Certo, il tradimento della fiducia – insito in ogni truffa, quand'anche prescinda da sentimenti di affetto, in quanto l'errore origina pur sempre dall'affidamento nella serietà dell'interlocutore – si ripercuote sulla sfera emotiva del destinatario della condotta, che si convince all'atto di disposizione patrimoniale nell'erroneo convincimento di aver instaurato un legame d'amore/amicizia. In ogni caso, al netto degli effetti negativi sulla salute psichica del truffato (aspetto per nulla secondario), è importante rimarcare la centralità dell'oggetto giuridico del patrimonio, anche ai fini dell'individuazione degli altri elementi costitutivi dell'art. 640 CP e della distinzione delle truffe affettive da un qualsiasi rapporto sociale (anche coniugale e familiare) fondato sull'interesse economico delle "parti" (in senso unilaterale o anche reciproco).

[39] Ancora Trib. Milano, sez. III, sent. 14 luglio 2015 - 8 settembre 2015, cit., afferma: «Perché possa dirsi integrato il delitto di truffa occorre la certezza, al di là di ogni ragionevole dubbio, che l'agente abbia, fin dall'inizio della condotta fraudolenta, voluto ottenere da questa un atto di disposizione patrimoniale che altrimenti non avrebbe potuto ottenere». Un ulteriore aspetto problematico riguarda l'accertamento del «rapporto causale-consequenziale tra errore e atto di disposizione patrimoniale. Si ha truffa solo se l'errore è causa dell'atto dispositivo e cioè quando, in assenza di esso, quell'atto non sarebbe stato posto in essere. Non c'è reato se la scelta della vittima di porre in essere l'atto di disposizione patrimoniale non è stata effettivamente determinata dall'errata convinzione che la controparte provasse determinati sentimenti, avesse determinati propositi per il futuro, etc. Ciò è rilevante in quanto, spesso, non è possibile provare tutte le componenti di una relazione di coppia, e cioè tutte le ragioni per cui una persona desidera 'stare' con un'altra e disporre anche patrimonialmente a favore di quest'ultima. In tali casi è normalmente impossibile provare che non sussistano altre cause di per sé sufficienti a giustificare l'atto dispositivo». E dunque, la chiusa: «Ciò, peraltro, evita che condotte palesemente immeritevoli di pena possano essere qualificate come truffa».

Quando, però, a partire dalla condotta fraudolenta, si instauri una relazione patologica[40], anche tra persone appartenenti al medesimo nucleo familiare (*bad, toxic or unhealthy family relation*), il fatto può evolvere in senso più gravemente offensivo, assurgendo a manifestazioni di abuso di tipo economico-affettivo. Di seguito le possibili cause e conseguenze di rilievo penale.

4. La dipendenza affettiva e i punti di contatto con il reato di maltrattamenti

Nelle truffe "tradizionali", la cooperazione della vittima è, di norma, inconsapevole[41], almeno nella prima fase dell'inganno. Nelle c.d. truffe affettive, invece, non è infrequente che la vittima – di fronte all'incongruenza delle richieste di denaro del *partner*, all'inverosimiglianza delle "prove" a supporto delle stesse, alla implausibilità delle scuse con le quali le viene rifiutato un incontro in presenza – acquisti consapevolezza del raggiro sentimentale e, ciò nondimeno, reiteri le dazioni economiche, affinché la relazione prosegua. Si tratta, dunque, di una condizione diversa dal mero dubbio (che in giurisprudenza comunque integra l'induzione in errore dell'art. 640 CP)[42], che vale a elidere più di un elemento costitutivo dell'art. 640 CP (l'idoneità degli artifizi e raggiri, l'induzione, l'errore) e incide in senso negativo sul giudizio di necessità dell'intervento penale.
Nell'ambito delle relazioni abusanti e manipolatrici, la psicologia spiega la mancata interruzione del rapporto, da parte del soggetto debole, attraverso il concetto di *dipendenza affettiva*: una condizione individuale di sottomissione (financo di schiavitù) nei confronti della persona amata (nella casistica che ci occupa: del truffato nei confronti del truffatore), che diventa «risorsa vitale alla propria esistenza»[43], anche per compensare l'assenza di stima, affetto e considerazione nella dimensione sociale reale o, comunque, nel contesto di appartenenza. La scienza medica ha

[40] A. REGE, *What's Love Got to Do with It? Exploring Online Dating Scams and Identity*, in *International Journal of Cyber Criminology*, 3 (2009), pp. 494-512.
[41] M. BELLI, *I delitti di truffa e di frode informatica*, in C. PIERGALLINI (a cura di), *I reati contro il patrimonio*, vol. XVI, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO - C. E. PALIERO - M. PELISSERO, Torino, 2022, p. 286.
[42] Per esempio, Cass. pen., sez. II, 25 settembre 2018, n. 55180.
[43] M. MONZANI - S. BUGINI, *Intrecci criminali. Dalla Sindrome di Stoccolma all'Effetto Lucifero*, Milano 2023, pp. 37-39; E. CABRAS - V. SALADINO, *La dipendenza affettiva. Testimonianze di manipolazione e violenza*, Roma, 2020, pp. 29 ss.

rintracciato alla base della dipendenza affettiva dinamiche neuronali financo assimilabili a quelle delle dipendenze da sostanze stupefacenti, alcol e gioco d'azzardo, così collocandola tra le *new addictions* di natura comportamentale, ufficialmente classificate tra i disturbi mentali[44].

Il riscontro di una condizione di dipendenza, come detto, può spiegare, in alcuni casi, non tanto l'innesco della c.d. truffa affettiva, ma la sua protrazione nel tempo e la ripetizione delle disposizioni patrimoniali, non ostante l'irrazionalità del legame e l'abnormità delle richieste[45]. Il reo, per mantenere il controllo della vittima e isolarla dalla cerchia familiare e amicale di provenienza, si avvale di tecniche di abuso o condizionamento psicologico tipiche della violenza di genere e della violenza domestica[46]; tra queste: stretto monitoraggio sui mezzi di comunicazione (telefono, e-mail, *social network*, etc.); minacce di abbandono; improvvise interruzioni delle comunicazioni; alternanza imprevedibile tra momenti di affettività e aggressività (rifiuto, rabbia, gelosia immotivata, tecnica del silenzio, etc.); destabilizzazione della vittima tramite la sua colpevolizzazione, l'attribuzione delle incomprensioni ovvero la negazione di fatti realmente accaduti (c.d. *gaslighting*)[47].

Come nelle *manipulative, coercive and controlling relationship*[48], il truffatore esercita una influenza continuativa sulla vittima, "imponendole" regole e condotte di vita che quest'ultima sa essere sbagliate, come la

---

[44] Cfr. AA. VV., *DSM-5-TR. Il Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, Milano, 2023.

[45] C. CROSS - M. DRAGIEWICZ - K. RICHARDS, *Understanding romance fraud*, cit., p. 1308.

[46] N. MODAFFERI, *Tipologie di violenza*, in L. BARONE - L. LIPARI (a cura di), *La violenza di genere nelle leggi italiane e internazionali*, Santarcangelo di Romagna, 2022, p. 97; R. FRANIUK - E.A. SHAIN - L. BIERITZ - C. MURRAY, *Relationship Theories and Relationship Violence. Is It Beneficial to Believe in Soulmates?*, in *Journal of Social and Personal Relationships*, 29 (2012), pp. 820-838; B. BRANDL - T. MEUER, *Domestic abuse in later life*, in *Elder Law Journal*, 8 (2000), pp. 297-335; S. MOSKOWITZ, *Saving granny from the wolf: Elder abuse and neglect—the legal framework*, cit., p. 201.

[47] NA. KLINE, *Revisiting once upon a time*, in *American Journal of Psychiatry*, 163, 7 (2006), pp. 1147 ss.

[48] M. BURTON, *Domestic Abuse, Victims and the Law*, Abingdon-New York, 2023, p. 8 e p. 113, in ispecie sul superamento dell'approccio teso alla minimizzazione o negazione della rilevanza del *non-physical abuse*; M. A. DUTTON - L. A. GOODMAN, *Coercion in Intimate Partner Violence: Toward a New Conceptualization*, in *Sex Roles*, 52 (2005), pp. 743-756; M. MCMAHON - P. MCGORRERY, *Criminalising Controlling and Coercive Behaviour: The Next Step in the Prosecution of Family Violence?*, in *Alternative Law Journal*, 41 (2016), pp. 98-101; R. M. TOLMAN - D. ROSEN - G. C. WOOD, *Psychological Maltreatment of Women*, in R. T. AMMERMAN - M. HERSEN (ed.), *Assessment of Family Violence: A Clinical and Legal Sourcebook*, New York, 1992, pp. 326 ss.

distrazione del patrimonio (anche familiare). Si tratta, come anticipato, di dinamiche frequentemente riscontrate negli abusi perpetrati ai danni delle persone anziane nei contesti parentali e di convivenza: da qui la nozione di *abuso economico-affettivo*, che ha suggerito la messa in relazione con il delitto di maltrattamenti[49], nonché di riflettere sulla possibilità di contestare la circonvenzione di persone incapaci[50].

L'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 572 CP si compone, come noto, di condotte abituali molto varie, che si estrinsecano in più atti, penalmente rilevanti e non, idonei a cagionare sofferenze fisiche o morali nei confronti della persona offesa, rispetto alla quale il reo/convivente si trova in una posizione di supremazia fattuale[51]. Non solo, dunque, comportamenti tipicamente connotati quali percosse, ingiurie, lesioni e minacce, ma anche umiliazioni, manifestazioni di disprezzo e offese alla dignità della vittima; condotte vessatorie atte a realizzare, nel loro insieme, la sofferenza morale e lo stato di umiliazione che sostanzia, in giurisprudenza, la nozione di «maltrattamenti».

Quando commesso dai parenti ai danni delle persone anziane, il delitto è spesso motivato da scopi di lucro (*financial elder abuse*), come quando è realizzato attraverso l'omessa destinazione del patrimonio della vittima alle sue esigenze e ai suoi fabbisogni essenziali (spese mediche, cura della persona, alimentazione adeguata, etc.)[52]. Alle volte vengono imposte, in

---

[49] P.N. CHEN *et al.*, *Elderly Abuse in domestic settings: a pilot study*, cit., pp. 3 ss.

[50] *Infra*, § 4.1.

[51] In relazione alle manipolazioni mentali, T. VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, Roma, 2013, p. 132. In relazione alla vittimizzazione dei minori e delle donne, M. BERTOLINO, *La violenza di genere e su minori tra vittimologia e vittimismo: notazioni brevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (2021), p. 65 ss. Recentemente, per un esame dell'applicazione della fattispecie: A. ROIATI, *La fattispecie dei maltrattamenti contro familiari e conviventi tra interventi di riforma, incertezze interpretative e prospettive de iure condendo*, in *Sistema penale. Rivista telematica* (sistemapenale.it), (2023).

[52] T. HICKEY - R. L. DOUGLASS, *Neglect and abuse of older family members: professionals' perspectives and case experiences*, in *The Gereontologist*, 21, 1 (1981), pp. 171-176; E. RATHBONE - MCCUAN - B. VOYLES, *Case detection of abused elderly parents*, in *American Journal of Psychiatry*, 139, 2 (1982), pp. 189-192. Tra gli esempi di abuso economico: *taking, misusing, or using without knowledge or permission money or property; forging or forcing an elder person's signature; abusing joint signature authority on a bank account; misusing ATMs or credit cards; cashing an elder person's checks without permission or authorization; getting an elder person to sign a deed, will, contract, or power of attorney through deception, coercion, or undue influence; providing true but misleading information that influences the elder person's use or assignment of assets; persuading an impaired elder person to change a will or insurance policy to alter who benefits from the will or policy; negligently mishandling*

modo del tutto arbitrario, privazioni e restrizioni dell'autonomia relazionale e patrimoniale: controllo delle disponibilità economiche; sottrazione degli strumenti di pagamento (carte, libretti degli assegni, codici, etc.); destinazione forzata a case di riposo, in luogo dell'assistenza domiciliare; richieste di denaro[53], anche in forma estorsiva[54]; insulti e "ricatti affettivi"[55].
Si tratta, in sintesi, di condotte di mortificazione dell'anziano, che determinano uno stato di paura e avvilimento che ostacola la «privata difesa», per il timore di deludere le aspettative delle persone care e/o di quelle che, anche in futuro, saranno deputate alla sua cura[56].

4.1. (segue) La delimitazione rispetto al reato di circonvenzione di persone incapaci

Ancora nell'ambito degli abusi economici si registrano, inoltre, molteplici fatti riconducibili al reato (consumato o tentato) di circonvenzione di

assets, including misuse by a fiduciary or caregiver; promising long-term or lifelong care in exchange for money or property and not following through on the promise; overcharging for or not delivering caregiving services; denying elder persons access to their money or preventing them from controlling their assets, etc. Da non sottovalutare, da questo punto di vista, la rilevanza delle omissioni: «anche facendo mancare il cibo alle persone della famiglia o affidate per ragioni di cura o di custodia, non assicurando condizioni decenti di vita ai familiari o non curandosi della loro salute o dei loro bisogni essenziali». Così F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 263.

[53] *Ex multis*: Cass. pen., sez. II, 14 ottobre 2021 - 6 dicembre 2021, n. 45070; Cass. pen., sez. VI, 13 giugno 2022 - 4 agosto 2022, n. 30715; Cass. pen., sez. II, 8 febbraio 2022 - 25 marzo 2022, n. 10998; Cass. pen., sez. VI, 28 febbraio 2023 - 23 marzo 2023, n. 12325; Cass. pen., sez. VI, 20 giugno 2023 - 21 settembre 2023, n. 38676.

[54] Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2015, n. 5300; Cass. pen., sez. II, 21 febbraio 2020, n. 16577; Cass. pen., sez. II, 1° luglio 2020, n. 28327, in *DeJure*; Cass. pen., sez. II, 31 ottobre 2023 - 4 dicembre 2023, n. 48299 (in tema di maltrattamenti ed estorsione del reo ai danni della madre per l'ottenimento di una quota del reddito di cittadinanza percepito dalla vittima).

[55] Secondo un orientamento della giurisprudenza di legittimità, invero discutibile, ai fini dell'applicabilità del delitto di maltrattamenti, si ravvisa l'elemento della *convivenza* «solamente laddove risulti acclarata l'esistenza di una relazione affettiva qualificata dalla continuità e connotata da elementi oggettivi di stabilità: lungi dall'essere confuso con la mera coabitazione, il concetto di convivenza deve essere espressione di una relazione personale caratterizzata da una reale condivisione e comunanza materiale e spirituale di vita». Così Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 2022, n. 38336.

[56] Meno frequenti, invece, nelle case di riposo, dove si realizzano vessazioni e carenze assistenziali solo eventualmente accompagnate da schemi fraudolenti, che invece si ripropongono in caso di assistenza domiciliare da parte del *caregiver*.

persone incapaci, reato di cui – non ostante la collocazione nel XIII – è pacificamente riconosciuta la portata plurioffensiva, nel senso dell'orientamento alla tutela personalistica della libertà di autodeterminazione della vittima[57].

Attenzione: la vecchiaia, a oggi, *non* è ricompresa tra gli indici di incapacità di cui all'art. 643 CP; escluso, dunque, un suo collegamento *ex lege* con lo «stato di infermità», è annoverata in giurisprudenza tra le cause potenzialmente idonee a integrare uno stato di «deficienza psichica», ma solo nell'ipotesi in cui vengano accertati, in sede processuale, la perdita o il grave decadimento delle qualità mnemoniche dell'anziano, sì da renderlo in concreto "incapace" di resistere alla suggestione altrui[58]. Resta ferma, cioè, la delimitazione tra i due delitti patrimoniali: circonvenzione in caso di infermità, truffa in caso di capacità (anche ridotta) di autotutela, con eventuale aggravamento *ex* art. 61, n. 5, CP.

Si segnala, tuttavia, che esiste anche un altro disegno di legge in materia di tutela delle persone anziane (A.C. 1164, già approvato in Senato), con il quale si propone la modifica dell'art. 643 CP nel senso di estendere il delitto di circonvenzione alle ipotesi di *abuso* «delle condizioni di vulnerabilità di una persona, anche dovute all'età avanzata»[59]. L'affiancamento della condizione di vulnerabilità allo stato di incapacità/infermità – tenendo conto, peraltro, della menzione espressa dell'età del soggetto passivo nell'aggravante della minorata difesa – rischia di confondere i confini tra le due fattispecie, nonché di veicolare un discutibile automatismo vecchiaia = incapacità di autodeterminazione.

Deve ammettersi, da questo punto di vista, che la letteratura medica associa il fenomeno del *financial exploitation* all'età avanzata[60], allo scarso e/o rallentato funzionamento delle capacità cognitive (in particolare, *deficit* di memoria) e delle abilità nelle attività quotidiane, allo stato di

[57] M. BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio*, cit., p. 65; E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in C. F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano 2013, pp. 523-524.

[58] Cfr. Cass. pen., sez. II, 26 novembre 2019 - 3 dicembre 2019), n. 49111.

[59] Nella sua prima formulazione, la proposta prevedeva l'inserimento di una fattispecie *ad hoc*, nel c. 2 dell'art. 643 CP, dedicata alla circonvenzione di persone anziane. Il testo approdato alla Camera, invece, prevede la modifica del c. 1, nel senso indicato.

[60] S. WOOD - P.A. LICHTENBERG, *Financial Capacity and Financial Exploitation of Older Adults: Research Findings, Policy Recommendations and Clinical Implications*, in *Clin Gerontol.*, 40(1), (2017) pp. 3-13.

depressione che discende dall'isolamento sociale[61]. Condizioni che, a ben vedere, quando collettaneamente considerate, possono consentire una diagnosi di demenza o "predemenza". In particolare, alcuni studi hanno riscontrato *deficit* di tipo aritmetico o procedurale, con conseguente compromissione delle capacità finanziarie dell'anziano[62]. Anche in queste ipotesi, peraltro, la valutazione si svolge tramite prove neuropsicologiche, secondo specifici test di gestione di denaro (*Independent Living Scales*)[63].

5. Truffe ai danni degli ascendenti e limitazioni alla punibilità in ambito familiare

L'esame cursorio dei maltrattamenti ha mostrato la varietà dei casi suscettibili di involgere l'autonomia (e la dignità) economica delle vittime e di integrare un *elder abuse*: «*a single or repeated act or lack of appropriate action occurring within any relationship in which there is expectation of trust that causes harm or distress to an older person. It can occur in either community or institutional settings and can take many forms, including physical, psychological, financial/material, sexual abuse and neglect*»[64].

Tra i comportamenti riconducibili alla nozione, invero ampia, di *abuse of older people* non mancano, come si è detto, le truffe; non tanto quelle perpetrate dagli estranei che riescano a carpire la fiducia dell'anziano, ma quelle realizzate in ambito familiare o, comunque, in un rapporto intimo o

[61] G. H. WEISSBERGER - L. MOSQUEDA - A. L. NGUYEN - A. SAMEK - P. A. BOYLE - C. P. NGUYEN - S. D. HAN, *Physical and mental health correlates of perceived financial exploitation in older adults: Preliminary findings from the Finance, Cognition, and Health in Elders Study*, in *Aging Ment Health*, 24(5), (2020), pp. 740-746. Si consideri, ancora la scarsa educazione finanziaria delle persone anziane, proprio perché deprivate dell'autonomia di gestione delle proprie sostanze. Sul tema, B. D. JAMES - P. A. BOYLE - D. A. BENNETT, *Correlates of susceptibility to scams in older adults without dementia*, in *J Elder Abuse Negl.*, 26(2), (2014), pp. 107-22.

[62] S. WOOD - P.A. LICHTENBERG, *Financial Capacity and Financial Exploitation of Older Adults*.

[63] M. DELIEMA, *Elder Fraud and Financial Exploitation: Application of Routine Activity Theory*, in *Gerontologist*, 58(4), (2018), pp. 706-718.

[64] Definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (https://apps.who.int/-violence-info/abuse-of-older-people/) (ultimo accesso 7 maggio 2024). In letteratura: F. GLENDENNING, *What is Elder Abuse and Neglect?*, in P. DECALMER - F. GLENDENNING (ed.), *The Mistreatment of elderly people*, II ed., London-Thousand Oaks-New Delhi, 1997, p. 16; C. L. MILLER-PERRIN - R. PERRIN - C. M. RENZETTI, *Violence and Maltreatment in Intimate Relationships*, cit., p. 23.

di convivenza. Nella casistica: richieste pretestuose ovvero gonfiate di denaro, da parte del "garante", per il rimborso delle spese sostenute a favore della persona anziana (alimenti, farmaci, prestazioni sanitarie, presidi medici, bollette, lavori domestici e riparazioni, commissioni per l'esecuzione di pagamenti o altri adempimenti burocratici), oppure legate a ragioni personali del tutto insussistenti (multe, sanzioni, debiti, beneficenza), altri raggiri volti a ottenere garanzie, finanziamenti, fideiussioni, indennità[65].

La vittima di truffa, di norma, non si accorge dell'imbroglio; quando, invece, comprende l'accaduto, matura il convincimento che sia in un certo senso "giusto" che i figli ovvero i *caregivers* amministrino le sue disponibilità economiche[66].

Si badi: tali comportamenti sono estranei alla sfera dell'art. 572 CP, anzi tutto per l'assenza di lesività fisica e/o comunque di violenza alla persona idonea a umiliare l'anziano e a sopraffarlo; si tratta, in ogni caso, di condotte che inficiano la libera formazione del consenso in ordine alle disposizioni patrimoniali, dalle quali deriva un evento di profitto[67].

Diversa, invece, la "variante" *affettiva* della truffa tra congiunti, nella quale si riscontrano taluni atteggiamenti ai limiti dei maltrattamenti e dell'estorsione e la reiterazione dei raggiri (anticamera dell'"abitualità").

Il discorso, per questa via, si sposta sul tema delle scelte di criminalizzazione in materia di non punibilità dei delitti contro il patrimonio commessi in ambito familiare.

In ordine alla punibilità dei fatti commessi in danno dei parenti e, in particolare, degli ascendenti (c. 1, n. 2), l'art. 649 CP detta un insieme di

[65] C.L. DESSIN, *Financial abuse of the elderly*, in *Idaho Law Review*, 36 (2000), pp. 203-226; NATIONAL COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF ELDER ABUSE (NCPEA), *Elder Abuse: Financial Abuse*, 2001, http://www.preventelder abuse.org/elderabuse/fin_-abuse.html (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[66] Secondo R.J. BONNIE - R.B. WALLACE (ed.), *Elder Mistreatment: Abuse, Neglect, and Exploitation in an Aging America*, National Research Council (US) Panel to Review Risk and Prevalence of Elder Abuse and Neglect, National Academies Press, Washington DC 2003 :«But unlike physical abuse and neglect, financial abuse is more likely to occur with the tacit acknowledgment and consent of the elder person and can be more difficult to detect and establish».

[67] Diverso, invece, il rapporto dell'art. 572 CP con il reato di estorsione, frequentemente contestati in concorso materiale, oscillando la giurisprudenza sul riconoscimento della continuazione *ex* art. 81, c. 2, CP Cfr. nota n. 52.

regole volte a inibire ovvero moderare l'ingerenza di parte pubblica[68]. La *ratio* della norma affonda le sue radici nella tradizione politica, culturale e religiosa che permea il codice Rocco[69]: accordare alla famiglia una protezione privilegiata nei casi di conflittualità patrimoniale, affinché l'unità dell'istituzione non venga (ulteriormente) turbata dalla potestà punitiva statuale[70], il cui intervento potrebbe impedire, magari irrimediabilmente, una auspicabile riconciliazione[71].

Il *favor* dell'ordinamento, d'altra parte, scema in senso corrispondente all'allentamento dei legami familiari: la "non punibilità" riservata ai congiunti diretti (c. 1: coniuge non legalmente separato, parte dell'unione civile, ascendente, discendente, affine in linea retta, adottante, adottato, fratello o sorella conviventi) muta in "procedibilità a querela della persona offesa" per i parenti meno stretti (c. 2: coniuge legalmente separato o parte dell'unione civile in via di scioglimento, fratello o sorella non conviventi, zio, nipote, affine in secondo grado conviventi); riemerge, infine, la punibilità ordinaria allorquando l'offesa al patrimonio riguardi i «delitti preveduti dagli articoli 628, 629 e 630 e [...] ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone» (c. 3); non anche, dunque, l'art. 640 CP che, quand'anche aggravato dalla minorata difesa

---

[68] Sulla causa personale di esclusione della punibilità (o comunque di improcedibilità), cfr. V. MILITELLO, *Patrimonio (delitti contro il) (voce)*, in AA.VV., *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 299; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, pp. 195 ss.; G. LEO, *Sulla non punibilità dei delitti contro il patrimonio tentati in danno dei prossimi congiunti*, in *Dir. pen. proc.*, 12 (2008), pp. 1516 ss.; E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, cit., pp. 24 ss.; I. MERENDA, *Brevi note sui rapporti di famiglia come "causa di non punibilità" nei delitti contro il patrimonio*, in *Cass. pen.* (2009), pp. 2400 ss.; L. FERLA, *Prospettive della non punibilità. Modelli normativi e funzioni politico-criminali*, Napoli, 2022, pp. 135 ss.

[69] Sul retaggio culturale della causa di non punibilità, V. SPINOSA, *La causa di non punibilità dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare: un privilegio irragionevole secondo la Corte costituzionale (sent. 5.11.2015 n. 223)*, in *La legislazione penale. Rivista telematica* (lalegislazionepenale.eu), (2016), p. 2.

[70] G. PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1 (1951), p. 49. Segnala invece V. MILITELLO, *Patrimonio (delitti contro il) (voce)*, cit., p. 299, che la disposizione risponde a una logica di pluralità degli ordinamenti, «una concezione della famiglia come struttura sociale che mantiene tratti di autonomia al proprio interno», alla quale l'ordinamento statuale riconosce «un regime particolare, comunque diverso rispetto a quello generalmente valido nelle relazioni interpersonali tra estranei».

[71] G. COCCO, *Il fondamento e i limiti dei rapporti familiari come causa di non punibilità o di perseguibilità a querela di parte*, in *Resp. civ. prev.*, 4 (2015), p. 1048; R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4 (2010), p. 1599.

della vittima (per quel che più interessa in questa sede) e, dunque, procedibile d'ufficio, resta *non punibile* (ai sensi del c. 1) nell'ipotesi di parentela più stretta[72].

La soluzione normativa non pare convincente. La dottrina si esprime da tempo e in senso pressoché unanime sull'incongruenza della costruzione del titolo XIII e della sua ripartizione interna, in funzione delle modalità di aggressione della condotta (violenza *vs* frode), da considerarsi ormai obsoleta[73]. Secondo una diversa e più fruttuosa elaborazione, invece, i reati contro il patrimonio andrebbero distinti non tanto in relazione alle caratteristiche oggettivo-materiali della condotta, quanto ai soggetti che concorrono all'intera dinamica dell'offesa; segnatamente: reati di aggressione unilaterale del patrimonio e reati che richiedono la cooperazione del soggetto passivo[74].

Esistono, poi, casi singolari, che si pongono ai limiti della categoria delle offese al patrimonio commesse mediante violenza alla persona, in quanto caratterizzati dal ricorso a violenze di tipo psicologico; casi, dunque, che lambiscono la "terza categoria" del titolo XIII individuata dalla dottrina, ossia quella dei reati (a cooperazione della vittima) la cui condotta si caratterizzi per lo «sfruttamento di una preesistente situazione di vantaggio, per le condizioni di debolezza psichica o economica ovvero per la situazione di ignoranza o errore, in cui già la vittima si trova»[75]: *in primis*, la circonvenzione di incapace, anch'essa non punibile quando commessa dai parenti più stretti[76].

6. (segue) Le indicazioni della giurisprudenza di legittimità

[72] A valle della c.d. riforma Cartabia, il delitto di truffa è procedibile a querela della persona offesa nella forma base, mentre è procedibile d'ufficio nelle ipotesi aggravate.

[73] C. PECORELLA, *Patrimonio (delitti contro il) (voce)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1976, pp. 628 ss.; F. MANTOVANI, *Patrimonio (delitti contro il) (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, 1990, pp. 1 ss.

[74] V. MILITELLO, *Patrimonio (delitti contro il) (voce)*, cit., pp. 287-288.

[75] M. BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio*, cit., p. 15.

[76] Sulle criticità dell'esclusione della punibilità in caso di sussistenza di rapporti di parentela, E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, cit., pp. 524-525. Sono numerose le pronunce della giurisprudenza in materia di corretta individuazione del soggetto passivo del delitto di circonvenzione di incapace, quale titolare del diritto di querela nei casi previsti dall'art. 649 CP (soltanto l'incapace). Il terzo che subisca un danno in conseguenza degli atti dispositivi posti in essere dall'incapace, invece, riveste solo la qualità di persona danneggiata dal reato, come tale legittimata a esercitare l'azione civile.

La norma di cui al c. 1 dell'art. 649 CP è stata in più occasioni tacciata di anacronismo[77], anche in ragione della sua natura di causa di non punibilità in senso stretto[78]: integrato il reato nei suoi elementi fondamentali, la deroga opera nei confronti di una cerchia ristretta di persone il cui elenco, a oggi, potrebbe apparire superato o, comunque, poco allineato alla sensibilità sociale rispetto ai valori coinvolti (famiglia e patrimonio individuale)[79].

Anche la Corte costituzionale, con sentenza del 7 ottobre 2015, n. 223, nel pronunciarsi sulla ragionevolezza dell'art. 649, c. 1, CP – più nel dettaglio, sulla legittimità *ex* artt. 3 e 24 Cost. della preclusione dell'accesso alla tutela penale per i «soggetti deboli» rispetto ai fatti commessi dai familiari – aveva ammesso l'opportunità di un aggiornamento della norma al mutamento della realtà di riferimento: alla comunanza di interessi (e di sostanze) dell'istituzione familiare tradizionale, di cui sono espressione le categorie che delimitano l'ambito soggettivo della previsione, «si affianca oggi, e in molti casi si sostituisce, la reciproca autonomia economica» dei singoli componenti[80]. E aggiungeva: «la protezione assoluta stabilita intorno al nucleo familiare, a prezzo dell'impunità per fatti lesivi dell'altrui patrimonio, non è più rispondente all'esigenza di garantire i diritti individuali e gli stessi doveri di rispetto e solidarietà, che proprio all'interno della famiglia dovrebbero trovare il migliore compimento». Respinta, dunque, «una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti», ogni deroga al principio d'uguaglianza dei cittadini innanzi alla legge deve essere misurata, «in termini di razionalità (dunque in termini di congruenza dei suoi presupposti logici e dei suoi concreti effetti), con riguardo alle condizioni di fatto e di diritto nelle quali la deroga stessa è chiamata ad operare»[81]. Da qui, l'invito al Parlamento a ripensare la

[77] V. MILITELLO, *Patrimonio (delitti contro il) (voce)*, cit., p. 303.
[78] Sulla nozione, per tutti, M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1 (1990), pp. 69 ss.
[79] Sul punto, L. FERLA, *Prospettive della non punibilità*, cit., pp. 149 ss.
[80] Per una puntuale e ampia analisi di Corte cost., 7 ottobre 2015, n. 223, v. L. FERLA, *Prospettive della non punibilità*, cit., pp. 158 ss. Sulla dicotomia tra famiglia in senso patrimoniale e in senso affettivo-personalistico, v. S. RIONDATO, *Cornici di «famiglia» nel diritto penale italiano*, Padova, 2014, p. 134.
[81] Corte cost., 7 ottobre 2015, n. 223, § 5.1.

selezione dell'area di impunità, prerogativa spettante alla sua ampia discrezionalità[82].

Merita sottolineare che la Consulta non ha escluso la possibilità di un intervento correttivo eventualmente idoneo a produrre un effetto *in malam partem*. Simile esito, nel caso di specie, non sarebbe disceso dalla manipolazione diretta della legge (inammissibile), ma dall'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore (le singole fattispecie contro il patrimonio, nelle quali risiede la scelta di criminalizzazione in astratto)[83]. Tuttavia, la Corte ha preferito evitare una declaratoria di incostituzionalità (ablazione secca del c. 1 dell'art. 649 CP) in assenza di una soluzione sostitutiva obbligata. A tale ultimo proposito, la Consulta afferma: «Sono infatti prospettabili una molteplicità di alternative, costituzionalmente compatibili, idonee ad evitare che prevalga sempre e comunque, per determinate figure parentali, la soluzione dell'impunità, anche contro la volontà della vittima ed anche quando non vi sia, nel concreto, alcuna coesione da difendere per il nucleo familiare». La stessa ordinanza di rimessione, come ha sottolineato la Consulta, suggeriva «non già la completa caducazione della fattispecie di non punibilità, ma la generalizzata subordinazione della procedibilità dell'azione contro il reo all'iniziativa della vittima»[84]. Breve: l'intervento della Corte sul solo c. 1 dell'art. 649 CP avrebbe lasciato intatto il c. 2, che prevede la punibilità a querela di parte dei fatti commessi a danno dei congiunti "meno stretti", «producendo un'evidente irrazionalità di sistema».

Ai nostri fini, la motivazione si dimostra significativa sotto diversi profili: *i)* nel dibattito sul ruolo della famiglia tradizionale nella selezione delle cause di non punibilità e delle cause scusanti; *ii)* nella riflessione sul bilanciamento tra gli interessi di tutela delle vittime vulnerabili, anche in

[82] Corte cost., 7 ottobre 2015, n. 223, § 5.2: «Spetta insomma al ponderato intervento del legislatore, non sostituibile attraverso la radicale ablazione proposta con l'odierna questione di legittimità, l'indispensabile aggiornamento della disciplina dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare, che realizzi, pur nella perdurante valorizzazione dell'istituzione familiare e della relativa norma costituzionale di presidio (art. 29 Cost.), un nuovo bilanciamento, in questo settore, tra diritti dei singoli ed esigenze di tutela del nucleo familiare».

[83] In questo senso, L. STAFFLER, *Questioni di legittimità costituzionale in malam partem: nuovi limiti al sindacato da parte della Consulta? (A proposito della causa di non punibilità ex art. 649 c.p.)*, in *Arch. pen.*, 3 (2015), p. 12.

[84] Corte cost., 7 ottobre 2015, n. 223, § 5.2.

ragione dell'età, e le ragioni della non punibilità dei familiari per i fatti contro il patrimonio[85]; *iii)* per l'aggancio al (diverso, ma collegato) problema dell'estensione oggettiva della causa di esclusione della punibilità, inoperante in relazione ai reati contro il patrimonio espressamente nominati dal c. 3 (rapina, estorsione, sequestro a scopo di estorsione) e a «ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone»[86].

Emerge, di nuovo, l'intreccio tra circostanze soggettive e oggettive che espongono le persone anziane a un maggior rischio di vittimizzazione per reati eterogenei, intreccio che revoca in dubbio la coerenza della disciplina di cui si discute (dove le ragioni delle persone anziane *soccombono* dinnanzi al valore del legame familiare) e la scelta d'intervento del Governo sulle sole truffe aggravate.

Esclusa, in forza del c. 1, l'applicabilità della causa di non punibilità ai fatti estranei al perimetro del titolo XIII e, dunque, ai maltrattamenti economici e a ogni altra offesa alla persona commessa (anche) mediante forme di abuso patrimoniale, la revisione critica dell'art. 649 CP potrebbe riguardare il delitto di truffa che, proprio nei contesti familiari e/o di convivenza (gli stessi contesti commissivi dell'art. 572 CP; gli stessi contesti "relazionali" elencati ai commi 1 e 2), si combina alla pratica di violenze morali/psicologiche (ricatti affettivi, umiliazioni, prevaricazioni) del tipo di quelle esaminate[87].

D'Altra parte, la stessa Corte di cassazione, in relazione agli atti persecutori e ai maltrattamenti, ha inteso l'espressione «violenza alla persona» di cui

---

[85] Per un'ampia e accurata riflessione sul tema generale, L. FERLA, *Prospettive della non punibilità*, cit., pp. 182 ss. Si considerino, peraltro, le richieste di intervento rimesse alla Corte costituzionale sul tema: Corte cost., 15 aprile 2015, n. 85; Corte cost., 12 luglio 2000, n. 352; Corte cost., 11 luglio 2000, n. 302. Si veda, inoltre, Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 57, che dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649, c. 1, CP nella parte in cui non prevede «la non punibilità anche dei fatti criminosi previsti dal titolo XIII del libro II del Codice penale commessi in danno di un convivente more uxorio».

[86] P. CIPOLLA, *L'anziano vittima dei reati patrimoniali*, in *Giur. mer.*, 12 (2011), pp. 3019 ss.

[87] Sulla famiglia, quale «contesto nel quale si manifestano conflittualità di varia natura nonché comportamenti criminali di tipo violento, alcuni dei quali fondati su motivazioni economiche», v. L. FERLA, *Prospettive della non punibilità*, cit., p. 152. Ampiamente, sullo storico esonero dello spazio familiare da esigenze (e interventi) di giustizia, M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002, pp. 122 ss.

al c. 3-*bis* dell'art. 408 CPP come inclusiva non solo delle condotte di violenza fisica, ma anche di quelle di minaccia[88], fino a ricomprendere la violenza morale, incorporea.
Inoltre, anche in relazione ai delitti contro il patrimonio, una parte, invero minoritaria ma più recente, della giurisprudenza di legittimità ammette già l'applicazione del c. 3 anche in assenza di violenza strettamente fisica[89], in tal modo adeguando l'art. 649 CP alle acquisizioni culturali del nostro tempo in materia di violenza di genere e tutela della salute psichica ed emotiva[90].

7. Alcune proposte

Alla luce del quadro normativo e interpretativo esaminato, anche in prospettiva comparata[91], e tenendo conto delle conoscenze empiriche

[88] E se, di conseguenza, il reato di atti persecutori di cui all'art. 612-*bis* CP fosse incluso tra quelli per i quali è necessario notificare alla persona offesa l'avviso della richiesta di archiviazione. Cfr. Cass. pen., sez. un., sent. 29 gennaio 2016 - 16 marzo 2016, n. 10959, Pres. Canzio, Rel. Bianchi, in materia di atti persecutori e riconoscimento della "violenza di genere" (art. 3, lett. *d* della Convenzione di Istanbul) anche in assenza di violenza di tipo fisico.
[89] Cass. pen., sez. II, 15 giugno 2010, n. 28141; Cass. pen., sez. II, 17 marzo 2005, n. 16023. Si veda, in particolare, Cass. pen., sez. IV, 4 luglio 2008, n. 35528, *Paskovic*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 2377 ss., che ha escluso l'applicazione della disposizione rispetto a un caso di circonvenzione di persona incapace nell'ambito di rapporti familiari e realizzata con violenza morale.
[90] Cass. pen., sez. II, 9 marzo 2023, n. 22930; Cass. pen., sez. II, 27 febbraio 2009, n. 12403.
[91] In materia di truffa, relazioni parentali ed età avanzata della vittima, il dato comparatistico appare omogeneo a quello italiano. Il codice penale spagnolo, per esempio, ha previsto una speciale circostanza aggravante del delitto di *estafa* commesso con abuso di relazioni personali (cfr. art. 250, c. 1, 6°: «*Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional*»). Lo stesso codice, però, prevede all'art. 23 una discussa circostanza comune *mixta* – attenuante ovvero aggravante, a seconda della tipologia di fattispecie cui accede – in caso di parentela tra autore del reato e persona offesa (*De la circunstancia mixta de parentesco*: «*Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente*»). Nei delitti contro il patrimonio, l'art. 23 opera come elemento attenuante. Ancora, tra le disposizioni comuni in materia di reati contro il patrimonio, è sancita una regola in parte assimilabile all'art. 649 CP Il c. 1 dell'art. 268 stabilisce quanto segue: «*Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren*

sull'abuso economico di matrice familiare e delle sue evoluzioni, è possibile formulare alcune considerazioni.

L'Italia vive una contingenza di restrizione della spesa pubblica per la sanità e la solidarietà sociale, come sempre confidando sulla proverbiale forza della rete di aiuto familiare[92], in particolare femminile. La soluzione dell'assistenza domestica, però, non sempre è percorribile, e in assenza di strutture e risorse adeguate del Servizio Sanitario Nazionale o degli enti territoriali minori, costringe molte famiglie alla ricerca di surrogati nei *caregivers* privati. Ma il rischio di tale scelta è di appaltare la cura degli anziani a estranei privi della necessaria preparazione e qualifica, se non addirittura ingaggiati a condizioni di lavoro che rendono più probabile la commissione delle truffe, anche di tipo affettivo, che invece dovrebbero prevenire; ovvero di abbandonare del tutto i soggetti deboli, nell'isolamento delle mura domestiche, all'adescamento in rete e/o ai maltrattamenti e alle circonvenzioni proprio a opera dei "garanti" che dovrebbero assisterli e proteggerli.

La proposta di modifica dell'art. 640 CP, con l'ulteriore inasprimento della forma di manifestazione aggravata ai sensi del futuribile c. 3 (attuale c. 2, n. 2-*bis*), si limita a cavalcare la preoccupazione collettiva suscitata dalle rilevazioni statistiche (il progressivo aumento della popolazione anziana e l'esposizione della stessa agli emergenti rischi di vittimizzazione di tipo patrimoniale), senza riflettere sulla *ragionevolezza* dell'intervento, in

separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad». L'esenzione da responsabilità (*excusa absolutoria por parentesco*), dunque, è sì legata all'esistenza di un legame parentale, ma la sua applicazione viene subordinata all'assenza di condotte di violenza fisica o morale nei confronti dell'offeso, nonché di abuso di particolari condizioni di vulnerabilità, tra le quali si annovera anche l'età (anche avanzata). Anche il codice penale francese prevede una norma del tutto assimilabile all'aggravante italiana a effetto speciale di cui si discute (cfr. art. 313-2, 4°: «*Au préjudice d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur*»; cfr., in senso analogo, l'art. 314-2). Prevede, inoltre, diverse cause di esclusione della punibilità per i delitti contro il patrimonio commessi in danno dei partenti (per *l'escroquerie*, la previsione è contenuta all'art. 313-3, che rinvia alla disciplina del furto *ex* art. 311-12). Anche il codice penale tedesco prevede una norma di favore per i furti tra familiari e conviventi, disponendo il regime della querela di parte (§ 247 *StGB*).

[92] G. B. SGRITTA - F. DERIU, *La violenza occulta*, cit., p. 79.

ispecie sulla *proporzionalità sanzionatoria*. V'è da chiedersi, inoltre, quali risorse siano state destinate dall'ordinamento alla prevenzione del fenomeno, prima di ricorrere (di nuovo) all'*extrema ratio* della punizione[93], e se il legislatore abbia tenuto conto del problema, più generale, della conflittualità endo-familiare a sfondo economico, che sovente impone all'autorità giudiziaria la contestazione delle più gravi fattispecie contro la persona (o con violenza alla persona) di cui si è detto[94]. L'inasprimento, da questo punto di vista, appare dimentico del dato empirico, che da tempo suggerisce di ripensare le limitazioni alla punibilità in ambito domestico previste dall'art. 649 CP, in senso coerente alle istanze di tutela dei soggetti vulnerabili e all'*harm to others principle*, posta l'indubbia dannosità delle condotte di cui si discute, dalle quali i parenti anziani non potrebbero altrimenti auto-proteggersi[95].

---

[93] Le forze di polizia dedicano particolare attenzione alle iniziative per la prevenzione dei reati che interessano gli anziani. Per esempio (dal sito della Polizia di Stato): i dispositivi territoriali di controllo del territorio (volanti, pattuglie, personale in uniforme), tenendo anche conto di specifici criteri temporali (fasce orarie e giorni della settimana) e di luogo (posti più frequentati dagli anziani: mercati, uffici postali, banche, etc.); le azioni di prossimità e le campagne informative, nel corso delle quali si rassicurano gli anziani e vengono distribuite pubblicazioni ed opuscoli contenenti suggerimenti per stimolare comportamenti autoprotettivi in grado di ridurre il rischio di vittimizzazione; incontri svolti presso uffici postali e istituti di credito, affinché i direttori o i dipendenti informino l'autorità competente al verificarsi di situazioni potenzialmente anomale; la ricezione a domicilio delle denunce per tutti coloro che, trovandosi in particolari difficoltà di movimento, non possono recarsi a presentare denuncia presso un ufficio di polizia; l'incontro con le vittime di reato a distanza di alcuni giorni dalla denuncia, sia per fornire all'utente aggiornamenti sulle investigazioni/accertamenti in corso sia per recuperare eventuali ulteriori informazioni che la vittima ricorda; gli incontri con gli anziani presso le loro abitazioni, effettuati prevalentemente nei centri abitati minori, nonché nelle zone periferiche (c.d. servizio "porta a porta").

[94] Il progetto di legge del Governo manifesta, cioè, la «tendenza delle scelte criminalizzanti in favore di alcuni stereotipi che porta poi a privilegiare la sola criminalità predatoria e di strada, posta in essere da persone delle classi subalterne, incapaci di mettere in atto azioni delittuose più sofisticate o comunque più difficilmente intercettabili dal sistema penale» Così R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2 (2003), p. 350, sul tema della colpevolezza per la vulnerabilità.

[95] Il riferimento è, dunque, ai limiti morali del diritto penale e alla riflessione sui presupposti dell'interferenza dell'ordinamento nei diritti individuali, da attuarsi secondo un attento bilanciamento tra i valori in gioco. Sul tema, la letteratura è vastissima (oltre, ovviamente, a J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, New York, 1984, e J.S. MILL, *Della libertà* (1859), Milano, 2014). *Ex multis*: A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, pp. 83 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, *ivi*, pp. 153 ss.; G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto*

In altri termini, il ricorso al diritto penale non è in sé sbagliato[96], ma rischia di rivelarsi poco produttivo sul fronte della prevenzione, se disancorato da riflessioni di sistema che tengano conto dell'apparato sanzionatorio latamente inteso, comprensivo di strumenti preventivi e cautelari meno drastici/divisivi[97], anche di natura extra-penale, volti a favorire il confronto dialogico delle persone coinvolte sul disvalore del fatto, senza sacrificare le esigenze di protezione delle vittime vulnerabili[98]; o ancora, di percorsi di giustizia riparativa disancorati dal paradigma stigmatizzante/retributivo; e

penale, tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici, in AA. VV. *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, pp. 283 ss.; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, *ivi*, pp. 140 ss.; M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3 (2008), pp. 987 ss.; M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull'autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, in *La Legislazione penale. Rivista telematica* (lalegislazionepenale.eu), (2020); D. MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan jurisprudence*, in *Criminalia* (2011), pp. 275 ss.; L. CORNACCHIA, *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, *ivi*, pp. 240 ss.; A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4 (2014), p. 1215.

[96] Da questo punto di vista, l'arresto in flagranza e la procedibilità d'ufficio erano già stati richiesti da alcune associazioni, per esempio Telefono Blu Consumatori, per consentire l'intervento delle forze dell'ordine su segnalazione di cittadini che assistano o si rendano conto del raggiro (parenti, vicini di casa, utenti delle poste, passanti, etc.).

[97] Si pensi, per esempio, ai provvedimenti di ammonimento. Sul ricorso a tali strumenti di prevenzione c.d. istituzionalizzata per il contrasto alle *aggressioni alla persona* nei contesti familiari, v. R. BARTOLI, *La tutela della persona dalle aggressioni violente*, cit., p. 171.

[98] Anche gli abusi economico-affettivi potrebbero rientrare tra le materie per le quali il legislatore ha recentemente rafforzato le misure in tema di ammonimento e di informazione alle vittime. Cfr. la legge 168 del 2023, recante «Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica», che ha ampliato l'ambito oggettivo dei c.d. "reati spia", ossia degli indicatori di una violenza di genere, per evitare che possano degenerare in comportamenti più gravi. In dottrina, secondo prospettive di più ampio respiro sulla prevenzione realmente attuativa del principio di *extrema ratio* del diritto penale (detentivo), L. EUSEBI, *Quale prevenzione dei reati? Abbandonare il paradigma della ritorsione e la centralità della pena detentiva*, in M. L. DE NATALE (a cura di), *Pedagogisti per la giustizia*, Milano, 2004, pp. 65 ss. (in particolare, p. 91: «Potrebbe parlarsi, in breve, di un sistema orientato, per fini di prevenzione, a favorire il *consenso*, piuttosto che un'obbedienza instabile fondata sul timore, nei confronti dei precetti giuridici: un sistema tale per cui lo stesso impianto sanzionatorio sia costruito intorno alle idee portanti del *recupero* a una partecipazione sociale corretta di chi abbia trasgredito la legge e della *composizione riparativa* per ciò che concerne la frattura dei legami solidaristici intersoggettivi rappresentata dalla condotta antigiuridica; un sistema a un tempo molto vigile, nondimeno, circa il contrasto, soprattutto economico, delle condotte rischiose, come pure circa l'integrazione fra i diversi piani della strategia preventiva»).

infine, di rimedi di prevenzione sociale[99], anche di tipo assistenziale e di sensibilizzazione culturale[100].

In conclusione, in prospettiva di una futura riforma, la risposta migliore al fenomeno oggetto della presente indagine non è tanto quella di inserire anche il delitto di truffa, in assenza di ulteriori contestazioni in concorso, nel c. 3 dell'art. 649 CP, tra i reati contro il patrimonio che restano ordinariamente punibili e perseguibili d'ufficio. Piuttosto, sembra preferibile la rimodulazione della regola del c. 1, affinché ammetta al regime della procedibilità a querela dell'offeso anche i fatti commessi ai danni degli *ascendenti* (persone che, per età, non sono in grado di reagire alle aggressioni), così ripristinando la legittimazione dei titolari dell'interesse all'attivazione della tutela penale[101]; oppure, al contrario, alla conservazione (meglio: al *recupero*) del legame affettivo con il reo[102]. Qualora non si volesse procedere nel senso appena indicato, si potrebbe pensare di estendere il c. 3 dell'art. 649 CP prevedendo l'esclusione della norma di favore non solo per i reati contro il patrimonio commessi mediante violenza alla persona (auspicabilmente: di tipo anche morale), ma anche per tutti quelli aggravati dalla circostanza di cui si discute.

Sarebbe, questa, una soluzione "a portata di mano", in linea con altre proposte avanzate dalla dottrina[103], per un legislatore che, nel considerare

---

[99] Ancora, ma sempre con riferimento ai reati c.d. relazionali di natura violenta, R. BARTOLI, *La tutela della persona dalle aggressioni violente*, cit., p. 171.

[100] Cfr. *Tackling abuse of older people: five priorities for the United Nations Decade of Healthy Ageing (2021–2030)*, consultabile *online* all'indirizzo: https://www.who.int-/publications/i/item/9789240052550 (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[101] *I.e.* il controllo del proprio ambiente materiale. Tra le capacità da riconoscersi a ogni persona, anche in età avanzata, vi è infatti quella di «poter possedere delle proprietà (sia terra che beni immobili), e avere diritti di proprietà uguali a quelli degli altri». Così M. C. NUSSBAUM, *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2004, p. 500.

[102] Si tratta, ancora, di una capacità fondamentale, relativa alle *emozioni*: «Poter esperire attaccamento affettivo a cose e persone al di fuori di noi; amare coloro che ci amano e si prendono cura di noi, soffrire alla loro assenza; in generale, poter amare, essere in lutto, sperimentare il desiderio, la gratitudine e la rabbia giustificata. Non veder soffocato il proprio sviluppo emotivo da paura e ansia». Di nuovo: M. C. NUSSBAUM, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 497.

[103] Si segnala la proposta di modifica dell'art. 649 CP già avanzata dall'*Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale* (AIPDP), nell'ambito de "La riforma dei delitti contro la persona". Si v. in particolare il seguente documento: Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP, consultabile *online* all'indirizzo: https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/La-riforma-dei-delitti-contro-la-persona/La-riforma-dei-delitti-contro-la-persona/ (ultimo accesso 7 maggio 2024).

gli ultrasessantacinquenni "incapaci" di difendersi autonomamente (art. 61, n. 5, CP), dovrebbe offrire loro anche le condizioni minime per sottrarsi alle sopraffazioni che ne mortificano l'autonomia patrimoniale e la dignità, riconoscendo così a queste persone *le capacità* di operare autonomamente negli ambiti fondamentali della vita[104], tanto più quando si addensano interessi "anaffettivi" attorno alle loro sostanze[105].

Abstract (ENG): Taking as its starting point the proposed law aimed at toughening penalties for aggravated fraud against elder people, the Paper will investigate the various forms of economic abuse against the elderly in family and healthcare facility. In particular, the Author will examine the so-called romance scams and the crime of mistreatment, considering the difference with the crime of circumvention of an incapable person.

Keywords (ENG): fraud; romance fraud; elderly; vulnerable victims; mistreatment; circumvention of an incapable person.

[104] M. C. NUSSBAUM, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., pp. 496-498.
[105] Era questo, d'altra parte, l'invito della Consulta nella sentenza n. 223/2015, § 5.2: «vi sarebbe almeno un'altra soluzione, alternativa a quella richiesta, per porre rimedio al vulnus denunciato: non già la completa caducazione della fattispecie di non punibilità, ma la generalizzata subordinazione della procedibilità dell'azione contro il reo all'iniziativa della vittima». Sull'irrilevanza di un "reale rapporto affettivo" alla base delle fattispecie incentrate sull'esistenza – obiettiva – di un legame parentale (artt. 307, 384, 418 e 649 CP), v. G. DE FRANCESCO, *La punibilità*, Torino, 2016, pp. 36-37.

JUS- **ONLINE 2/2024**
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

GIAMMARCO SIGISMONDI - NICOLA BERTI*

Abusi edilizi e doppio binario sanzionatorio**

English title: *Illegal building and double-track sanctioning system*
DOI: 10.26350/18277942_000174

Sommario: 1. Un equilibrio difficile. - 2. Oltre la valutazione della (il)legittimità del titolo edilizio da parte del giudice penale: i problemi aperti. - 3. Ordine giudiziale di demolizione, annullamento d'ufficio del titolo edilizio e tutela dell'affidamento. - 4. Ordine giudiziale di demolizione e accertamento di conformità. - 5. Ordine giudiziale di demolizione e acquisizione gratuita al patrimonio comunale. - 6. Ordine giudiziale di demolizione e delibera ex art. 31 c. 5 d.p.r. 380/2001. - 7. Conclusioni.

1. Un equilibrio difficile

Fin dal momento in cui è stato strutturato, il sistema sanzionatorio previsto dal nostro ordinamento per le violazioni in materia edilizia e urbanistica è stato articolato su due piani paralleli. All'attribuzione del potere di irrogare sanzioni amministrative, che accompagna l'esercizio della funzione di vigilanza e controllo sull'attività edilizia, si è fin dal principio affiancato il tradizionale strumento penalistico, con l'introduzione di specifiche fattispecie di reato.
La ripartizione delle funzioni sanzionatorie originariamente seguiva una logica ben definita: l'autorità amministrativa era competente ad esercitare le funzioni in materia urbanistica – quindi a definire le scelte strategiche e operative relative all'uso del territorio – esercitare i poteri autorizzatori (quando previsti) funzionali a garantire che le trasformazioni del territorio a fini edificatori fossero coerenti con le scelte di pianificazione e a vigilare sul rispetto delle relative prescrizioni. Le sanzioni previste miravano ad assicurare quella stessa conformità, stabilendo che quanto fosse stato realizzato in difformità dalle previsioni venisse rimosso o reso conforme. Tali sanzioni avevano quindi carattere essenzialmente ripristinatorio[1].

* Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (giammarco.sigismondi@unicatt.it e nicola.berti@unicatt.it).
** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review* ed è frutto della riflessione comune dei due Autori. Nondimeno, per i fini per cui l'indicazione è richiesta, la stesura

La funzione sanzionatoria in senso proprio, caratterizzata dal tipico contenuto afflittivo, era invece riservata alle contravvenzioni previste dall'art. 41 l. 17 agosto 1942, n. 1150, che punivano le condotte trasgressive delle disposizioni che avrebbero dovuto assicurare la preventiva valutazione dell'amministrazione sui progetti di lottizzazione di aree a fini edificatori[2], sulle richieste di autorizzazione all'esercizio dell'attività edificatoria[3] e il rispetto delle prescrizioni contenute nella licenza edilizia[4], oltre che degli ordini impartiti dall'autorità amministrativa nell'esercizio dei poteri di vigilanza sull'esercizio dell'attività edilizia[5].

Il quadro è stato modificato in alcuni dettagli, ma confermato nella sua impostazione generale, con la l. 6 agosto 1967, n. 765: invariato l'art. 32 della l. 1150/1942, il sistema sanzionatorio previsto dall'art. 41 è stato caratterizzato da un inasprimento delle sanzioni e, soprattutto, ha mostrato una più chiara percezione della gravità degli illeciti urbanistici: la rilevanza delle lottizzazioni convenzionate e la necessità di inserirle nelle scelte di pianificazione generale – attestata dalle modifiche all'art. 28 della l. 1150/1942, che subordinava espressamente ogni scelta di lottizzazione alla previa approvazione di uno strumento urbanistico generale – è stata infatti accompagnata dall'inserimento delle corrispondenti violazioni tra quelle previste dall'art. 41, c. 1, lett. b), e quindi più severamente punite.

Per quanto riguarda le sanzioni amministrative ripristinatorie, invece, si è introdotta la possibilità di applicare sanzioni pecuniarie sostitutive nel caso di impossibilità di riduzione in pristino o demolizione delle opere abusive.

Il sistema è stato ulteriormente articolato con la l. 28 gennaio 1977, n. 10, che ha posto le basi della struttura attuale. All'introduzione della concessione edilizia come titolo edilizio oneroso destinato a sostituire la precedente licenza gratuita è stata accompagnata una più analitica

---

dei paragrafi 1, 2 e 6 è attribuibile a Giammarco Sigismondi, quella dei paragrafi 3, 4 e 5 a Nicola Berti. Le conclusioni sono da attribuire ad entrambi gli Autori.

[1] Si veda al riguardo l'art. 32 l. 17 agosto 1942, n. 1150 nel suo testo originario.

[2] Tale valutazione preventiva era prevista dall'art. 28, c. 1, l. 1150/1942 nel suo testo originario. La disposizione in realtà subordinava la proposta di progetti di lottizzazione a iniziativa dei privati all'approvazione del piano particolareggiato, secondo una logica che era confermata dal successivo 2° comma. È peraltro noto come la norma sia stata interpretata nel senso di consentire l'autorizzazione di tali progetti di lottizzazione anche in mancanza di una preventiva pianificazione urbanistica, sia generale, sia attuativa.

[3] Così l'art. 32, c. 3, l. 1150/1942.

[4] Questo il senso della disposizione contenuta nell'art. 32 c. 1 l. 1150/1942.

[5] Al riguardo v. ancora l'art. 32 c. 3 l. 1150/1942.

differenziazione degli illeciti, prevedendo diverse conseguenze in funzione del diverso grado di gravità dell'infrazione e una specifica sanzione per il caso di mancata ottemperanza all'ordine di riduzione in pristino, confermata – almeno sul piano amministrativo – come prima conseguenza della violazione.

Si è così introdotta la distinzione tra interventi compiuti in assenza o totale difformità dal titolo edilizio e interventi eseguiti con difformità solo parziali, prevedendo per il primo caso che la mancata ottemperanza all'ingiunzione per la riduzione in pristino da parte del proprietario determinasse l'acquisizione gratuita dell'immobile abusivo e dell'area di sedime al patrimonio indisponibile del Comune. In questa ipotesi, inoltre, la regola prevedeva il mantenimento dell'immobile e il suo utilizzo per fini pubblici, mentre la demolizione (da eseguire a spese del costruttore) era solo una conseguenza eventuale e riservata ai casi in cui tale utilizzo non fosse possibile o l'opera fosse in contrasto con rilevanti interessi urbanistici o ambientali[6].

Per le difformità parziali dal titolo edilizio – e quindi per le infrazioni meno gravi – veniva invece mantenuta la regola precedente che prevedeva in termini generali la sostituzione di una sanzione pecuniaria alla riduzione in pristino nel caso che quest'ultima non fosse possibile, circoscrivendola però all'eventualità che la demolizione pregiudicasse le parti conformi dell'edificio, e quindi attribuendo alla nozione di impossibilità una connotazione essenzialmente legata ad aspetti tecnici[7].

Infine, si sono disciplinate per la prima volta in modo espresso le conseguenze dell'eventuale annullamento del titolo edilizio, mantenendo la riduzione in pristino come opzione principale, ma consentendo anche in questo caso l'applicazione di una sanzione pecuniaria sostitutiva nel caso di impossibilità di rimuovere le opere abusive[8].

L'assetto delle sanzioni penali, invece, non ha subito modifiche sostanziali. L'ultima evoluzione si è avuta con la l. 28 febbraio 1985, n. 47, che ha definito gli equilibri ancora attuali. Le modifiche introdotte sono state significative sia in termini sistematici, sia per quanto riguarda le possibili interferenze tra la funzione di vigilanza e controllo esercitato dall'autorità amministrativa e funzione sanzionatoria di competenza del giudice penale.

[6] In questo senso disponeva l'art. 15, c. 3 e c. 8, l. 10/1977.
[7] Art. 15, c. 11, l. 10/1977.
[8] Art. 15, c. 9, l. 10/1977.

Dal punto di vista sistematico, oltre a una più puntuale individuazione dei soggetti responsabili degli illeciti (titolare del titolo edilizio, committente, costruttore e – solo per i profili relativi alla conformità delle opere al titolo edilizio – direttore dei lavori) e alla definizione dei rapporti tra gli stessi, si è articolata in modo autonomo la fattispecie della lottizzazione abusiva, distinguendola dai semplici abusi edilizi e accompagnandola a previsioni sanzionatorie particolarmente severe[9].
Rispetto agli abusi edilizi, invece, si è integrata la categoria delle infrazioni maggiori con il riferimento agli interventi compiuti con variazioni essenziali rispetto al titolo edilizio[10] e si sono aggiunte due fattispecie specifiche: la prima, relativa agli interventi di ristrutturazione edilizia eseguiti in assenza o in totale difformità dal titolo concessorio (con specifiche sanzioni ripristinatorie convertibili, a determinate condizioni, in sanzioni pecuniarie sostitutive della riduzione in pristino)[11]; la seconda, riguardante le opere eseguite in mancanza del (o in difformità dal) titolo autorizzatorio (per gli interventi che al tempo non richiedevano la concessione edilizia, e che attualmente rientrano nell'ambito di applicazione della SCIA edilizia o della CILA), per le quali non è stata prevista l'applicazione di sanzioni penali e le sanzioni amministrative ripristinatorie sono state limitate al caso di interventi su immobili sottoposti a vincolo o collocati nelle zone A[12].
Sempre in questo ambito, sono state parzialmente modificate le conseguenze dell'inottemperanza all'ordine di riduzione in pristino nel caso di abusi maggiori, confermando l'acquisizione dell'opera abusiva e dell'area di sedime al patrimonio del Comune (ora non più indisponibile), ma riservandone la conservazione a una decisione espressa del Consiglio comunale che desse conto dell'esistenza di prevalenti ragioni di interesse pubblico che ne avrebbero reso inopportuna la demolizione (e salvo l'esistenza di contrastanti e rilevanti interessi urbanistici o ambientali)[13].
Nella sostanza, quindi, mentre in precedenza la conservazione dell'opera abusiva era la regola – con il vincolo tuttavia per il Comune di utilizzarla

[9] Artt. 18, 19 e 20, c. 1, lett. c) l. 47/1985.
[10] Artt. 7, c. 2, e 8 l. 47/1985.
[11] Art. 9, l. 47/1985.
[12] Art. 10, l. 47/1985.
[13] Art. 7, c. 3, l. 47/1985, poi trasposto nell'art. 31, c. 4, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380. Come è noto, nel 2014 a tale misura è stata aggiunta una specifica sanzione amministrativa pecuniaria, attualmente disciplinata dall'art. 31, c. 4-*bis*, d.p.r. 380/2001.

per fini pubblici (destinazione funzionale rafforzata dall'impossibilità di alienare il bene acquisito) – dal 1985 la regola è diventata la riduzione in pristino, mentre a essere motivata deve essere la scelta di non demolire quanto abusivamente realizzato. Si tratta, nella sostanza, di una logica non distante (fatte le dovute distinzioni) da quella che è alla base della possibilità di autorizzare il rilascio di titoli edilizi in deroga alla normativa edilizia e urbanistica vigente, e non a caso la competenza ad esprimersi al riguardo è attribuita in entrambi ai casi al Consiglio comunale: in questa prospettiva (e coerentemente), infatti, all'organo competente a definire le linee essenziali dell'assetto urbanistico che dovrebbe rappresentare il miglior compromesso possibile rispetto ai diversi interessi coinvolti, nell'ambito della cornice normativa di riferimento e sulla base di un apprezzamento che la giurisprudenza riconosce da sempre come ampiamente discrezionale, viene attribuito anche il potere di ammettere deroghe qualora il risultato complessivo della scelta corrisponda comunque a un interesse pubblico apprezzabile.

Inoltre, è stata prevista la possibilità di regolarizzare gli interventi compiuti in assenza di titolo o in difformità rispetto al titolo edilizio, a condizione che ne potesse essere attestata la conformità alla disciplina urbanistica e edilizia sia al momento della realizzazione dell'intervento, sia al momento della richiesta di sanatoria[14].

La novità più rilevante nella prospettiva delle interazioni reciproche tra sistema di sanzioni penali e controllo amministrativo sull'attività edilizia, tuttavia, ha riguardato la previsione della possibilità per il giudice penale, con la sentenza di condanna e per l'ipotesi che l'infrazione sia riconducibile agli abusi edilizi maggiori, di ordinare la demolizione delle opere abusive non altrimenti rimosse[15]. La disposizione trovava un precedente nell'art. 23 l. 2 febbraio 1974, n. 64[16], relativo alla violazione delle prescrizioni per la costruzione in zone sismiche, e avrebbe avuto una conferma nell'art. 1-*sexies*, c. 2, l. 8 agosto 1985, n. 431, riguardante la realizzazione di opere in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica[17]. In questo modo – e pur in un contesto di esigenze di tutela non esattamente sovrapponibile a quello riconducibile alle disposizioni richiamate – si è aperta quindi la

[14] Art. 13, l. 47/1985 (e ora art. 36 d.p.r. 380/2001).
[15] In questo senso v. l'art. 7 ult. co. l. 47/1985, con disposizione poi trasposta nell'art. 31, c. 9, d.p.r. 380/2001.
[16] Corrispondente all'attuale art. 98 d.p.r. 380/2001.
[17] Al riguardo v. ora l'art. 181, c. 2, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

possibilità per il giudice penale non solo di esercitare la tradizionale funzione sanzionatoria, ma anche di disporre misure ripristinatorie potenzialmente in grado di interferire con lo spazio d'azione fino a quel momento riservato all'amministrazione, e questo nonostante la formulazione della norma la configuri come disposizione di chiusura del sistema[18].

2. Oltre la valutazione della (il)legittimità del titolo edilizio da parte del giudice penale: i problemi aperti

Nel contesto descritto, che salvo successivi interventi di dettaglio corrisponde al quadro normativo delineato dal d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 attualmente in vigore, lo spazio d'azione attribuito al giudice penale – grazie a interpretazioni del sistema dirette a enfatizzarne il ruolo – si è rapidamente tradotto nell'assunzione di una funzione suppletiva dei poteri di vigilanza e controllo sull'attività edilizia di competenza dell'amministrazione.
Le ragioni di questa evoluzione sono note e sono in primo luogo riconducibili alla scarsa efficacia del sistema sanzionatorio amministrativo nel garantire in modo effettivo l'obiettivo di conformità delle trasformazioni edilizie alle prescrizioni e alle scelte compiute dagli strumenti urbanistici perseguito attraverso le misure ripristinatorie previste[19]. Una inefficacia, peraltro, spesso dovute più all'inerzia delle

[18] Si tenga presente che dal carattere di norma di chiusura della disposizione in questione non consegue necessariamente che al giudice penale sia attribuito un potere da considerare come residuale, ferma restando la necessità di coordinare tale potere con le funzioni e i poteri riconosciuti all'autorità amministrativa: B. DELFINO, *L'ordine di demolizione impartito dal giudice penale*, in *Riv. giur. edilizia*, 4 (1998), p. 179 ss., spec. note 59 e 67. Tuttavia, in concreto, è proprio il coordinamento che fa sorgere problemi.
[19] Sul punto v. già L. TURCO, *Spunti giurisprudenziali in tema di ordine giudiziale di demolizione della costruzione abusiva. Presupposti di adozione, qualificazione giuridica, sospensione condizionale della pena*, in *Riv. pen.*, 9 (1990), p. 689. Più recentemente S. PERONGINI, *Il sindacato del giudice penale sulle valutazioni discrezionali dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2 (2023), p. 229 ss., spec. pp. 230-232; G.D. COMPORTI-E. MORLINO, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1 (2019), p. 129 ss., anche su tendenze di carattere generale, comprensive del progressivo allentamento dei rigorosi canoni di individuazione normativa delle fattispecie rilevanti ai fini dell'esercizio dell'azione penale.

amministrazioni titolari della funzione di vigilanza e controllo sull'attività edilizia che a una reale disfunzionalità delle regole.
Altrettanto note sono le linee evolutive seguendo le quali si è arrivati a trovare un fondamento di diritto positivo che legittimasse tale supplenza: un percorso caratterizzato da alcuni snodi interpretativi fondamentali, il cui approdo finale appare consolidato almeno quanto lo sono le perplessità espresse sulla sua coerenza sistematica.
L'orientamento giurisprudenziale in questione ha infatti avuto origine verso la metà degli anni '70 in alcune pronunce di merito che hanno sostenuto la possibilità per il giudice penale, in sede di accertamento dell'integrazione della fattispecie tipica prevista dall'art. 41 l. 1150/1942, di valutare incidentalmente l'illegittimità di un eventuale titolo edilizio, disponendone quindi la disapplicazione[20]. Questa linea interpretativa è proseguita anche nel vigore della disciplina posta dalla l. 10/1977, relativamente alla contravvenzione riguardante l'esecuzione di opere in assenza o in totale difformità dalla concessione edilizia. Di conseguenza, ai fini sanzionatori gli interventi realizzati sulla base di un titolo edilizio illegittimo sono stati equiparati a quelli compiuti in assenza o totale difformità dal titolo. L'orientamento ha trovato poi conferma nella giurisprudenza di alcune sezioni della Corte di cassazione penale[21] e nonostante questa interpretazione sia stata superata dalle sezioni unite nel 1987[22], l'equiparazione tra assenza di titolo edilizio e titolo illegittimo è stata riproposta su altre basi e costituisce tuttora l'orientamento del tutto prevalente[23]. La condanna per il reato ora previsto dall'art. 44, c. 1, lett. b)

[20] Tra le prime pronunce a seguire questa linea interpretativa Pret. Milano, 23 luglio 1974; Pret. Sarpi, 15 maggio 1976, in *Nuovo dir*. (1976), p. 736; Pret. Menaggio, 31 maggio 1978, ricordate anche da S. PERONGINI, *Il sindacato del giudice penale*, cit., p. 237, nt. 17 e su cui in precedenza già R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano 1980, pp. 4-5.
[21] Cass. pen., Sez. III, 11 febbraio 1981, Simonelli, in *Foro it*., II (1982), c. 88, con nota di C.M. BARONE; 23 marzo 1981, Volpicelli, in *Giur. it*., II (1983), c. 60; Sez. V, 18 novembre 1981, Della Mura, in *Riv. pen*., 10 (1982), p. 826; Sez. III, 22 gennaio 1982, Romeri; 31 gennaio 1983, Zavagnin, in *Riv. giur. edilizia*, I (1983), p. 1073, con nota di I. CACCIAVILLANI, *Verso una nuova forma di servitù della gleba?*
[22] Cass. pen., Sez. un., 17 febbraio 1987, n. 3, Giordano, in *Dir. proc. amm*., 3 (1987), p. 407, con nota di R. VILLATA, *Le Sezioni Unite della Cassazione penale mettono fine alla c.d. «disapplicazione» della concessione edilizia (asserita) illegittima nel processo penale*.
[23] Al riguardo v. inizialmente Cass. pen., Sez. un., 12 novembre 1993, n. 11635, Borgia, in *Cass. pen*., 4 (1994), p. 904, con nota di R. MENDOZA, *Le Sezioni Unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità dalla normativa*

urbanistica e dalle previsioni di piano; in *Riv. giur. edilizia*, I (1994), p. 405, con nota di M. MILONE, *Sulla sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice penale*, che sul presupposto del mutamento dell'oggetto della tutela della disposizione sanzionatoria conseguente all'introduzione dell'art. 1-*sexies*, c. 2, l. 431/1985 ha sostenuto la possibilità per il giudice penale di valutare direttamente la conformità dell'intervento agli strumenti urbanistici vigenti, anche se sia stato realizzato sulla base di un titolo edilizio (e senza disporne la disapplicazione). Tale conclusione, formulata con riguardo alla fattispecie di reato prevista dall'art. 20 c. 1 lett. a) l. 47/1985 [corrispondente all'attuale art. 44 c. 1 lett. a) d.p.r. 380/2001] è stata tuttavia estesa dalla giurisprudenza successiva [salvo isolati precedenti contrari: Cass. pen., Sez. III, 8 aprile 1998, n. 7927, Di Domenico, in *Riv. giur. edilizia*, I (1999), p. 894; 28 novembre 1997, n. 2906, Bortoluzzi, *ivi*, I (1998), p. 1254 e in *Urb. app.*, 12 (1998), p. 1255, con nota di A. FERRARO, *Concessione edilizia, illegittima: principio di legalità e disapplicazione dell'atto*] anche alla più grave infrazione sanzionata dalla lett. b), pur se in fattispecie spesso caratterizzate da specificità rilevanti: Cass. pen., Sez. III, 14 luglio 1994, Cremona, in *Riv. giur. edilizia*, I (1995), p. 954, con nota di E. ZUCCA, *Oltre le Sezioni Unite 12 novembre 1993 (Borgia). Incertezze e coerenza della Cassazione* (nel caso specifico il titolo edilizio era stato ottenuto sulla base di un'illecita collusione tra funzionario pubblico e parte privata); 20 luglio 1996, n. 7310, Venè, in *Riv. pen.*, 12 (1996), p. 1346 (che tuttavia da un lato faceva ancora riferimento al potere di disapplicazione e dall'altro attribuiva rilevanza al carattere macroscopico dell'illegittimità del titolo edilizio); 28 ottobre 1997, n. 11988, Controzzi, in *Dir. pen. e proc.*, 12 (1998), p. 1542, con nota di P.M. VIPIANA, *Concessione edilizia illegittima: i poteri del giudice penale* (con simile richiamo al carattere macroscopico dell'illegittimità e con la specificazione che tale circostanza si rifletterebbe sull'elemento psicologico del reato); Sez. VI, 2 marzo 1998, n. 3396, Calisse, in *Urb. app.*, 3 (1999), p. 329, con nota di S. LORUSSO, *Acquisizione di sentenze irrevocabili* ex *art. 238*-bis *c.p.p. e pregiudizialità penale: una norma controversa* (ancora in fattispecie relativa a un caso di collusione tra beneficiario del titolo illegittimo e funzionario pubblico e che sviluppava ulteriormente l'argomento, già accennato da Cass. pen., Sez. III, 28 ottobre 1997, cit., secondo cui il titolo edilizio costituirebbe elemento normativo della fattispecie penale oggetto del potere di accertamento del giudice); Sez. V, 22 marzo 1999, Rubino, *ivi*; Sez. III, 3 marzo 2004, Dalla Fior, in *Cass. pen.*, 1 (2005), p. 34 (con considerazioni di portata generale in motivazione, ma in fattispecie relativa alla violazione dell'art. 734 c.p.); 21 marzo 2006, n. 21487, Tantillo, in *Foro it.*, Rep., (2007), voce *Edilizia e urbanistica*, n. 485; 2 ottobre 2007, n. 41620, Emelino, *ivi*, Rep., (2008), voce cit., n. 442; 24 febbraio 2011, n. 9308, S., *ivi*, Rep., (2011), voce cit., n. 523; Sez. IV, 17 dicembre 2015, n. 2598, G.C. in *Dir. proc. amm.*, 3 (2017), p. 1096, con nota di M. LAVATELLI, *La Cassazione si pronuncia sul potere del Giudice penale di sindacare la legittimità degli «atti amministrativi dal contenuto normativo» che regolano il rilascio dei permessi di costruzione* [che ha ritenuto configurabile il reato punito dall'art. 44 c. 1 lett. b) d.p.r. 380/2001 solo in presenza di una illegittimità macroscopica, ma con considerazioni condizionate dalla circostanza che il titolo era stato rilasciato conformemente a uno strumento attuativo a sua volta considerato illegittimo, tanto che era stato contestato anche il reato di lottizzazione abusiva]; compiutamente, infine, Sez. III, 7 giugno 2018, n. 49687, Bruno, in *Riv. giur. edilizia*, I (2018), p. 1657 e in *Riv. giur. ambiente*, 4 (2018), p. 780 con nota di A. NICÒTINA e R. SAGLIMBENI, *Reati edilizi e atti amministrativi illegittimi: confermata la centralità del bene giuridico «ambiente»* [che, pur in un caso nel quale era stato contestato il reato previsto dall'art. 44 c. 1 lett. a) d.p.r. 380/2001, ha

d.p.r. 380/2001, dal 1985 in poi è stata inoltre accompagnata dall'ordine di demolire le opere realizzate sulla base del titolo edilizio ritenuto illegittimo. Non è il caso di riportare nei dettagli l'evoluzione del percorso argomentativo seguito e delle critiche che sono state opposte[24]. Resta il fatto che le conclusioni raggiunte contrastano con almeno tre dati oggettivi. Innanzi tutto, con l'elemento testuale, che in nessun caso, anche con le successive modifiche introdotte al sistema sanzionatorio, ha mai fatto riferimento, anche indiretto, alla legittimità del titolo edilizio come condizione rilevante nella descrizione della fattispecie incriminatrice. Appare quindi una evidente forzatura riconoscere tale rilevanza in via interpretativa e ravvisare un cambiamento nell'oggetto di tutela individuato dalla norma su basi esclusivamente sistematiche e senza alcuna indicazione esplicita da parte del legislatore[25].

In secondo luogo, con il dato allo stesso tempo testuale e sistematico rappresentato dalla disciplina positiva dell'accertamento di conformità, che considera abusivo e penalmente sanzionabile l'intervento realizzato in mancanza del – o al di fuori di quanto assentito dal – titolo indipendentemente dalla sua conformità alle prescrizioni urbanistiche.

considerato le diverse fattispecie di reato previste dall'art. 44 come riconducibili a una logica unitaria e proposto pertanto una ricostruzione comune dei poteri di accertamento del giudice penale della legittimità sostanziale dell'intervento edilizio, fondandoli sull'oggetto di tutela della disposizione sanzionatoria, sulla rilevanza del titolo edilizio come elemento normativo della fattispecie penale, sul principio di legalità espresso dall'art. 101, 2° c., Cost. e sul potere di risolvere in via pregiudiziale ogni questione dalla quale dipende la decisione finale stabilito dall'art. 2, c. 1, c.p.p.]. Successivamente nello stesso senso Cass. pen., Sez. III, 23 aprile 2021, n. 22832, L., in *Riv. giur. edilizia*, I (2021), p. 1389.

[24] Per un efficace quadro complessivo e ulteriori riferimenti da ultimo v. C. CUDIA, *Il sindacato del giudice penale sugli abusi edilizi 'a prescindere' dall'atto*, in *http://www.federalismi.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice ordinario: il caso del permesso di costruire illegittimo*, Napoli, 2023; nonché ID., *I reati urbanistico-edilizi*, Milano 2022, spec. p. 581 ss.; ID., *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario: in particolare, l'ipotesi del permesso di costruire illegittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2 (2019), p. 418; S. PERONGINI, *Il sindacato del giudice penale*., cit., p. 251 ss. In precedenza già R. VILLATA, *Un problema non ancora (o, forse meglio, erroneamente) risolto dalla giurisprudenza della Cassazione penale*, in *Dir. proc. amm.*, 3 (2015), p. 1152. Per una riflessione critica dal punto di vista del diritto penale G. COCCO, *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice (I parte)*, in *Resp. civ. prev.*, 1 (2021), p. 6, e ID., *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice (II parte)*, *ivi*, 2 (2021), p. 358.

[25] Chiaramente sul punto R. VILLATA, *Un problema*, cit., testo e note 34 e 35.

Conformità che, anzi, come è noto, deve sussistere sia al momento di realizzazione dell'intervento, sia a quello in cui ne è chiesto l'accertamento. A fronte di questa disciplina, infatti:
a) se oggetto della tutela della fattispecie penale fosse la conformità dell'assetto del territorio alla disciplina urbanistica non avrebbe senso prevedere espressamente l'estinzione dei reati contravvenzionali come conseguenza del permesso in sanatoria, dal momento che l'insussistenza del reato o dovrebbe essere un effetto automatico di tale accertamento (se si volesse ritenere oggetto di un potere riservato all'autorità amministrativa), oppure non dovrebbe mai esserne condizionata (se si volesse invece ritenere il giudice penale sempre legittimato a svolgere autonomamente il proprio accertamento al riguardo, che corrisponde peraltro all'indirizzo effettivamente seguito, salva la difficoltà di conciliarne le conclusioni – ancora una volta – con il dato positivo attualmente costituito proprio dall'art. 45, c. 3, d.p.r. 380/2001[26]);
b) la rilevanza penale della condotta andrebbe coerentemente esclusa tutte le volte in cui l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica vigente, indipendentemente dal fatto che tale conformità sia originaria o sopravvenuta, venendo in questo secondo caso meno la lesività del fatto rispetto al bene giuridico tutelato (ancora una volta, tuttavia, scontrandosi con la formulazione letterale della norma).
In terzo luogo, con il dato sistematico rappresentato dalla disciplina degli interventi compiuti sulla base di un titolo annullato, ora definita dall'art. 38 d.p.r. 380/2001. La norma infatti – salva l'eventualità di una regolarizzazione formale del titolo e ferma restando la possibile applicabilità in tali ipotesi dell'art. 21-*octies*, c. 2, l. 241/1990 – consente sempre all'amministrazione di valutare l'opportunità di irrogare una sanzione pecuniaria sostitutiva come alternativa alla riduzione in pristino, lasciando tra l'altro un margine d'apprezzamento più ampio di quanto previsto da altre disposizioni che disciplinano situazioni simili, come gli artt. 33, c. 2, e 34, c. 2, d.p.r. 380/2001[27]. Ciò tuttavia significa che una

[26] Questo punto è colto nella sua rilevanza da Cass. pen., Sez. III, 8 aprile 1998, cit., che non a caso si discosta dall'orientamento prevalente.
[27] La prima disposizione fa riferimento espresso a un accertamento, lasciando intendere il contenuto essenzialmente tecnico dell'impossibilità di riduzione in pristino che determina l'applicazione della sanzione pecuniaria; la seconda pur senza qualificare l'attività svolta dall'amministrazione richiama un parametro ugualmente tecnico (l'impossibilità di eseguire la demolizione senza pregiudizio delle parti conformi alle

identica condotta (l'aver realizzato un intervento non conforme alla disciplina urbanistica, pur se sulla base di uno specifico titolo autorizzatorio o, se si preferisce, sulla base di un titolo illegittimo) sarebbe soggetta a conseguenze differenti a seconda che la difformità abbia costituito il presupposto per l'annullamento del titolo (in autotutela o su ricorso di un terzo controinteressato) oppure che sia stata rilevata dal giudice penale ai fini dell'accertamento del reato punito dall'art. 44, c. 1 lett. b), d.p.r. 380/2001, essendo espressamente ammessa solo nel primo caso la possibilità di valutare l'irrogazione di una sanzione pecuniaria sostitutiva[28].

Inoltre, sia nell'ipotesi in cui l'annullamento del titolo sia conseguenza dell'esercizio dell'ordinario potere d'annullamento d'ufficio ora disciplinato dall'art. 21-*nonies* l. 241/1990, sia nell'ipotesi dello specifico potere di annullamento regionale previsto dall'art. 39 d.p.r. 380/2001, l'annullamento non è mai una conseguenza automatica dell'accertamento dell'illegittimità del permesso di costruire, dovendo essere mediata dalla valutazione dell'interesse alla tutela dell'affidamento del destinatario ed

prescrizioni). Coerentemente, in tali casi la giurisprudenza esclude ogni margine d'apprezzamento discrezionale nel decidere al riguardo. Al contrario, nel caso dell'art. 38 viene riconosciuta al potere di apprezzamento dell'amministrazione «una componente valutativa di opportunità/equità, improntata al bilanciamento dell'interesse pubblico al ripristino della legalità violata con le posizioni giuridiche soggettive del privato che incolpevolmente abbia confidato nella legittimità dell'esercizio del potere amministrativo»: Cons. Stato, Sez. VI, 4 novembre 2019, n. 7508, in *Riv. giur. edilizia*, I (2020), p. 128.

[28] Si tenga presente che il giudice penale – per quanto la fattispecie sembri estranea agli abusi per i quali l'art. 31, c. 9, d.p.r. 380/2001 prevede la possibilità di ordinare con la sentenza di condanna la demolizione che non sia stata altrimenti eseguita – nel caso di interventi di ristrutturazione edilizia eseguiti in assenza di titolo o in totale difformità e alle condizioni stabilite dall'art. 33 d.p.r. 380/2001 (che come ricordato fanno riferimento a una impossibilità di carattere tecnico) ritiene possibile irrogare sanzioni pecuniarie sostitutive in luogo della riduzione in pristino, riservando la relativa valutazione al giudice dell'esecuzione: Cass. pen., Sez. III, 2 novembre 2022, n. 43250, S.M., in *Cass. pen.*, 3 (2023), p. 960. La fattispecie disciplinata dall'art. 38 d.p.r. 380/2001, tuttavia, fa riferimento espresso all'intervenuto annullamento del titolo, situazione non assimilabile all'accertamento della sua illegittimità da parte del giudice penale. La specifica finalità di tutela dell'affidamento di chi ha realizzato l'intervento edificatorio in base a un titolo successivamente annullato è ribadita da Cass. pen., Sez. III, 2 febbraio 2023, n. 11783, L.C., in *Riv. giur. edilizia*, I (2023), p. 679.

essere disposta entro limiti temporali definiti (per quanto, nel secondo caso, ampi)[29].

Nonostante le criticità evidenziate, la funzione di controllo sull'attività edilizia che il giudice penale si è attribuito in via interpretativa appare consolidata, e un ripensamento dell'orientamento seguito non sembra probabile. Anche un eventuale – per quanto discutibile e senz'altro problematico in assenza di un intervento diretto della Corte EDU – riconoscimento della natura sostanzialmente penale della misura imposta con l'ordine di demolizione[30], indipendentemente dall'autorità che lo disponga, non appare in grado di spostare gli equilibri in modo significativo, salvo che per la possibile applicazione del principio del *ne bis in idem* nel caso che l'amministrazione in conseguenza dell'annullamento

[29] Esplicitamente al riguardo, da ultimo, Cons. Stato, Sez. II, 25 ottobre 2023, n. 9243, in *http://www.giustizia-amministrativa.it,* (ultimo accesso 7 maggio 2024) spec. §§ 14.3 e 14.4.

[30] Questa eventualità è prospettata da R. PEPE, *Riflessioni sul potere sanzionatorio di ripristino del giudice penale*, in *Riv. giur. edilizia*, 1 (2021), p. 35, che indica come decisiva al riguardo la sentenza della Corte EDU, Sez. II, 27 novembre 2007, n. 21861/03, Hamer c. Belgium, in *hudoc.echr.coe.int* (ultimo accesso 7 maggio 2024). Vi sono tuttavia una serie di ragioni che suggeriscono cautela nell'estensione incondizionata di conclusioni che da un lato sono maturate in un contesto normativo non esattamente sovrapponibile a quello italiano e dall'altro sembrano emergere dalla motivazione della sentenza solo in via incidentale. Nella prima prospettiva va infatti considerato che nella legislazione belga l'ordine di demolizione, anche se è disposto dal giudice penale e ha un procedimento penale come presupposto, deve essere sempre richiesto dall'autorità amministrativa, che tra l'altro alle condizioni stabilite dalla legge ha il potere di concordare una compensazione monetaria o modifiche all'opera realizzata come alternativa al ripristino, anche in contraddittorio con eventuali soggetti lesi dall'abuso. In altre parole, non esiste qualcosa di assimilabile al nostro doppio binario sanzionatorio (nell'ambito del quale l'ordine di demolizione del giudice penale ha – o dovrebbe avere – funzione di chiusura del sistema). Inoltre, in tale ordinamento la qualificazione dell'ordine di demolizione come sanzione penale o misura ripristinatoria (di natura civile) – diversamente da quanto accade nell'ordinamento italiano – era controversa anche nell'ambito della giurisprudenza interna, con giudice ordinario e corti amministrative attestati su posizioni diverse (v. in particolare i §§ 39, 43 e 57 della motivazione). Nella seconda prospettiva, invece, dallo stesso § 57 della motivazione emerge come la Corte EDU abbia ritenuto la questione relativa alla natura della misura imposta irrilevante per la decisione, dal momento che la violazione del diritto a un giudizio di durata ragionevole (di quello si discuteva nel punto specifico, avendo dedotto il ricorrente che l'ordine di demolizione era intervenuto a quasi dieci anni dalla contestazione dell'abuso) è garantita dall'art. 6.1 CEDU tanto nei giudizi civili quanto in quelli penali, così che la successiva affermazione relativa al collegamento della richiesta di demolizione con un giudizio penale e alle rilevanti conseguenze per il destinatario dell'ordine appare sostanzialmente marginale o comunque non in grado di fondare conclusioni di carattere generale e non limitate al contesto specifico del caso deciso.

del titolo edilizio decida per la fiscalizzazione dell'abuso irrogando la sanzione pecuniaria sostitutiva prevista dall'art. 38 d.p.r. 380/2001[31].
Tuttavia l'ordine di demolizione disposto dal giudice penale, per le situazioni specifiche nelle quali può attualmente intervenire e per le modalità secondo le quali viene spesso impartito, oltre che criticità di ordine sistematico presenta anche dei problemi applicativi di ordine concreto, nei quali possono emergere interferenze con gli spazi di decisione riservati all'autorità amministrativa: si pensi alle valutazioni relative all'affidamento nella legittimità del titolo, non necessariamente circoscritte ai responsabili dell'abuso, ma estensibile ad altri soggetti che possono subire gli effetti dell'ordine di demolizione senza essere coinvolti direttamente nel procedimento penale[32]; o ai possibili effetti derivanti dal trasferimento della proprietà dell'immobile abusivo in conseguenza dell'inottemperanza all'ordinanza che dispone la riduzione in pristino ai sensi dell'art. 31, c. 2 e 3, d.p.r. 380/2001; o, ancora, alle interferenze con l'accertamento di conformità dell'intervento all'esito del quale venga

[31] Applicando tale principio, infatti, anche nel caso di una eventuale condanna disposta ai sensi del 44, c. 1, lett. b) d.p.r. 380/2001 il giudice penale non potrebbe ordinare la demolizione. Attualmente invece l'applicazione del *ne bis in idem* viene esclusa proprio in conseguenza della qualificazione dell'ordine di demolizione come sanzione amministrativa ripristinatoria (carattere che non viene meno anche nell'ipotesi nelle quali venga disposta la sanzione pecuniaria sostitutiva nel caso la riduzione in pristino risulti impossibile): Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 2020, n. 18463, G.A., in *Riv. giur. edilizia*, I (2021), p. 316; 3 ottobre 2018, n. 51044, M.A., in *Foro it*., Rep., (2018), voce *Edilizia e urbanistica*, n. 207; T.a.r. Campania, Sez. II, 17 giugno 2021, n. 4150, in *Riv. giur. edilizia*, I (2021), 1349; T.a.r. Lazio, Sez. II, 20 febbraio 2018, n. 1961, *ivi*, I (2018), p. 442. Ritiene invece che il problema non si porrebbe P. CIRILLO, *Sanzioni non punitive e garanzie penalistiche*, *ivi*, I (2021), p. 317 ss., spec. pp. 327-328, che ricorda come la giurisprudenza più recente della Corte EDU (almeno a partire da Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, 24130/11 e 29758/11, A. e B. c. Norvegia, in *http://www.hudoc.echr.coe.int* (ultimo accesso 7 maggio 2023) richieda essenzialmente un coordinamento tra i due procedimenti sanzionatori. Resta tuttavia il fatto che nell'ipotesi ricordata la sanzione pecuniaria sostitutiva rappresenterebbe, appunto, un'alternativa all'applicazione della misura ripristinatoria, con la conseguenza che quest'ultima, se fosse disposta anche dal giudice penale, verrebbe ad essere sostanzialmente duplicata. Si tenga inoltre presente che nell'ipotesi inversa (nell'ipotesi, quindi, che sia il giudice penale a ordinare per primo la demolizione) non vi sarebbe più alcuna possibilità di irrogare la sanzione pecuniaria. Sembra quindi che la situazione – potenzialmente paradossale anche condividendo la qualificazione dell'ordine di demolizione come sanzione amministrativa ripristinatoria – per soddisfare le condizioni richieste dalla Corte EDU richiederebbe quantomeno di tenere conto della sanzione irrogata nel corso del primo procedimento.
[32] Così per esempio nel caso deciso da Cons. Stato, Sez. II, 25 ottobre 2023, n. 9243, cit.

emanato un permesso in sanatoria; o alla relazione con la delibera con la quale il Consiglio comunale può decidere di mantenere l'opera abusiva acquisita al proprio patrimonio disponibile.
Le implicazioni della previsione di un doppio binario sanzionatorio – per come si è configurato e trova attuazione – meritano pertanto di essere approfondite anche rispetto a questi aspetti.

3. Ordine giudiziale di demolizione, annullamento d'ufficio del titolo edilizio e tutela dell'affidamento.

L'ormai consolidata possibilità per il giudice penale di condannare per il reato di cui all'art. 44 d.p.r. 380/2001 e, conseguentemente, ordinare la demolizione di interventi conformi ad un titolo edilizio efficace (pur accertato incidentalmente come illegittimo)[33], realizza a ben vedere un'indebita (e difficilmente conciliabile) sovrapposizione tra la funzione di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia (di cui sono espressione i poteri repressivi e ripristinatori demandati all'amministrazione e al giudice penale) e la funzione di controllo della legittimità dei titoli edilizi (cui si ricollegano, invece, i poteri di annullamento, giurisdizionale e in autotutela)[34], le quali devono mantenersi, invece, concettualmente e giuridicamente del tutto distinte[35]. Una possibile sovrapposizione che,

[33] Per una recente riflessione complessiva sul tema cfr. i lavori in precedenza richiamati alla nt. 24.
[34] In argomento, v. A.M. SANDULLI, *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *federalismi.it*, XVIII (2019), p. 1 ss.; P. URBANI-S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2023, p. 329 ss.
[35] Come rimarcato, da ultimo, da Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024), spec. § 46, ove si rileva come «la distinzione tra controllo del territorio e controllo sulla legittimità dei titoli che ne consentono le modifiche, chiara a livello teorico, finisce per debordare in molteplici ambiti chiaroscurali di non agevole collocazione dogmatica. In astratto, dunque, il primo, quale strumento conferito per dare effettività alle scelte di pianificazione urbanistica rimesse all'Ente locale, attiene alla verifica, effettuabile senza limiti di tempo, della conformità degli interventi al regime di edificabilità dei suoi per come cristallizzati nei titoli edilizi, ove rilasciati, ovvero all'illecita realizzazione in assenza degli stessi di modifiche che in qualche modo impattino sul territorio; il secondo, invece, implica, a monte e preventivamente, la verifica della sussistenza dei presupposti per assentire una determinata richiesta di esercizio dello *ius aedificandi*, *ex post*, esclusivamente la possibilità del loro annullamento, sussistendone i presupposti di legge, volti a contemperare le esigenze di tutela della legalità con quelle di certezza delle situazioni giuridiche e di legittimo affidamento che il privato ripone nella correttezza dell'operato della pubblica amministrazione».

invero, nel "binario" amministrativo è impedita dalla circostanza per la quale l'esercizio dei poteri ripristinatori da parte dell'amministrazione è precluso fintanto che gli interventi di trasformazione del territorio risultino conformi ad un titolo legittimante.

L'ingiunzione della demolizione da parte del giudice penale, in presenza di un permesso amministrativo efficace, "scardina" invece il descritto equilibrio, comportando, da un lato, un vero e proprio "appiattimento" della funzione amministrativa di controllo dei titoli su una doverosità e vincolatività di matrice repressiva, così sterilizzando la complessità "gestoria" (a tutela di tutti gli interessi in gioco) che connota tipicamente la funzione amministrativa, e, dall'altro lato, dà luogo a problematiche applicative di non secondario momento, il cui superamento impone spesso forzature di istituti consolidati e soluzioni settoriali, sempre più slegate dal dato normativo.

Per dare ragione di quanto detto, si consideri anzitutto che mentre la funzione di vigilanza e di controllo sulla conformità degli interventi edilizi si connota per la sua "perpetuità" (e senza che il trascorrere del tempo rilevi sulla meritevolezza dell'affidamento dei destinatari)[36], quella di controllo sulla legittimità dei titoli si caratterizza, invece, per la sua "temporaneità", essendo condizionata non solo al termine per l'impugnazione giurisdizionale, ma anche a quello ("ragionevole") di decadenza dai poteri di autotutela amministrativa, oggi come noto fissato nel massimo in dodici mesi dall'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici per l'annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990[37], e in dieci anni dall'adozione dei provvedimenti comunali

[36] Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[37] Cfr., da ultimo, C.g.a.r.s., Sez. riun., parere 7 dicembre 2023, n. 472, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024). Deve, a tale riguardo, ritenersi ormai superata l'affermazione di Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, *ivi*, secondo cui il termine decorre dalla scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro, in quanto la pronuncia si riferisce ad una fattispecie antecedente alla l. 124/2015 (e, pertanto, sottoposta ancora alla logica del solo "termine ragionevole"). Oggi l'inequivocabile dato testuale afferma che, in caso di provvedimenti di autorizzazione (nei quali rientra pacificamente il permesso di costruire), l'annullamento d'ufficio non può intervenire oltre i dodici mesi dall'«adozione» dell'atto; cfr., da ultimo, T.a.r. Campania, Sez. VIII, 28 maggio 2020, n. 2049; T.a.r. Campania (Salerno), Sez. II, 28 gennaio 2019, n. 199; T.a.r. Sicilia, Sez. II, 20 marzo 2019, n. 802, tutte reperibili in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

(e in diciotto mesi dall'accertamento delle violazioni) per l'annullamento straordinario regionale *ex* art. 39 d.p.r. 380/2001, che rappresenta il vero potere di "chiusura" della funzione in parola[38].

Non interessa soffermarsi in questa sede sulle ragioni di politica del diritto che hanno condotto ad una progressiva limitazione temporale dei poteri di autotutela in funzione di rafforzamento della certezza del diritto e dell'affidamento dei cittadini (che deve essere, peraltro, considerato dall'amministrazione anche in sede ponderativa)[39]; ciò che preme, invece, rilevare è che la previsione di termini decadenziali per l'esercizio dei poteri di controllo sui titoli edilizi è inevitabilmente destinata a condizionare anche il (conseguente) potere repressivo-ripristinatorio della amministrazione, posto che qualsiasi iniziativa in tal senso è preclusa finché sussista in capo ad essa un vincolo efficace al rispetto del proprio titolo, in tal modo riducendosi sensibilmente, con il trascorrere del tempo, la possibilità stessa di demolire interventi (sostanzialmente) abusivi ma (formalmente) assentiti, anche se in modo illegittimo[40].

Si vede, invece, come il riconoscimento in capo al giudice penale del potere di ordinare la demolizione di un immobile conforme ad un titolo edilizio illegittimo (ma permanentemente efficace, in quanto non annullato), non soggetto a limitazioni temporali che non siano quelle di prescrizione della relativa contravvenzione[41], rischi non solamente di introdurre un rilevante

[38] Il quale deve intendersi parimenti discrezionale, in quanto trova il proprio fondamento pur sempre nell'art. 21-*nonies* l. 241/1990, nella parte in cui prevede che il potere di annullamento d'ufficio può essere attribuito ad altro organo previsto dalla legge; cfr., *ex plurimis*, C.g.a.r.s., Sez. giur., 26 maggio 2020, n. 325, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024), secondo cui «il carattere discrezionale dell'annullamento regionale, in una con la sua riconduzione al paradigma dell'art. 21-*novies* l. n. 241/1990, inducono a ritenere che al fine dell'annullamento non sia sufficiente la sussistenza di una illegittimità dell'atto e il mero interesse pubblico al ripristino della legalità violata. Occorre invece che sia stata commessa una grave violazione urbanistico edilizia e che vi sia un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata, da compararsi con l'affidamento»; cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 6 agosto 2018, n. 4822, *ivi*.

[39] In argomento, cfr., per tutti, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici.*, Napoli, 2018, spec. p. 187 ss.

[40] Cfr. T.a.r. Puglia, Sez. III, 27 dicembre 2017, n. 1363, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[41] Ma non del relativo ordine, ove già adottato sulla base di una sentenza passata in giudicato, il quale non si prescrive, non avendo natura punitiva; cfr., da ultimo, Cass. pen., Sez. III, 17 febbraio 2022, n. 7631, in *https://www.dirittoegiustizia.it-/#/documentDetail/9671234* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

elemento di incertezza (che il legislatore ha, invece, inteso limitare)[42], ma altresì di precludere la possibilità stessa per l'amministrazione, una volta esaurito il potere di autotutela, di procedere ad un parallelo e autonomo accertamento dell'illecito, con tutta la varietà di effetti che ad esso si possono ricollegare a tutela dell'interesse pubblico e dell'affidamento del privato[43]. Si pensi, ad esempio, alla conservazione del titolo mediante decisione di conferma, convalida o non-annullamento, alla "fiscalizzazione" dell'abuso *ex* art. 38 d.p.r. 380/2001 in caso di annullamento, all'acquisizione al patrimonio comunale e alla sanzione pecuniaria nell'ipotesi di inadempimento all'obbligo di demolizione, e, infine, alla decisione di mantenimento del manufatto per fini pubblici[44]; effetti, questi, che sono del tutto estranei al binario penalistico[45], rispetto

[42] Perdipiù, senza alcuna considerazione in sede ponderativa dell'affidamento di coloro che subiscono l'ingiunzione; cfr. l'affermazione consolidata a far data da Cass. pen., Sez. III, 28 settembre 1995, n. 3123, per cui «l'ordine di demolizione costituisce per il giudice atto dovuto non suscettibile di valutazione discrezionale». Ma, oggi, v. *infra* nt. 46.

[43] Essendo precluso all'amministrazione il potere di adottare un ordine di demolizione ai sensi dell'art. 31, c. 2, d.p.r. 380/2001 fondato sul mero accertamento contenuto nella sentenza penale, senza prima aver «ripristinato un quadro provvedimentale conforme a legge e coerente con le conclusioni raggiunte in sede giurisdizionale rimuovendo in autotutela le proprie determinazioni che costituiscono il frutto delle condotte illecite accertate. Solo tale attività amministrativa di rimozione dei titoli edificatori può legittimare l'ordine (amministrativo) di demolizione dell'immobile realizzato (il quale, diversamente, resta conforme ai provvedimenti amministrativi)»; così, T.a.r. Campania (Salerno), Sez. II, 29 settembre 2017, n. 1421, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[44] Complessità "gestionale" tipica dell'autotutela decisoria ed esecutoria della pubblica amministrazione come fondata sul principio di "pienezza della competenza", secondo la nota impostazione di F. BENVENUTI, (voce) *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1789 ss.

[45] Evidenzia S. LUCATTINI, *Le sanzioni a tutela del territorio*, Torino, 2022, p. 218, che al giudice penale è precluso «realizzare quel *continuum* di disciplina amministrativa-vigilanza-misura ripristinatoria-esecuzione della stessa, funzionale al ripristino del disegno originariamente contenuto negli strumenti urbanistici o, comunque, a riassorbire le varie lesioni inferte al territorio». Invero, pur in presenza di un titolo efficace (accertato incidentalmente come illegittimo), la magistratura penale non considera (neppure in fase esecutiva) i profili di affidamento del responsabile, né il potere giudiziale di ordinare la demolizione è sottoposto a limiti temporali che non siano quelli di prescrizione del reato [presupponendo sempre l'accessività ad una sentenza di condanna; cfr. Cass. pen., Sez. III, 27 marzo 2023, n. 12552, A.A., in *https://www.one-legale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 9 giugno 2022, n. 38104, in *Cass. pen.*, VI (2023), p. 2072]; il mancato annullamento "costitutivo" del titolo edilizio, inoltre, preclude la possibilità di percorrere la via della fiscalizzazione *ex* art. 38 d.p.r. 380/2001; infine, all'inottemperanza al (solo) ordine giudiziale di demolizione non consegue l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale (e quindi la possibilità di

al quale la demolizione del manufatto abusivo rappresenta, invece, l'unico esito necessitato[46]. A quanto detto si aggiunga che il termine decadenziale

conservare l'immobile per fini pubblici), né l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria *ex* art. 31, c. 4-*bis*, d.p.r. 380/2001, salvo «realizzare una impropria combinazione fra procedimenti di natura distinta»; per questa affermazione, cfr. T.a.r. Campania, Sez. VIII, 27 settembre 2023, n. 5235; T.a.r. Puglia (Lecce), Sez. I, 27 gennaio 2023, n. 136; 17 novembre 2022, n. 1817; 31 maggio 2022, n. 901; T.a.r. Campania, Sez. II, 2 luglio 2020, n. 2851, tutte reperibili in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[46] Salvo il rilievo che sta progressivamente assumendo, perlomeno in fase esecutiva, il necessario bilanciamento, in un'ottica di proporzionalità, del potere ripristinatorio edilizio con il diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sulla scorta dell'ormai consolidato orientamento della Corte EDU [sentenze Sez. V, 21 aprile 2016, n. 46577/15, Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria, in *Urb. app.*, 12 (2016), p. 1317 ss.; Sez. II, 4 agosto 2020, n. 44817/18, Kaminskas c. Lituania, in *Cass. pen.*, I (2021), p. 358; Sez. III, 11 aprile 2023, n. 30782/16, Simonova c. Bulgaria, in *Riv. giur. edilizia*, II (2024), con nota di A.M. DI CHIO, *Abusi edilizi e diritti fondamentali: una lettura convenzionalmente orientata della funzione di ripristino* (in corso di pubblicazione)], il quale appare destinato ad arricchire la valutazione effettuata dagli organi dello Stato titolari dei poteri di ingiungere la demolizione di immobili, nel caso in cui questi ultimi rappresentino l'unico luogo di abitazione e al ricorrere di ulteriori elementi, quali la presenza di soggetti minori, l'inconsapevolezza della natura abusiva dell'attività edificatoria, l'eventuale compromissione di diritti fondamentali come quello alla salute (c.d. abuso di necessità), superando in tal modo il tradizionale orientamento circa la natura strettamente vincolata dei poteri in discorso (e la correlata "dequotazione" del contraddittorio procedurale). Cfr. Cass. pen., Sez. III, 29 agosto 2023, n. 36025, A.A., in *https://www.one-legale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 15 febbraio 2023, n. 21198, Esposito, in *CED Cass.* n. 284627; 6 luglio 2022, n. 32869, in *Riv. giur. urbanistica*, 5 (2022), p. 1300; 18 febbraio 2022, n. 5822, D'Auria, in *CED Cass.* n. 282950; 12 novembre 2021, n. 45982, M.G., in *Riv. giur. edilizia*, I (2021), p. 1980; 4 giugno 2021, n. 34607, *ivi*, p. 1967; 8 gennaio 2021, n. 423, Leoni, in *CED Cass.* n. 280270 (caso in cui la Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza di rigetto dell'istanza di revoca dell'ordine di demolizione, avendo il giudice omesso di valutare la documentazione prodotta in ordine alle condizioni socio-economiche e di salute del ricorrente); 20 febbraio 2019, n. 15141, in *Ius Penale*, 5 (2019), con nota di P. FIMIANI, *I rapporti tra diritto all'inviolabilità del domicilio e ordine di demolizione di un immobile abusivo da parte del giudice penale*; Cons. Stato, Sez. VI, 12 maggio 2023, n. 4794 (ove si paventa una possibile questione di costituzionalità dell'art. 31 d.p.r n. 380/2001 per violazione del parametro interposto rappresentato dall'art. 8 CEDU); T.a.r. Campania, Sez. II, 25 maggio 2023, n. 3186; T.a.r. Lazio, Sez. II, 18 settembre 2020, n. 9607; T.a.r. Campania, Sez. III, 10 agosto 2020, n. 3552 (ove è stato ritenuto illegittimo per violazione del principio di proporzionalità l'ordine di demolizione emanato a distanza di quarant'anni dalla realizzazione delle opere abusive destinate ad abitazione), tutte reperibili in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024). A ciò si aggiunga che in un caso (Grande camera, 30 novembre 2004, n. 48939/99, Öneryildiz c. Turchia, in *http://www.hudoc.echr.coe.int* (ultimo accesso 7 maggio 2024)) la Corte EDU ha ritenuto che l'interesse patrimoniale di un soggetto alla conservazione della propria casa di abitazione, realizzata abusivamente ma "tollerata" dalle autorità per un periodo di

per l'esercizio dei poteri di autotutela dell'amministrazione è destinato a essere superato, ai sensi dell'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. 241/1990, solamente nel caso in cui il titolo sia stato conseguito sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato (circostanza, invero, non infrequente in caso di condanna per illecito edilizio): ossia esattamente nei casi in cui l'affidamento del privato non è ritenuto, per ciò, generalmente meritevole di tutela, neppure in sede ponderativa[47].

Tale rilievo si riconnette linearmente ad un secondo profilo problematico, relativo alla svalutazione della discrezionalità amministrativa, che connota tipicamente l'annullamento d'ufficio, allorquando si sia in presenza di un ordine di demolizione impartito dal giudice penale: in tal caso, la giurisprudenza (non solo penale) tende, infatti, a sterilizzare tutte le componenti valutative previste dall'art. 21-*nonies* della l. 241/1990: non solamente quelle attinenti alla liceità dell'intervento/illegittimità del titolo (tendenzialmente vincolate all'accertamento compiuto dal giudice penale)[48] e alla sussistenza dell'interesse pubblico (ritenuto generalmente *in re ipsa*)[49], ma anche la necessaria considerazione dell'affidamento dei

cinque anni, fosse di natura sufficientemente riconosciuta da costituire un "bene" ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1 CEDU, con la conseguenza di ritenere applicabili dei confronti dell'ordine di demolizione le garanzie predisposte dalla Convenzione a tutela della proprietà privata rispetto alle ingerenze pubblicistiche. Sulla "legittima aspettativa" a rilievo patrimoniale (anche fondata sulla tolleranza implicita da parte delle autorità nazionali) come "bene" protetto ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1 CEDU sia consentito il rinvio a N. BERTI, *La proprietà fra diritto interno e CEDU*, in F.G. SCOCA-P. STELLA RICHTER-P. URBANI (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, I, Torino 2018, spec. p. 117 ss.

[47] Cfr. T.a.r. Toscana, Sez. III, 27 maggio 2022, n. 732, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[48] Cfr. C.g.a.r.s., Sez. giur., 4 ottobre 2022, n. 989, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024), ove si afferma che «nel caso specifico, la doverosità dell'annullamento discende dalla circostanza che il Tribunale, con la sentenza penale divenuta irrevocabile, ha, tra l'altro, ordinato la demolizione delle opere abusivamente eseguite. Né può dubitarsi che la demolizione delle opere in questione postulasse sul piano giuridico il preventivo ritiro del titolo edilizio e, quindi, l'adozione di un provvedimento – si ripete, doveroso – di annullamento d'ufficio». *Contra* T.a.r. Campania, Sez. IV, 4 maggio 2021, n. 2955, in *http://www.dejure.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[49] Cfr. T.a.r. Campania, Sez. II, 6 aprile 2023, n. 2134, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); T.a.r. Liguria, Sez. II, 9 dicembre 2022, n. 1059, *ivi*. Si consideri che, pur in presenza di un titolo efficace, neppure l'ordine di demolizione disposto dal giudice penale richiede alcuna motivazione in ordine alla

destinatari[50]. Quest'ultimo, infatti, è considerato non meritevole di protezione argomentando ora sulla base dell'intervenuta condanna (definitiva) per il falso, ora in ragione dell'integrazione dell'elemento soggettivo del reato urbanistico-edilizio (dolo o colpa, trattandosi di contravvenzioni)[51]. Una siffatta automaticità non appare, tuttavia, condivisibile, non solo perché non si vede come la colpa possa in ogni caso escludere la meritevolezza dell'affidamento nella legittimità di un titolo rilasciato dalla pubblica amministrazione, ma anche in quanto l'affidamento protetto dall'annullamento in autotutela è soprattutto quello di coloro che subiscono gli effetti dell'ordine di demolizione senza essere stati coinvolti direttamente nel procedimento penale, in quanto non responsabili dell'abuso, né autori del falso dichiarativo (come, ad esempio, il terzo acquirente/successore in buona fede o il beneficiario inconsapevole del falso)[52]. Per altro verso, la vincolatezza in concreto del potere di annullamento finisce spesso per "dequotare" anche l'elemento

sussistenza dell'interesse pubblico; cfr. Cass. pen., Sez. III, 15 maggio 2018, n. 41269, in *Cass. pen.*, IV (2019), p. 1661.

[50] Secondo la giurisprudenza consolidata, invece, «anche l'annullamento d'ufficio del permesso di costruire richiede necessariamente un'espressa motivazione in ordine all'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino dello *status quo ante*, preminente su quello privato alla conservazione del provvedimento, che giustifichi il ricorso al potere di autotutela della p.a., entro un termine ragionevole, non essendo, pure nella materia edilizia, sufficiente l'intento di operare un mero astratto ripristino della legalità violata»; cfr., da ultimo T.a.r. Umbria, Sez. I, 12 gennaio 2023, n. 10, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024) , e la copiosa giurisprudenza in essa richiamata.

[51] Cfr. T.a.r. Sicilia (Catania), Sez. I, 28 giugno 2023, n. 2047, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[52] In questo senso, con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. 241/1990, Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415, cit., §§ 30-33.1, ha ritenuto che «l'uso lessicale del verbo servile potere ("possono essere annullati"), anziché dell'indicativo presente del verbo essere ("sono annullati"), pare inequivoco nel rendere l'accertamento penale irrevocabile del falso insufficiente ad imporre l'annullamento dell'atto, dovendo essere effettuate comunque anche le ulteriori verifiche previste dalla norma, fermo restando che nel caso di specie non si porranno esigenze di tutela dell'affidamento del dichiarante il falso o del diretto (e consapevole) beneficiario dello stesso. Ciò a maggior ragione ove si consideri che presumibilmente il giudicato di condanna interverrà dopo un lasso di tempo consistente dall'adozione dell'atto ampliativo, sicché l'Amministrazione non potrà esimersi dal valutare l'incidenza del fattore temporale sulla decisione relativa all'annullamento d'ufficio, tornando ad espandersi anche, si ritiene, l'operatività della ragionevolezza del termine. […] Principi questi che possono – *recte*, devono – evidentemente orientare la scelta dell'Amministrazione, ma non imporla, giusta l'incidenza del tempo trascorso, ad esempio, sull'attuale titolarità del bene, come avvenuto anche nel caso di specie».

partecipativo ai sensi dell'art. 21-*octies*, c. 2, l. 241/1990, con la conseguenza di precludere la possibilità per tutti gli interessati di rappresentare in contraddittorio elementi di fatto o di diritto utili ai fini di un corretto accertamento della fattispecie; contraddittorio (procedimentale e processuale) che viene perciò trasposto e surrogato, ancora una volta, nel contesto del solo incidente penale di esecuzione[53].
La discrezionalità amministrativa, infine, appare limitata anche in relazione all'*an*, in quanto l'intervenuta ingiunzione della demolizione delle opere abusive da parte del giudice penale, rende, secondo una parte della giurisprudenza, doveroso/obbligatorio l'avvio del procedimento di annullamento d'ufficio del titolo accertato come incidentalmente illegittimo[54]. In un caso, poi, il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistere una pretesa qualificata all'avvio di un procedimento di riesame in autotutela del titolo edilizio – riconosciuto incidentalmente come illegittimo dal giudice penale – in capo allo stesso beneficiario del permesso (anche non responsabile), in quanto finalizzato ad ottenere una eventuale decisione di "conferma" della legittimità dello stesso, da utilizzare come argomento difensivo in sede di incidente di esecuzione avverso l'ordine di demolizione giudiziale[55]. In tal modo, il procedimento di riesame in autotutela diviene, ancora una volta a dispetto del dato positivo, uno strumento volto all'accertamento della sola legalità obiettiva del provvedimento e la

[53] Sulla dequotazione delle garanzie partecipative – procedimentali e giurisdizionali – nel contesto del doppio binario sanzionatorio in materia edilizia, cfr. anche le riflessioni svolte da S. LUCATTINI, *Le sanzioni a tutela del territorio*, cit., p. 217 s.
[54] Tale orientamento è stigmatizzato da Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415, cit., §§ 47-50, ove si rileva che «il primo giudice ha sostanzialmente posto sullo stesso piano le due richieste, di autotutela e di controllo, operando un'indebita commistione tra le stesse, ovvero giustificando la doverosità della prima in regione della sussistenza dei compiti di controllo. Al contrario, trattavasi di due distinti profili di obbligo di provvedere, uno riferito al richiesto riesame degli atti, l'altro alla verifica di conformità agli stessi, per come "conservati" o caducati, dello stato di fatto esistente».
[55] V. Cons. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 183, in *Riv. giur. edilizia*, I (2020), p. 105: «il Comune ha richiesto l'esecuzione della demolizione delle opere edilizie, ma alcuna pronuncia ha esplicitato in ordine alla illegittimità dei titoli edificatori a suo tempo rilasciati né tantomeno ne ha disposto il ritiro. Orbene, una statuizione, in termini di verifica, in ordine alla regolarità urbanistica degli stessi (dal contenuto positivo o negativo) [...] si palesa dovuta anche in relazione alle seguenti ragioni. Non può, infatti, obliterarsi che una eventuale conferma, con argomentazioni rafforzative, della legittimità dell'intervento risulta elemento spendibile dal privato all'interno del procedimento di esecuzione e, pertanto, la pronuncia richiesta all'ente locale trova giustificazione anche nell'esigenza di tutela del diritto di difesa, così ulteriormente giustificando l'obbligo di provvedere sul punto».

decisione amministrativa risulta "degradata" a mero materiale istruttorio – liberamente valutabile dal giudice – all'interno della sede processuale penale[56]; elementi difensivi che la pubblica amministrazione, invero, potrebbe rappresentare anche "autonomamente" all'interno di un incidente di esecuzione, eventualmente da lei stessa promosso, laddove la difesa della legittimità del provvedimento corrispondesse ad un proprio interesse[57]: circostanza, del resto, tutt'altro che improbabile, posto che l'amministrazione potrebbe essere condannata, sussistendone i relativi presupposti, al risarcimento dei danni a favore del privato che abbia beneficiato di un titolo accertato come illegittimo e, in ragione di ciò, abbia

[56] E ciò, del resto, in linea con una più generale tendenza evolutiva dell'autotutela amministrativa, la quale risulta progressivamente "piegata" a logiche di tutela giustiziale, anche sul piano processuale. Su questi profili, cfr. M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2021, spec. p. 95 ss. Sulla funzione "processuale" dell'autotutela conservativa sia consentito il rinvio a N. BERTI, *Autotutela conservativa, motivazione del provvedimento e giudizio amministrativo,* in *Dir. proc. amm.*, I (2022), p. 188 ss.

[57] Si tenga presente che la legittimazione a promuovere l'incidente di esecuzione nei confronti dell'ordine di demolizione è intesa in senso particolarmente ampio dalla giurisprudenza, come estesa non solo alle parti del procedimento di cognizione (P.M., condannato, parti civili), ma anche a soggetti ad esso estranei ma parimenti interessati alle questioni che insorgono nel corso dell'attuazione della misura ripristinatoria (terzi che possono ottenere un pregiudizio, e quindi anche il proprietario non responsabile, pubbliche amministrazioni, associazioni ambientaliste); cfr. Cass. pen., Sez. III, 24 febbraio 1999, n. 758, Sperandio, in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024). Sull'incidente di esecuzione come "luogo" ove si esplica il contraddittorio con i soggetti che, pur pregiudicati dalle sanzioni amministrative irrogate dal giudice penale, non hanno preso parte al processo di cognizione cfr. recentemente Cass. pen., Sez. III, 26 aprile 2023, n. 26282, C.R., in *http://www.dejure.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024), la quale precisa (§ 3.3.) che possono essere oggetto di contestazione da parte dei soggetti estranei al processo esclusivamente i presupposti "sostanziali" dell'ordine giudiziale di demolizione (abusività dell'immobile, inesistenza di provvedimenti incompatibili, possibilità di ripristino senza pregiudizio per le parti conformi, *etc.*), mentre non possono essere dedotte questioni "processuali" rilevabili esclusivamente dal soggetto imputato (come, ad esempio, la prescrizione del reato); 12 maggio 2022, n. 30424, R., in *Riv. giur. edilizia*, I (2022), p. 1546. A tal proposito, nota efficacemente S. LUCATTINI, *Le sanzioni a tutela del territorio*, cit., p. 264 che l'incidente di esecuzione finisce così per «assumere le sembianze del "procedimento" (amministrativo), dotato di una pretesa dimensione multipolare funzionale alla gestione della complessità, divenendo, in maniera surrettizia, luogo deputato allo svolgimento di un processo decisionale di amministrazione e di governo».

subìto un pregiudizio patrimoniale in conseguenza della demolizione delle opere[58].
Senonché, la richiamata esigenza colta dalla giurisprudenza amministrativa appare scontrarsi frontalmente con il consolidato orientamento del giudice penale, per il quale l'avvio di un procedimento di riesame del titolo edilizio sarebbe comunque inidoneo a sospendere l'esecuzione dell'ordine in attesa delle determinazioni amministrative, in quanto ineluttabilmente convergente con la sentenza penale, considerato l'esito vincolato all'annullamento dell'atto[59].

4. Ordine giudiziale di demolizione e accertamento di conformità.

Il potere del giudice penale di ingiungere la demolizione degli immobili abusivi è inteso dalla giurisprudenza come autonomo e distinto da quello riservato al Comune[60], dovendosi perciò escludere la sussistenza tanto di

[58] Forma di responsabilità civile riconducibile a quella da c.d. comportamento amministrativo illecito, che, ferma restando l'ancora irrisolta dialettica tra Adunanza plenaria e Sezioni unite in punto di giurisdizione, si configura non solamente nell'ipotesi di annullamento del titolo edilizio (obbligando l'amministrazione, sussistendo i presupposti civilistici, a risarcire le spese sostenute dal beneficiario per la demolizione delle opere, ovvero le somme versate a titolo di sanzione sostitutiva *ex* art. 38, c. 2, d.p.r. 380/2001 in caso di "fiscalizzazione" dell'abuso, come parrebbe prefigurato da Cons. Stato, Ad. plen., 7 settembre 2020, n. 17, § 8.1.), ma anche in conseguenza del mero "fatto" del rilascio di un titolo illegittimo (anche non annullato), allorquando si ponga come causa efficiente del danno-evento da affidamento incolpevole (si consideri, infatti, che lo stesso art. 21-*nonies*, c. 1, l. 241/1990 mantiene «ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo»). Cfr. Cass. civ., Sez. un., ord., 19 febbraio 2019, n. 4889; Corte app. civ. Bari, Sez. III, 12 settembre 2022, n. 1306, Matarrese, in *http://www.giustiziacivile.com* (ultimo accesso 7 maggio 2024), con nota di D. BALBINO, *Proprietà privata e attività d'impresa fra CEDU e ordinamento nazionale*, concernente le vicende risarcitorie relative al complesso caso di "Punta Perotti".
[59] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 27 aprile 2023, n. 17422, A.A., in *Urb. app.*, 2 (2023), p. 529, la quale parla sintomaticamente di «attivazione del procedimento volto all'annullamento in regime di autotutela del permesso di costruire».
[60] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 1° dicembre 2021, n. 11079, U.A., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 11 luglio 2018, n. 49202, G.A., in *Urb. app.*, 1 (2019), p. 132; 22 settembre 2016, n. 55295, Fontana, in *CED Cass.* n. 268844; 6 dicembre 2011, n. 2860, S.G., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); T.a.r. Calabria (Reggio Calabria), 21 ottobre 2019, n. 601, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

una pregiudizialità amministrativa[61], quanto di una pregiudizialità penale[62]: i due procedimenti sono considerati, infatti, espressione di compiti «paralleli e sinergici»[63], in quanto convergenti verso il medesimo obiettivo (il ripristino della situazione di fatto a quella di diritto). In tale prospettiva, se è vero che l'ordine giudiziale ha carattere accidentale (potendosi disporre la demolizione solo «se non sia stata altrimenti eseguita»), esso non è espressione di un potere sostitutivo/suppletivo, e in quanto tale non presuppone una "inerzia" della pubblica amministrazione[64].

Nondimeno, nonostante alcune iniziali incertezze, costituisce ormai *ius receptum* che l'ordine giudiziale di demolizione abbia parimenti natura (formale e sostanziale) di sanzione amministrativa di tipo ablatorio[65],

[61] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 23 gennaio 2007, n. 1904, T.O., in *Riv. pen.*, 10 (2007), p. 1049; Sez. un., 12 novembre 1993, n. 11635, Borgia, cit.; Corte cost., 31 marzo 1988, n. 369, in *http://www.cortecostituzionale.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[62] Cfr. C.g.a.r.s., Sez. giur., 19 luglio 2021, n. 714, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[63] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2019, n. 905 e T.a.r. Puglia (Lecce), Sez. I, 10 giugno 2022, n. 965, entrambe in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[64] Risulta, infatti, superata la tesi del giudice penale "supplente" della pubblica amministrazione [avanzata a far data da Cass. pen., Sez. un., 10 ottobre 1987, Bruni, in *Cass. pen.* (1988), p. 420], ritenendosi oggi che l'ordine giudiziale si connetta direttamente all'interesse pubblico sotteso all'esercizio dell'azione penale [cfr. Cass. pen., Sez. un., 19 giugno 1996, n. 15, Monterisi, in *Foro it.*, II (1997), c. 332; Sez. III, 20 novembre 2009, n. 44898, M.E., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 11 novembre 2015, n. 50460, S.G., *ivi*). Tale mutata considerazione ha avuto riflessi non secondari in ordine all'influenza (automatica o meno) della sospensione giurisdizionale dell'ordinanza (amministrativa) di demolizione sulla sospensione dell'ordine giudiziale da parte del giudice (penale) dell'esecuzione: invero, un risalente orientamento fondato sulla concezione "sostitutiva" del potere del giudice ordinario predicava la sospensione automatica dell'ordine penale in caso di sospensione giurisdizionale dell'ordine amministrativo, dovendosi escludere in tal caso una "inerzia" della pubblica amministrazione, essendo la sua iniziativa paralizzata dalla decisione del giudice (cfr. Cass. pen., Sez. III, 8 maggio 1992, Ruggeri; 8 aprile 1988, Gregori; 19 gennaio 1990, Pignatello; 19 dicembre 1991, Piccolo; Sez. II, 12 novembre 1992, Vanello). Oggi, invece, si ritiene che la sospensione giudiziale dell'ordine (amministrativo) non interferisca automaticamente con l'ordine impartito dal giudice penale, dovendo diversamente il giudice dell'esecuzione valutare la natura meramente "formale" ovvero "sostanziale" (attinente, cioè, ai profili di conformità degli interventi) dei vizi fondanti il *fumus boni iuris*, potendo egli disporre la sospensione solamente nel secondo caso (cfr. Cass. pen., Sez. III, 16 marzo 2004, n. 23992; 28 aprile 1999, n. 10747; 20 giugno 1996; n. 2702).

[65] Pur soggettivamente proveniente da un organo giurisdizionale e accessiva ad un provvedimento giurisdizionale; cfr. Cass. pen., Sez. III, 12 settembre 2019, n. 43125, in

sicché esso, pur accessivo ad una sentenza di condanna, non ha attitudine al giudicato, ma si caratterizza per la sua revocabilità[66]; ciò che consente una permanente possibilità di coordinamento nella fase esecutiva con la parallela iniziativa amministrativa che, come più volte ribadito, potrebbe condurre all'adozione di provvedimenti incompatibili con la demolizione dell'immobile abusivo[67]. In particolare, in sede di incidente di esecuzione

Ius Penale, 4 (2019), con nota di A. Chelo, *Quale natura per l'ordine di demolizione che promana dal giudice penale?*; 11 marzo 2011, n. 10123, L.O. e al., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); T.a.r. Campania, Sez. II, 17 giugno 2021, n. 4150, in *Riv. giur. edilizia*, I (2021), p. 1349. Nella dottrina, cfr. P. Tanda, *Le conseguenze della natura giuridica di sanzione amministrativa dell'ordine di demolizione di cui all'art. 31, c. 9, T.U.E.*, in *Riv. giur. edilizia*, II (2016), p. 307 ss.

[66] Al punto che si è parlato di un vero e proprio «atto di volontaria giurisdizione penale» (Cass. pen., Sez. III, 11 gennaio 1993). Cfr. altresì Cass. pen., Sez. III, 17 febbraio 2016, n. 6422, I.G., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 23 gennaio 2007, n. 1904, T.O., in *Riv. pen.*, 10 (2007), p. 1049; 26 maggio 2004, n. 23992, Cena, in *Riv. pen.*, 6 (2005), p. 2054. Sulla "revocabilità" come specifica efficacia formale degli atti amministrativi sia consentito il rinvio a N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino 2022, spec. p. 65 ss.

[67] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 2860, S.G., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 29 settembre 2005, n. 43294, Gambino, in *CED Cass.* n. 232646; 19 gennaio 2005, n. 1104, P.G., in *Riv. pen.*, 2 (2006), p. 231. Si tenga presente che l'esecuzione dell'ordine amministrativo segue le forme dell'art. 31 d.p.r. 380/2001 ed è demandata alla pubblica amministrazione (ed eventualmente al Prefetto in via sostitutiva, così come previsto dall'art. 41, recentemente novellato dall'art. 10-*bis* della l. 120/2020, sul quale v. P. URBANI, *Art. 10-bis. Semplificazioni in materia di demolizione di opere abusive*, in AA.VV., *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, II, Torino, 2021, p. 1260; cfr. T.a.r. Campania, Sez. VIII, 11 dicembre 2023, n. 6836, in *http://www.ambientediritto.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024) e Sez. VI, 7 ottobre 2021, n. 6327, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2021, n. 46194, F.N., in *CED Cass.* n. 282239), con la conseguenza che le relative controversie sono soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo (cfr. C.g.a.r.s., Sez. giur., 20 marzo 2020, n. 194, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024)); quanto, invece, all'esecuzione dell'ordine giudiziale penale si ritiene, pur in mancanza di norme specifiche all'interno del d.p.r. 380/2001 (cfr. Cass. pen., Sez. III, 19 marzo 1992, Conti; Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2015, n. 5324, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024)) e nel Codice di rito (cfr. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 1999, n. 1150), che essa spetti all'autorità giudiziaria ordinaria *ex* art. 655 e ss. c.p.p. e che l'organo promotore dell'azione esecutiva e dell'eventuale incidente di esecuzione (unitamente agli altri soggetti interessati) sia il Pubblico Ministero. Si esclude, perciò, che la pubblica amministrazione possa dare autonoma esecuzione all'accertamento contenuto nella sentenza penale [cfr. T.a.r. Sicilia, Sez. II, 3 febbraio 2023, n. 343, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); T.a.r. Sicilia (Catania), Sez. II, 25 ottobre 2022, n. 3054, *ivi*], salvo che la funzione

penale (promuovibile da qualsiasi soggetto interessato, anche non parte del giudizio di cognizione) è ritenuto doveroso il riesame dell'ordine giudiziale di demolizione in caso di mutamento (attuale o anche solo potenziale) della situazione di fatto o di diritto concernente il bene[68], il quale può concludersi o con la revoca o la modifica dell'ordine, se assolutamente incompatibile con atti amministrativi assunti dall'autorità competente[69], ovvero con la sua sospensione cautelare, nel caso in cui possa ragionevolmente presumersi, sulla base di elementi concreti, che tali provvedimenti saranno emessi in tempi brevi, non essendo peraltro sufficiente la mera eventualità di una loro adozione[70].
Fra i provvedimenti amministrativi incompatibili con la demolizione dell'immobile vi è, in primo luogo, il rilascio del permesso di costruire in

esecutoria (cioè l'ingiunzione di demolizione e/o la conduzione delle successive operazioni materiali) le sia delegata dal P.M., anche previo accordo d'intesa, fissandone le relative modalità [Cons. Stato, Sez. VI, 1° aprile 2019, n. 2137, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); T.a.r. Puglia (Lecce), Sez. I, 10 febbraio 2022, n. 1817, *ivi*]. In mancanza, l'ingiunzione amministrativa è nulla per carenza di potere in astratto, posto che la competenza istituzionale in materia spetta al P.M. e che la pubblica amministrazione è titolare di una propria competenza concorrente [cfr. Cass. pen., Sez. III, 19 novembre 2021, n. 5571, in *Urb. app.*, 3 (2022), p. 420]. Rimane ferma la possibilità per il Comune di adottare un autonomo ordine di demolizione *ex* art. 31 d.p.r. 380/2001 successivo a quello del giudice penale, alla condizione che l'amministrazione fornisca una propria qualificazione giuridica dell'illecito, all'esito di un'istruttoria connota da un'autonoma valutazione delle risultanze processuali e dei fatti materiali accertati in sede penale, e non aderisca acriticamente all'accertamento compiuto nella sede penale [cfr. T.a.r. Puglia (Lecce), Sez. I, 17 ottobre 2022, n. 1817, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024)].

[68] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 23 febbraio 2020, n. 7109; T.a.r. Campania, Sez. II, 12 febbraio 2019, n. 768, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[69] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 13 aprile 2023, n. 17422, A.A., in *Riv. giur. edilizia*, I (2023), p. 969; 10 novembre 2004, n. 43878, Cacciatore, in *Riv. pen.*, 1 (2006), p. 104.

[70] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 26 giugno 2012, n. 25212, Maffia, in *CED Cass.* n. 253050; 6 dicembre 2011, n. 2860, S.G., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 27 settembre 2006, n. 40188, B.S., *ivi*; 16 aprile 2004, n. 23992, Cena, in *CED Cass.* n. 228691. La revoca e la sospensione, dunque, non sono mai automatiche, in quanto permane sempre in capo al giudice dell'esecuzione il potere-dovere di accertare la legittimità sostanziale della determinazione amministrativa, presupposto affinché si determini una "situazione giuridica nuova" che renda incompatibile la sopravvivenza dell'ordine demolitorio; cfr. Cass. pen., Sez. III, 15 giugno 2017, n. 30168, Pepe, in *CED Cass.* n. 270252; 24 maggio 2016, n. 41489, in *CED Cass.* n. 267910.

sanatoria ai sensi dell'art. 36 d.p.r. 380/2001[71]. È, del resto, lo stesso art. 45 d.p.r. 380/2001 a disporre che l'azione penale relativa alle violazioni edilizie rimane sospesa finché non siano stati esauriti i procedimenti amministrativi di sanatoria (c. 1)[72], il cui definitivo rilascio estingue i reati contravvenzionali nei confronti di tutti i soggetti responsabili dell'abuso[73] (c. 3), precludendo conseguentemente anche l'irrogazione dell'ordine di demolizione dell'opera abusiva o legittimandone la revoca, laddove sia già intervenuto il passaggio in giudicato della sentenza penale.
Nonostante il tenore letterale della disposizione appena citata, detti effetti non sono tuttavia ritenuti automatici, posto che la giurisprudenza della Cassazione, da un lato, condiziona la sospensione del procedimento penale non solamente alla proposizione dell'istanza, ma anche alla sussistenza di tutte le condizioni per ottenere il valido rilascio del permesso di costruire in sanatoria[74]; e dall'altro lato, sostiene che il mero rilascio di quest'ultimo non estingua di per sé il reato, avendo il giudice penale pur sempre il potere-dovere di verificare in via incidentale la legittimità formale dello stesso e la conformità sostanziale delle opere alla disciplina urbanistico-edilizia, solo in tal caso potendosi dichiarare estinta la contravvenzione, all'esito di un sindacato assai simile a quello svolto rispetto al permesso di costruire in sede di accertamento della fattispecie di reato[75].

---

[71] Sulle conseguenze processuali derivanti dal (difficile) rapporto tra l'ordinanza di demolizione e il procedimento di sanatoria, v. S. VACCARI, *Ordinanza di demolizione e procedimento di sanatoria: alcuni risvolti di ordine processuale*, in *Dir. proc. amm.*, III (2017), p. 1158 ss.

[72] Il procedimento penale non è invece sospeso nel caso di proposizione del ricorso al giudice amministrativo avverso il provvedimento (espresso o tacito) di diniego del permesso in sanatoria, atteso che non sussiste in materia alcuna pregiudizialità amministrativa e che la risoluzione del giudizio amministrativo non esplica effetti sulla sussistenza del reato, ma solo sulla sua possibile estinzione, che consegue comunque ad una rinnovata valutazione da parte dell'autorità competente; cfr. Cass. pen., Sez. III, 16 gennaio 2020, n. 15752, Campagna, in *Studium juris*, 1 (2021), p. 92; 4 ottobre 2005, n. 2198, Fiore, in *Riv. pen.*, 4 (2006), p. 1344; Corte app. Palermo, Sez. IV, 5 dicembre 2013, n. 4580, Fi. Va. e al., in *http://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[73] E non solamente nei confronti di coloro che hanno presentato l'istanza; cfr. Trib. Torre Annunziata, 1° dicembre 2022, n. 2407, in *http://www.dejure.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[74] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 3 aprile 2014, n. 20482, Terraciano, in *CED Cass.* n. 259189.

[75] Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 5 gennaio 2022, n. 95, M.M.C., in *Guida al diritto*, 1 (2022), p. 5, per la quale «il permesso in sanatoria [...] svolge la funzione di fatto estintivo di un reato già commesso, che, in quanto tale, come ogni altro fatto estintivo, deve essere controllato dal giudice». Va, a tale riguardo, evidenziato che – alla luce degli

Anche rispetto alla fase esecutiva dell'ordine giudiziale (già impartito), la mera presentazione di un'istanza di permesso di costruire in sanatoria ai sensi dell'art. 36 d.p.r. 380/2001, se non può mai legittimarne la revoca, in quanto il rilascio del titolo è meramente eventuale[76], potrà, invece, abilitarne la sospensione, ma anche in questo caso senza alcuna automaticità: come avviene in sede di cognizione, infatti, il giudice dell'esecuzione è tenuto a verificare se sussistono concreti elementi che consentano una valutazione prognostica positiva circa il prossimo accoglimento della domanda e la conseguente adozione di un provvedimento che si ponga in insanabile contrasto con l'ordine di demolizione[77]. In particolare, il giudice è tenuto a verificare: che sia ragionevolmente prevedibile la risposta dell'amministrazione in un brevissimo lasso di tempo[78]; che non sussistano *ictu oculi* cause ostative al

orientamenti più recenti del giudice penale – mentre la verifica in ordine alla legittimità del titolo edilizio in sede di accertamento della fattispecie di reato ha, o dovrebbe avere, sempre natura sostanziale (nella logica, evidenziata *supra* § 2, del bene "territorio" quale oggetto della tutela penale), quella in ordine all'estinzione della contravvenzione (e all'eventuale conseguente revoca dell'ordine di demolizione) presuppone *anche* un accertamento di validità "formale" del titolo rilasciato in sanatoria (pure a prescindere, dunque, dalla "doppia" conformità sostanziale degli interventi). Ciò che potrebbe comportare problematiche ulteriori rispetto a quelle rappresentate *supra* § 3: si pensi, ad esempio, alla preclusione del "binario" ripristinatorio amministrativo (ma non di quello penale) discendente dalla non annullabilità del permesso di costruire in sanatoria laddove il vizio sia di carattere "meramente" formale ai sensi dell'art. 21-*octies*, co. 2, l. 241/1990; oppure, ad un giudizio prognostico negativo svolto dal giudice penale in ordine all'accoglibilità della domanda di sanatoria per motivi formali (ad esempio, in ragione della incompletezza/irregolarità della domanda, ovvero di mancato o errato versamento dell'oblazione) al di fuori dei meccanismi garantistici di soccorso istruttorio. In termini più cauti, alcune pronunce meno recenti avevano invece riconosciuto la necessità di coordinare l'esecuzione dell'ordine di demolizione con le determinazioni prese in sede amministrativa: Cass. pen., Sez. III, 21 novembre 2004, n. 1104, Calabrese, in *Cass. pen.*, 2 (2006), p. 603. Sul punto, cfr. P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice ordinario*, cit., p. 114 ss.

[76] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 13 aprile 2023, n. 17422, cit.

[77] Trattasi, invero, di una valutazione prognostica spesso poco rispettosa delle prerogative della pubblica amministrazione e connotata da una tendenziale presunzione di esito negativo: in un caso, ad esempio, la semplice comunicazione di avvio di un procedimento di sanatoria, lungi dal determinare una sospensione dell'ordine giudiziale in attesa delle determinazioni amministrative, è stato ritenuto un atto non solo assolutamente compatibile, ma anche ineluttabilmente convergente con l'ingiunzione penale; v. Cass. pen., Sez. III, 27 aprile 2023, n. 17422, cit., che parla sintomaticamente dell'«avvio della procedura di diniego [*sic!*] delle istanze di sanatoria».

[78] Esigenza che, invero, dovrebbe ritenersi già in astratto presidiata dal meccanismo di silenzio-diniego previsto dallo stesso art. 36, c. 3, d.p.r. 380/2001 una volta decorsi sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza di permesso in sanatoria. In questo

suo accoglimento[79]; che non risultino cause di insanabilità assoluta dell'opera perché, ad esempio, realizzata in zona vincolata; e, infine, che l'istanza sia formalmente regolare e completa, nonché accompagnata dal versamento della somma dovuta a titolo di oblazione[80].

Neppure il definitivo rilascio del permesso di costruire in sanatoria comporta alcuna automaticità della revoca dell'ordine giudiziale di demolizione[81], essendo, anche in tal caso, demandato al giudice dell'esecuzione il potere-dovere di verificare la legittimità e l'efficacia del

senso, proprio in relazione all'accertamento penale, si è recentemente pronunciata anche Corte cost., 16 marzo 2023, n. 42, in *http://www.cortecostituzionale.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024), § 3.1.2., secondo la quale «la definizione del procedimento di sanatoria con i tempi certi del silenzio-rigetto si coordina con la disposizione dell'art. 45 t.u. edilizia relativa alla persecuzione penale degli abusi edilizi: questa prevede la sospensione del procedimento penale sino alla decisione amministrativa sull'istanza di titolo in sanatoria, in ragione dell'effetto estintivo dei reati contravvenzionali derivante dal suo accoglimento; ma, al contempo, tale sospensione richiede un contenimento temporale non potendo il processo penale arrestarsi *sine die*»; cfr. altresì Cass. pen., Sez. III, 20 dicembre 2011, n. 6670, B.M., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024), la quale precisa che permane comunque il potere dell'autorità amministrativa di rilasciare tardivamente la concessione in sanatoria ove accerti, anche a seguito della decorrenza di tale termine, la sussistenza dei relativi presupposti; 21 novembre 2019, n. 10083, G.D., in *Urb. app.*, 3 (2020), p. 432. In un caso, la disposizione è stata invocata, ancora una volta, per sostenere una sorta di presunzione di esito negativo del procedimento: Cass. pen., Sez. III, 10 novembre 2020, n. 35182, C.D., in *Urb. app.*, 1 (2021), p. 135, ove si è affermato che «ad escludere la conclusione favorevole dell'iter amministrativo soccorre la stessa previsione di cui all'art. 36 secondo la quale, decorso il termine di sessanta giorni dalla presentazione della domanda senza che l'ufficio comunale adito si sia pronunciato, la stessa si intende respinta con conseguente conclusione del procedimento amministrativo».

[79] E ciò senza alcun obbligo di comunicarle preventivamente al destinatario ai fini dell'attivazione di un contraddittorio supplementare, secondo il meccanismo di cui all'art. 10-*bis* l. 241/1990, il quale – secondo un orientamento giurisprudenziale pur non univoco – dovrebbe ritenersi operativo anche in relazione a fattispecie soggette a un meccanismo di silenzio-rigetto, quale il permesso di costruire in sanatoria; per questa affermazione, v., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2023, n. 3672, in *Riv. giur. edilizia*, I (2021), p. 627. Sulle problematiche connesse alla sottoposizione del procedimento di accertamento di conformità ad un meccanismo di silenzio-rigetto, anche in relazione agli *obiter dicta* della sentenza Corte cost. n. 42/2023 cit., v. M. Difino, *Il "silenzio-rigetto" sull'istanza per accertamento di conformità edilizia ai sensi dell'art. 36, d.p.r. n. 380/2001: una soluzione che non soddisfa*, in *ambientediritto.it*, IV (2023), p. 1 ss.

[80] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 16 novembre 2022, n. 48931, M.L., in *Diritto & Giustizia* (2022); 11 febbraio 2016, n. 5731, C.C., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 1° luglio 2015, n. 9145, Manna, in *CED Cass.* n. 266763; 6 maggio 2014, n. 3718, I.F., in *Urb. app.*, 11 (2014), p. 1249.

[81] Cfr. Corte app. Trento, 13 maggio 2015, n. 95, in *http://www.foroplus.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

titolo abilitativo in sanatoria, sotto il profilo del rispetto dei presupposti e dei requisiti di forma e di sostanza richiesti dalla legge per il corretto esercizio del potere di rilascio[82], la corrispondenza di quanto autorizzato alle opere destinate alla demolizione e, quando trovino applicazione le disposizioni introdotte da leggi regionali, la conformità delle stesse ai principi generali della legge regionale[83]. La conformità sopravvenuta dell'intervento (c.d. sanatoria giurisprudenziale o impropria), invece, non è ritenuta idonea a precludere l'irrogazione dell'ordine di demolizione, in quanto a determinarne la revoca può essere solo la sanatoria corrispondente alle condizioni (anche formali) stabilite dall'art. 36 d.p.r. 380/2001[84].

Insomma, così come si è visto con riferimento al titolo edilizio in relazione all'accertamento della fattispecie di reato, anche rispetto alla verifica della sua estinzione il giudice penale si attribuisce, in spregio all'inequivocabile dato normativo, un sindacato penetrante (per non dire integralmente sostitutivo) sulla legittimità del permesso di costruire in sanatoria, senza alcuna preoccupazione in ordine al rischio di invasione degli spazi di decisione istituzionalmente riservati all'autorità amministrativa;

[82] Ciò che potrebbe porsi in problematico rapporto con il meccanismo preclusivo recentemente introdotto all'art. 10-*bis* l. 241/1990 nell'eventualità del definitivo rilascio del permesso di costruire in sanatoria a seguito dell'annullamento giurisdizionale di un precedente diniego (espresso): in tal caso, ulteriori motivi ostativi all'accoglimento della domanda già emergenti dall'istruttoria amministrativa, e non preventivamente comunicati in sede di preavviso, non potrebbero essere più addotti dalla pubblica amministrazione (in sede di riattivazione del procedimento), mentre il giudice penale non subirebbe alcuna preclusione in merito (in sede di accertamento incidentale della validità del permesso di costruire in sanatoria); con la conseguenza, anche in tal caso, di impedire l'attivazione del "binario" ripristinatorio amministrativo parallelamente all'iniziativa penale.

[83] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 18 novembre 2021, n. 3128, in *http://www.dejure.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 9 novembre 2018, n. 55028, B.S., in *CED Cass.* n. 274135; 21 ottobre 2014, n. 47402, Chisci, in *CED Cass.* n. 260972; 9 luglio 2013, n. 42164, Brasiello, in *CED Cass.* n. 256679; T.a.r. Campania (Salerno), Sez. I, 3 maggio 2013, n. 1225, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[84] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 19 settembre 2019, n. 45845, in *Cass. pen.*, IX (2020), p. 3391; 21 ottobre 2014, n. 47402, Chisci, in *CED Cass.* n. 260973; inoltre, secondo Id., 7 luglio 2020, n. 28666, in *Riv. giur. urbanistica*, I (2020), p. 1667, non estingue il reato edilizio il rilascio del permesso di costruire in sanatoria condizionato all'esecuzione di interventi che conformino l'opera agli strumenti urbanistici. Non mancano, tuttavia, isolate pronunce che, pur non dichiarando estinto il reato, ritengono non comminabile (o comunque revocabile) l'ordine di demolizione di opere in caso di conformità urbanistica sopravvenuta: v., ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 18 ottobre 2017, n. 8540, P.O.G., in *Urb. app.*, 3 (2018), p. 418, § 4 e la giurisprudenza da essa richiamata.

preoccupazione che, paradossalmente, il giudice penale torna a manifestare *in malam partem* allorquando il provvedimento amministrativo sia rappresentato, all'opposto, da un diniego (illegittimo) di sanatoria, rispetto al quale viene generalmente declinato un accertamento della pretesa sostanziale (al rilascio del titolo) sulla scorta dei motivi dedotti dagli interessati[85]; e ciò eccettuata l'ipotesi in cui il diniego (espresso o tacito) del permesso di costruire in sanatoria sia oggetto di sospensiva da parte del giudice amministrativo: in tal caso, ai fini dell'eventuale sospensione anche del concorrente ordine giudiziale di demolizione, il giudice si riserva una ulteriore valutazione circa la fondatezza delle ragioni sostanziali in ordine alla concedibilità della sanatoria poste a fondamento del ricorso amministrativo (così come valorizzate nella motivazione del giudice amministrativo in ordine al *fumus*)[86].

[85] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2022, n. 2357, in *Cass. pen.* (2023), p. 2070; 19 settembre 2019, n. 45845, in *CED Cass.* n. 277265; 13 maggio 2015, n. 36902, Milito, in *CED Cass.* n. 265085; 9 febbraio 2005, n. 13155, Mocerino, in *CED Cass.* n. 231847. Si veda il caso deciso da Id., 19 febbraio 2015, n. 7388, C.S., in *Urb. app.*, 5 (2015), p. 608 s., dove si afferma che «il provvedimento di sanatoria può essere disapplicato quando sia stato concesso illegittimamente. [...] Quando, però, il provvedimento sia negativo, opportunamente i giudici di merito sottolineano che l'eventuale verifica di illegittimità non può avere effetto estintivo del reato. Diversamente, si dovrebbe assistere ad un vero e proprio "volo pindarico" in cui, non solo, il giudice penale ignora il provvedimento amministrativo illegittimamente negato ma, arriva ad escludere il reato sulla base di un provvedimento inesistente (come se l'illegittimità del diniego lo rendesse equipollente ad un rilascio). [...] Orbene, siffatta eventualità è praticamente inimmaginabile nel caso, opposto, in cui il "vizio" sia rappresentato da un diniego visto che, anche ad ipotizzare l'esplicazione di un potere di "disapplicazione", la situazione resterebbe immutata perché il potere di supplenza del giudice penale non potrebbe giungere al punto di "sostituirsi" alla P.A. rilasciando quell'atto che sia stato ingiustamente negato». Tale conclusione non appare in linea neppure con lo stesso orientamento del giudice penale. Se, infatti, come sostiene l'indirizzo prevalente della giurisprudenza (in disparte le critiche che ad esso si sono precedentemente mosse), l'oggetto della tutela della fattispecie contravvenzionale deve ritenersi rappresentata dalla conformità dell'assetto territoriale alla disciplina urbanistica ("a prescindere", e non in "disapplicazione" degli eventuali titoli rilasciati dall'amministrazione) non si vede perché il giudice penale possa condannare e ordinare la demolizione degli interventi a questa difformi (pur in presenza di un titolo legittimante o sanante), ma gli sia precluso (in virtù di una "riserva" di amministrazione che, in tal modo, finisce per operare esclusivamente *in malam partem*) di dichiarare estinto il reato laddove essi siano ritenuti conformi (pur in presenza di un diniego di sanatoria illegittimo).

[86] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 2013, n. 48108, D.F., in *Urb. app.*, 2 (2014), p. 240; 8 luglio 2013, n. 28955, Benigno, in *https://www.ambientediritto.it/giurisprudenza/corte-di-cassazione-penale-sez-3-8-*

Sul punto, occorre una volta di più ribadire che "delle due l'una": o l'adozione del permesso di costruire in sanatoria (a prescindere dalla sua legittimità) estingue il reato contravvenzionale e impedisce l'irrogazione dell'ordine demolitorio (come parrebbe disporre l'art. 45 d.p.r. 380/2001), e quindi al giudice penale sarebbe sempre precluso un autonomo accertamento sulla (doppia) conformità sostanziale dell'intervento o sulla legittimità formale del titolo sanante (anche ai fini della condanna), oppure l'autonomo accertamento sulla (doppia) conformità sostanziale, a prescindere dall'adozione/legittimità del permesso di costruire in sanatoria, dovrebbe sempre condizionare l'estinzione del reato (anche ai fini dell'assoluzione). Diversamente, la deferenza "alternata" manifestata dal giudice penale nei confronti del provvedimento amministrativo di sanatoria ("invisibile" in sede di condanna e "assente" nell'eventualità di un'assoluzione) rischia di condurre ad una irragionevole disparità di trattamento fra gli imputati, dipendente da una variabile esterna al processo, quale la legittimità della parallela iniziativa amministrativa.

5. Ordine giudiziale di demolizione e acquisizione gratuita al patrimonio comunale.

In ragione della sua funzione eminentemente ripristinatoria[87], l'ordine giudiziale di demolizione – al pari di quello amministrativo – possiede altresì una natura "reale", costituendo un'obbligazione *propter rem* (la quale segue, cioè, la circolazione del bene), sicché il soggetto intimato è, in primo luogo, il responsabile dell'abuso che è anche proprietario o ha la materiale disponibilità delle opere (e che è tenuto a demolirle a proprie spese)[88] ma, in ogni caso, l'ordine deve essere eseguito nei confronti di tutti

luglio-2013-sentenza-n-28955/ (ultimo accesso 7 maggio 2024); 8 novembre 2000, n. 3531, Consolo, in *Urb. app.*, 2 (2001), p. 226. Valutazione che si estende anche alle decisioni di merito della giurisdizione amministrativa, cfr. Cass. pen., Sez. III, 12 aprile 2023, n. 15257, in *http://www.lexambiente.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[87] In quanto tende alla riparazione effettiva di un danno al territorio e non a punire il responsabile; cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 11 gennaio 2023, n. 344, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); Cass. pen., Sez. III, 17 giugno 2022, n. 31934, V.P., in *Urb. app.*, 6 (2022), p. 863; 17 giugno 2020, n. 1846, cit.; 18 febbraio 2020, n. 9742, M.A., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 24 maggio 2016, n. 35213, P.E., *ivi*.

[88] E non il direttore lavori o gli esecutori materiali (eventualmente condannati), per i quali la possibilità di adempiere sarebbe necessariamente subordinata alla volontà del

coloro che si trovino in rapporto con il bene e vantino su di esso un diritto reale o personale di godimento (ad esempio, terzi acquirenti/successori in buona fede), i quali perciò ne subiscono gli effetti anche se estranei alla commissione del reato[89].

Quest'ultimo aspetto appare rilevante, nella prospettiva di cui ci si occupa, nell'ipotesi in cui la vicenda circolatoria del bene sia rappresentata dall'acquisizione gratuita dell'immobile abusivo al patrimonio del Comune come conseguenza dell'inottemperanza da parte del responsabile dell'abuso al (concorrente) ordine amministrativo (art. 31, c. 3, d.p.r. 380/2001)[90]; acquisizione che, come da ultimo sancito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, opera "di diritto" una volta

proprietario, avendo concorso all'abuso sulla base di un rapporto obbligatorio; cfr. Cass. pen., Sez. III, 16 novembre 2021, n. 41586, M.G., in *CED Cass.* n. 282797.

[89] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 1° luglio 2022, n. 37926, in *http://www.dejure.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 23 settembre 2020, n. 26523, Barone, in *CED Cass.* n. 279915; 1° ottobre 2019, n. 45848, Cannova, in *CED Cass.* n. 277266; 26 marzo 2015, n. 12976, R.A., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 21 ottobre 2009, n. 47281, A.T., *ivi.* A questo riguardo occorre distinguere l'ordine di demolizione impartito dal giudice della cognizione con sentenza (che è rivolto al soggetto condannato in quanto responsabile dell'abuso, il quale dovrà eseguire la demolizione a proprie spese) e l'ingiunzione a demolire entro un termine (o a ottemperare all'ordine giudiziale di demolizione) da parte del P.M., quale primo atto della fase esecutiva della sentenza di condanna, che viene impartita nei confronti dell'attuale titolare del diritto reale sul bene, oltre che al responsabile dell'abuso, nei confronti del quale il primo può rivalersi. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 26 aprile 2023, n. 26282, C.R., cit., e 13 novembre 2019, n. 7399, Calise, in *CED Cass.* n. 278090, le quali precisano che «l'ordine di demolizione si rivolge specificamente verso l'imputato condannato, poiché deve essere eseguito a sue spese, mentre i soggetti rimasti estranei al processo ne subiscono gli effetti solo di riflesso». Per un analogo carattere dell'ordine amministrativo v., da ultimo, C.g.a.r.s., Sez. riun., 5 ottobre 2023, n. 419, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024). Sui profili tecnico-operativi dell'esecuzione dell'ordine giudiziale di demolizione, v., per tutti, U. RICCIARDI-C. PACILIO, *La demolizione giudiziale delle opere abusive*, Napoli, 2016.

[90] Come già detto, l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale non può, invece, in alcun modo discendere dall'inottemperanza al (solo) ordine del giudice penale, né ad un'ingiunzione dell'amministrazione che si basi sul mero accertamento contenuto nella sentenza penale e, quindi, al di fuori della specifica scansione procedimentale configurata dall'art. 31 d.p.r. 380/2001; cfr., da ultimo, T.a.r. Campania, Sez. VIII, 27 settembre 2023, n. 5235, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

infruttuosamente decorsi novanta giorni dall'ingiunzione amministrativa[91] e non è preclusa dall'eventuale precedente intervento di quella penale[92].
A tale riguardo, l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale non è ritenuta ostativa all'irrogazione o all'esecuzione dell'ordine giudiziale, in quanto è considerata un'operazione finalizzata alla demolizione (in danno) delle opere abusive al pari dell'intervento del giudice e, pertanto, non determina di per sé (e salva un'eventuale delibera di mantenimento per prevalenti interessi pubblici)[93] alcuna impossibilità giuridica di eseguire

[91] Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 11 ottobre 2023, n. 16, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024), orientamento accolto anche dalla Cassazione penale, per la quale v., da ultimo, Sez. III, 28 aprile 2023, n. 23311, in *Riv. giur. edilizia*, I (2023), p. 957. *Contra* C.g.a.r.s., Sez. giur., 15 settembre 2023, n. 569, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024), secondo cui, conformemente ai principi della CEDU, la perdita della proprietà presuppone una fase di accertamento dell'inadempimento e l'adozione di un provvedimento formale che definisca l'oggetto dell'acquisizione, con la conseguenza che il mero decorso del termine di novanta giorni non determina la carenza di legittimazione a presentare istanza di permesso di costruire in sanatoria *ex* art. 36 d.p.r. 380/2001. Sul punto, la giurisprudenza penale è ferma nel ritenere che il permesso di costruire in sanatoria, richiesto successivamente ai novanta giorni, è illegittimo, in quanto emesso a favore di un soggetto non più titolare del bene (cfr. Cass. pen., Sez. III, 14 settembre 2022, n. 36826, Longobardi); tale eventuale rilascio, peraltro, non presuppone, quale atto implicito, la rinuncia da parte del Comune al diritto di proprietà sull'opera abusiva già acquisita al proprio patrimonio, non essendoci coincidenza quanto ad organi competenti (cfr. Cass. pen., Sez. III, 17 novembre 2020, n. 3261, in *CED Cass.* n. 280870-01). Si consideri che Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2020, n. 864, in *http://www.lexambiente.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024), ha ritenuto di non sollevare la questione di costituzionalità dell'art. 31, c. 3, d.p.r. 380/2001, argomentando nel senso che esso non comporti alcuna compressione illegittima del diritto di proprietà né violi i principi in tema di sanzioni penali e di garanzia del diritto di proprietà sanciti dalla Convenzione EDU, con conseguente manifesta infondatezza dell'incidente sollevato.

[92] Cfr. T.a.r. Sicilia (Catania), Sez. II, 19 gennaio 2021, n. 174; T.a.r. Campania, Sez. II, 4 maggio 2020, n. 1637; T.a.r. Veneto, Sez. II, 23 maggio 2017, n. 502, tutte in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024). La valida ed efficace acquisizione al patrimonio comunale non è preclusa neppure dall'eventuale sequestro dell'immobile, in quanto l'ottemperanza all'ordine di demolizione da parte del proprietario è sempre possibile previa autorizzazione al dissequestro da parte del giudice; così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 20 giugno 2023, n. 6031, *Riv. giur. edilizia*, I (2023), p. 905; T.a.r. Campania (Salerno), Sez. I, 4 settembre 2023, n. 1950, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); T.a.r. Campania, Sez. IV, 7 marzo 2022, n. 1512, *ivi*; 9 marzo 2021, n. 1574, *ivi*.

[93] Sicché in realtà, come condivisibilmente sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa, l'acquisizione gratuita dell'opera abusiva non è affatto una misura strumentale alla demolizione, né rappresenta una sanzione accessoria di questa, bensì costituisce una sanzione autonoma che consegue all'inottemperanza all'ingiunzione, abilitando l'amministrazione ad operare una scelta fra la demolizione d'ufficio e la conservazione del bene per prevalenti fini pubblici; cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 settembre

l'ordine di demolizione[94]; del resto, argomentare diversamente condurrebbe ad escludere la possibilità per il giudice penale di ordinare la demolizione dell'immobile ogniqualvolta l'amministrazione comunale abbia parimenti ingiunto la demolizione e questa non sia stata eseguita dal proprietario o dal responsabile, essendo poco probabile che si possa pervenire alla conclusione anche solo del primo grado del procedimento penale in un termine inferiore ai novanta giorni[95].

Nondimeno, la possibilità per il giudice penale di ingiungere al responsabile la demolizione di un bene di cui quest'ultimo non abbia disponibilità giuridica (e potenzialmente materiale) si pone, a ben vedere, in problematico rapporto con il costante insegnamento giurisprudenziale per il quale la tardiva demolizione di un'opera abusiva una volta decorso il termine di novanta giorni deve ritenersi illecita, non solamente in quanto comporta l'eliminazione di un bene di cui il soggetto proprietario ha perduto la proprietà – potendosi in tal caso configurare una responsabilità per intervento su cosa altrui –, ma anche perché l'esecuzione spontanea dell'ordine precluderebbe la possibilità da parte del Comune (divenuto nel frattempo proprietario) di utilizzare l'opera conformemente ai propri scopi in presenza dei presupposti richiesti dall'art. 31, c. 5, d.p.r. 380/2001[96].

2017, n. 4547, in *Riv. giur. edilizia*, I (2017), p. 1330 e in *Giur. it.*, 4 (2018), p. 930, con nota di A. CASCONE, *Acquisizione gratuita dell'immobile abusivo da parte della pubblica amministrazione*; Sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 358; T.a.r. Campania, Sez. VI, 28 luglio 2023, n. 4567, tutte in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024). Per questo motivo essa (unitamente alla sanzione pecuniaria) non pone problemi di *bis in idem* rispetto all'ordine di demolizione (penale e amministrativo), mancando l'*idem factum* (nel secondo caso l'illecito è rappresentato dall'abuso edilizio, nel primo caso dall'inottemperanza all'ordine di demolizione).

[94] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 11 novembre 2015, n. 48235, S.L., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 2 febbraio 2012, n. 6592; 23 gennaio 2007, n. 1904, T.O., in *Riv. pen.*, 10 (2007), p. 1049; 13 ottobre 2005, n. 37120, Morelli, in *CED Cass.* n. 232174; 23 dicembre 2004, n. 49397, Sposato, in *Riv. pen.*, 1 (2006), p. 104.

[95] Per questo rilievo, cfr. Cass. pen., Sez. III, 23 gennaio 2007, n. 1904, cit.

[96] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 13 ottobre 2005, n. 37120, cit.; Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2002, n. 7030, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); T.a.r. Lombardia, Sez. II, 26 ottobre 1991, n. 66, *ivi*. Ciò aveva condotto la giurisprudenza più risalente a ritenere incompatibile (e pertanto non irrogabile o doverosamente revocabile) l'ordinanza giudiziale di demolizione dei confronti del condannato a seguito dell'intervenuta acquisizione (ed eventuale immissione in possesso) al patrimonio comunale, non essendo il soggetto responsabile nella possibilità giuridica e materiale di ottemperare; cfr. Cass. pen., Sez. III, 15 aprile 2004, n. 22743, Maffongelli, in *Riv. pen.* 5 (2006), p. 619. Cfr., altresì, Cons. Stato, Sez. VI, ord., 19 aprile 2023, n. 3974, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio

In ragione di quanto detto, secondo la soluzione di "equilibrio" offerta dalla giurisprudenza penale, se il responsabile dell'abuso non ha più la titolarità o neppure il possesso dell'immobile in ragione dell'intervenuta acquisizione al patrimonio del Comune, egli dovrà richiedere a quest'ultimo un'"autorizzazione"[97] a procedere a proprie spese alla demolizione (in tal caso dovendosi sciogliere anche la decisione amministrativa in ordine all'eventuale mantenimento per prevalenti interessi pubblici); in difetto, anche indipendentemente dalla proposizione o dalla sorte di una richiesta siffatta, provvederà l'autorità giudiziaria a spese del condannato, con l'ulteriore specificazione che i materiali risultanti dall'attività demolitoria spetteranno al Comune[98]. E ciò, ovviamente, laddove quest'ultimo non intenda procedere autonomamente alla demolizione del manufatto, previa immissione in possesso mediante atto di accertamento dell'inottemperanza[99].

La stessa giurisprudenza penale ritiene, peraltro, che l'intervenuta acquisizione al patrimonio comunale (e la conseguente perdita della proprietà da parte dell'intimato) faccia venire meno, come principale effetto, l'interesse del condannato a promuovere l'incidente di esecuzione nei confronti dell'ordine giudiziale di demolizione, potendo egli richiedere la revoca o la sospensione dell'ordine al solo fine di evitarne l'esecuzione coattiva e procedere spontaneamente alla demolizione; ciò in quanto il procedimento amministrativo sanzionatorio avrebbe ormai come unico

2024), per il quale è «illecita la demolizione posta in essere dal privato successivamente a tale passaggio di proprietà, in quanto il Comune potrebbe decidere di non demolire l'opera, esercitando le prerogative attribuitegli dal comma 5 dell'art. 31 del d.P.R. 380 del 2001, in base al quale l'opera acquisita è demolita salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici».

[97] Possibilità ammessa anche dalla giurisprudenza amministrativa, cfr., da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen. 16/2023, cit., la quale, nel richiamare la posizione della sezione rimettente, ha precisato che «se il privato non può più demolire l'opera abusiva decorso il termine di 90 giorni, questi manterrebbe interesse a collaborare con l'Amministrazione, poiché l'adempimento tardivo all'ordine di demolizione varrebbe ad evitargli conseguenze più gravi, quali la perdita anche dell'area ulteriore rispetto a quella di sedime».

[98] Cfr., da ultimo, Cass. pen., Sez. III, 21 novembre 2023, n. 46702, in *http://www.lavoripubblici.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 6 settembre 2021, n. 32896, C.A., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 11 novembre 2015, n. 48235, S.L., *ivi*; 23 gennaio 2007, n. 1904, T.O., in *Riv. pen.*, 10 (2007), p. 1049; T.a.r. Campania, Sez. II, 10 gennaio 2018, n. 151, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[99] Cfr. T.a.r. Abruzzo, Sez. I, 23 giugno 2011, n. 382, in *http://www.giustizia-amministrativa.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

esito obbligato la demolizione della costruzione a spese del responsabile dell'abuso[100]. Non dovrebbe, tuttavia, escludersi la legittimazione del condannato a promuovere l'incidente di esecuzione anche nell'ipotesi di intervenuta delibera comunale di mantenimento dell'immobile, in qualità di soggetto "co-interessato" ai sensi dell'art. 666 c.p.p., insieme all'amministrazione comunale, ad opporsi all'esecuzione coattiva, posto che la demolizione interverrebbe comunque a suo danno.

6. Ordine giudiziale di demolizione e delibera ex art. 31 c. 5 d.p.r. 380/2001.

L'idea di fondo che l'acquisizione dell'opera abusiva al patrimonio comunale sia una misura funzionale al successivo ripristino della conformità urbanistica e edilizia attraverso la demolizione di quanto realizzato, e per questo omogenea rispetto alla finalità perseguita con l'ordine di demolizione disposto dal giudice penale[101] condiziona anche le posizioni espresse riguardo alle successive decisioni che possono riguardare il bene.
Al di là delle valutazioni relative alla natura della sanzione prevista in caso di inottemperanza all'ingiunzione di demolizione disposta dall'autorità amministrativa e alle potenziali criticità rispetto alle garanzie riconosciute dalla Convenzione EDU[102], dopo che l'art. 7 della l. 47/1985 (ora trasposto

[100] Cfr., da ultimo, Cass. pen., Sez. III, 26 luglio 2023, n. 32466, A.A. e al., in *https://www.onelegale.wolterskluwer.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024); 18 gennaio 2023, n. 1680, A.A., *ivi*; 24 giugno 2020, n. 26523, in *Riv. giur. edilizia*, I (2020), p. 1424.
[101] Cass. pen., Sez. III, 20 maggio 2010, n. 35546, B., in *Riv. giur. edilizia*, I (2010), p. 2088, che su tale presupposto ha ritenuto l'ordine di demolizione disposto dal giudice penale compatibile con l'acquisizione dell'opera abusiva al patrimonio del Comune. Si è peraltro ricordato (v. alla nt. 93) come questa lettura non sia pienamente condivisa dalla giurisprudenza amministrativa (e anche dalla giurisprudenza civile, come è chiarito alla nota immediatamente successiva).
[102] La giurisprudenza riconosce espressamente all'acquisizione gratuita una funzione sanzionatoria [si fa riferimento al riguardo alla «duplice funzione di sanzionare comportamenti illeciti – edificazione in difformità o senza concessione ed inottemperanza all'ordine di demolizione – e di prevenire ed elidere perduranti effetti dannosi per la collettività»: Cass. civ., Sez. III, 4 giugno 2013, n. 14022, in *Foro it.*, Rep., (2013), voce *Edilizia e urbanistica*, n. 656 e successivamente Cass. civ., Sez. VI, 6 ottobre 2017, n. 23453, *ivi*, Rep., (2017), voce cit., n. 296; in precedenza già Cass. civ., Sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1693, in *Giur. it.*, 4 (2007), p. 858; in termini simili nella giurisprudenza amministrativa Cons. Stato, Sez. VII, 8 marzo 2023, n. 2459; Sez. II, 11 ottobre 2021; Sez. VI, 16 gennaio 2019, n. 398, tutte in *http://www.giustizia-*

nell'art. 31 d.p.r. 380/2001) ha stabilito che l'opera acquisita debba essere demolita – modificando radicalmente la norma prevista dall'art. 15 l. 10/1977, che prevedeva come regola la conservazione dell'opera abusiva e la sua destinazione a fini pubblici – la giurisprudenza penale ha infatti riconosciuto l'esistenza di un criterio generale di preminenza dell'interesse al ripristino dell'assetto territoriale violato, secondo una lettura poi fatta propria anche dalla Corte costituzionale[103].

All'amministrazione, seppure come ipotesi derogatoria rispetto alla regola, è però tuttora consentito di decidere di conservare l'opera abusiva quando tale misura corrisponda a un prevalente interesse pubblico. È quindi

amministrativa.it (ultimo accesso 7 maggio 2024); T.a.r. Valle d'Aosta, 12 ottobre 2018, n. 48, in *Riv. giur. edilizia*, I (2018), p. 2597]. La sanzione così configurata, che va propriamente riferita all'inottemperanza all'ordine di rimozione dell'abuso (ed è ora accompagnata dalla sanzione pecuniaria introdotta dall'art. 31, c. 4-*bis*, d.p.r. 380/2001), nella prospettiva delle garanzie riconosciute dalla Convenzione EDU presenta però almeno due profili di criticità, entrambi riconducibili ai principi espressi dalla Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, n. 1828/06, G.i.e.m. e altri c. Italia, in *Foro it.*, IV (2018), c. 389; in *Urb. app.*, 6 (2018), p. 759, con nota di A. SCARCELLA, *La grande camera della Cedu sulla confisca urbanistica*; in *Giur. cost.*, 5 (2018), p. 2151, con nota di T.E. EPIDENDIO, *La grande camera della Corte Edu sulla confisca senza condanna: «oltre l'urbanistica la guerra fra le Corti», l'interpretazione delle sentenze e i diritti delle persone giuridiche*, con riguardo alla misura della c.d. confisca amministrativa pervista per le ipotesi di lottizzazione abusiva. Pur trattandosi di situazioni diverse, infatti, da un lato se l'acquisizione gratuita venisse qualificata come sanzione di natura sostanzialmente penale nella prospettiva della Convenzione EDU (fatto non inverosimile, considerato tra l'altro che la misura non si limita all'immobile e all'area di sedime, ma può estendersi oltre tale ambito) l'applicazione sarebbe automatica (come recentemente ribadito da Cons. Stato, Ad. plen., 11 ottobre 2023, n. 16, cit.) e prescinderebbe da qualsiasi valutazione sulla colpevolezza del soggetto, mentre dall'altro (e indipendentemente dalla qualificazione della misura) sarebbe disposta «in assenza di procedimenti che consentano ai giudici, nel contraddittorio con i proprietari, di accertare quali siano gli strumenti più appropriati in relazione alle circostanze del caso». Per alcuni spunti al riguardo, da ultimo, v. C.g.a.r.s., 15 settembre 2023, n. 569, cit. Come già ricordato, peraltro, una questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo all'art. 31, c. 3, d.p.r. 380/2001, e fondata su tali argomenti (e sulla conseguente violazione dell'art. 117 Cost.) è stata dichiarata manifestamente infondata da Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2020, n. 864, cit., sul presupposto della diversità sostanziale (definita dalla sentenza «ontologica») tra confisca amministrativa e acquisizione gratuita e della stretta strumentalità di quest'ultima alla necessità di ricondurre a legalità le opere abusive, con conseguente idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto della misura. Resta peraltro il fatto che per gli abusi c.d. minori (artt. 33 e 34 d.p.r. 380/2001) per garantire il risultato finale in caso di inottemperanza all'ordinanza ingiunzione è stato ritenuto sufficiente l'esecuzione in danno dei responsabili dell'abuso.

[103] Corte cost., 5 luglio 2018, n. 140, in *Riv. giur. edilizia*, I (2018), p. 866 e in *Giur. cost.* (2018), p. 1579, con nota di E. RINALDI, *La Corte costituzionale e la conservazione degli immobili abusivi come misura alternativa alla demolizione*.

possibile che la decisione si ponga in contrasto con l'ordine di demolizione disposto dal giudice penale[104].

In questi casi già nel vigore dell'art. 7 l. 47/1985 la giurisprudenza penale riteneva l'ordine di demolizione incompatibile con la delibera che avesse deciso per il mantenimento dell'opera[105]. Progressivamente, tuttavia, si è andato consolidando un orientamento che precisa come l'incompatibilità per essere rilevante debba essere attuale e non solo eventuale e può essere tale solo quando sono soddisfatti tutti i presupposti stabiliti dall'art. 31, c. 5, d.p.r. 380/2001, secondo una valutazione che può essere compiuta dal giudice penale stesso (e in particolare dal giudice dell'esecuzione, competente a decidere le questioni relative all'ordine di demolizione)[106]. In altre parole, il giudice penale si ritiene legittimato a valutare la legittimità della delibera comunale e solo l'esito positivo di tale giudizio consente la revoca dell'ordine di demolizione.

La conclusione – presentata come orientamento comune al caso dell'accertamento di conformità[107] o del provvedimento di condono[108] – è

---

[104] In senso analogo P. TANDA, *Le conseguenze*, cit., p. 347; F. SAITTA, *La "redenzione della colpa". Ovvero della conservazione dell'immobile abusivo tra giudice amministrativo e giudice penale*, in *Riv. giur. edilizia*, 4 (2022), p. 309 ss., spec. p. 312.

[105] Cass. pen., Sez. III, 30 marzo 1990, Prosperi, in *Giur. it.*, II (1990), p. 241, con nota di M. CICALA, *Come rendere operanti le sanzioni in materia urbanistica?*; 19 novembre 1999, n. 3682, Puglisi, in *Ambiente e sviluppo*, 6 (2000), p. 569, con nota di M.G. COSENTINO, *L'esecuzione dell'ordine di demolizione cede di fronte alle scelte "conservative" del Comune*; 3 novembre 2000, n. 3489, M.R, in *Riv. giur. edilizia*, I (2002), p. 541. Successivamente all'entrata in vigore del d.p.r. 380/2001 Cass. pen., Sez. III, 29 novembre 2005, n. 43294, Gambino, in *Foro it.*, Rep., (2006), voce *Edilizia e urbanistica*, n. 525; 13 ottobre 2005, n. 37120, Morelli, in *Giust. pen.*, II (2007), p. 151; 23 gennaio 2007, n. 1904, Turianelli, in *Foroplus*; 31 gennaio 2008, n. 4962, P.G., *ivi*.

[106] Cass. pen., Sez. III, 21 ottobre 2009, n. 44897, Iavarone, in *Riv. pen.*, 2 (2010), p. 137; 29 gennaio 2013, n. 13746, F., in *Foro it.*, Rep., (2013), voce *Edilizia e urbanistica*, n. 657; 29 gennaio 2013, n. 11419, B., in *Riv. giur. edilizia*, I (2013), p. 339; 22 maggio 2013, n. 25824, M., *ivi*, 966; 25 settembre 2014, n. 47263, R., in *Foro it.*, Rep., (2014), voce *Edilizia e urbanistica*, n. 487; 17 febbraio 2016, n. 9864, C., in *Riv. giur. edilizia*, I (2016), p. 1151; 23 maggio 2018, n. 2582, R., in *Foro it.*, Rep., (2019), voce *Edilizia e urbanistica*, n. 320; 5 marzo 2021, n. 9098, C., *ivi*, Rep., (2021), voce cit., n. 394.

[107] Cass. pen., Sez. III, 22 dicembre 2005, n. 46831, Vuocolo, in *Foroplus* e la giurisprudenza richiamata alla nt. 83.

[108] Rispetto al quale peraltro la giurisprudenza appare meno uniforme: il potere di accertamento dell'esistenza dei presupposti di estinzione del reato, che legittimerebbe la valutazione incidentale della legittimità del provvedimento di condono è affermato in termini netti da Cass. pen., Sez. III, 12 marzo 1999, n. 736, in *Riv. giur. edilizia*, I (2000), p. 975; 13 giugno 2012, n. 25170, La Mura, in *Guida al diritto*, 38 (2012), p. 78. In altre pronunce, tuttavia, si precisa che la valutazione può riguardare solo aspetti riguardanti i presupposti formali e sostanziali e non il rispetto delle norme procedurali, facendo

giustificata con l'esistenza di un principio generale, dal quale si fa derivare il potere di valutazione in ragione dell'eccezionalità del mantenimento dell'opera abusiva rispetto all'esito demolitorio. Fondamento e modalità secondo cui viene esercitato tale potere sono però discutibili.
Si è già rilevato trattando dell'orientamento espresso con riguardo all'accertamento di conformità come tale potere risulti privo di un fondamento normativo espresso. Inoltre, dal punto di vista sistematico le tre ipotesi corrispondono a situazioni profondamente differenti per presupposti, tipologia di potere riconosciuto all'amministrazione ed effetti concreti.
Nel caso dell'accertamento di conformità e del condono edilizio, infatti, l'amministrazione non ha alcun margine di discrezionalità rispetto all'adozione dell'eventuale provvedimento favorevole. D'altra parte le due fattispecie configurano scenari molto distanti. Nel primo caso il procedimento è diretto a sanare la mancanza del (o la difformità dal) titolo rispetto a un intervento che dal punto di vista sostanziale sin dal momento della sua realizzazione è richiesto essere conforme alla disciplina urbanistica e edilizia. Conseguentemente il potere di valutazione che il giudice penale si riserva sulla legittimità del permesso in sanatoria corrisponde negli effetti (anche se sulla base di un sindacato più ampio, perché esteso ai profili formali dell'atto[109]) allo spazio di apprezzamento esercitato sulla legittimità del titolo edilizio ai fini della configurazione del reato previsto dall'art. 44, c. 1, lett. b) d.p.r. 380/2001 e ne condivide le criticità: in entrambi i casi la valutazione espressa si sovrappone a quella compiuta dall'amministrazione con il provvedimento, disconoscendone alcuni effetti legalmente previsti: o come elemento positivo a contenuto negativo della fattispecie penale, o come fatto estintivo del reato (secondo quanto stabilito dall'art. 45, c. 3, d.p.r. 380/2001). Il provvedimento di condono, invece, consente il mantenimento di un'opera dichiaratamente abusiva anche dal punto di vista sostanziale, in conseguenza di una scelta di opportunità politica e alle condizioni stabilite dalla legge. In questa prospettiva l'incidenza rispetto all'esercizio dell'azione penale è più rilevante, essendo tra l'altro estesa dal legislatore anche alle ipotesi nelle

sostanzialmente riferimento a ipotesi di carenza di potere, come emerge chiaramente dalla motivazione di Cass. pen., Sez. III, 17 marzo 2009, n. 25485, Consolo, in *Cass. pen.*, 3 (2010), p. 1138; in termini simili 20 febbraio 2019, n. 12915, P.G., in *Guida al diritto*, 24 (2019), p. 80.
[109] V. al riguardo le considerazioni espresse nella nt. 75.

quali la condanna sia già intervenuta o il provvedimento favorevole non possa essere rilasciato, purché sia effettuata l'oblazione[110].
La delibera con la quale il Comune decide di mantenere l'opera abusiva acquisita al proprio patrimonio ha presupposti ulteriormente diversi, perché è espressione di un potere tipicamente discrezionale[111], e già questa circostanza rende difficile ricondurre a una logica comune il potere che il giudice penale ritiene di poter esercitare rispetto alle decisioni dell'amministrazione nelle tre diverse ipotesi.
Inoltre, al di là di alcune ricostruzioni dai toni vagamente moraleggianti[112], il potere di valutazione dell'esistenza di un interesse pubblico al mantenimento dell'opera appare qualitativamente non differente dal potere che sta alla base delle scelte di pianificazione urbanistica (tanto che la competenza a esprimersi è attribuita anche in questo caso al Consiglio comunale). Entro l'ambito di apprezzamento consentito dalla norma – e quindi solo se l'opera non sia in contrasto con rilevanti interessi urbanistici o non sussistano vincoli di carattere ambientale o idrogeologico – all'organo competente a esprimere le scelte relative all'utilizzo del territorio

[110] V. al riguardo gli artt. 38, c. 3, e 39 l. 47/1985. Queste ragioni, accompagnate al pur non recente intervento di Corte cost., 31 marzo 1988, n. 369, in *Giur. cost.*, I (1988), p. 1559, con nota di G.G. FLORIDIA, *Il legislatore tra amnistia e "uso alternativo" della punibilità*, che nel dichiarare infondata la questione di legittimità degli artt. 31, 35, 38, 39 e 44 l. 47/1985 in relazione agli artt. 25 e 101 Cost. ribadiva la possibilità per il giudice penale di svolgere, in via incidentale, adeguati accertamenti in ordine ai requisiti del fatto estintivo, precisando tuttavia che è l'oblazione a costituire l'elemento conclusivo della fattispecie estintiva del reato e che «[l]'ipotesi (…) d'affidare al giudice penale tutti gli accertamenti relativi alla sanatoria "amministrativa" condurrebbe a consentire, al giudice penale, la sottrazione di competenze (governo del territorio) costituzionalmente attribuite ad altri poteri dello Stato» spiegano l'orientamento più controverso della giurisprudenza penale (v. sopra, nt. 108), le cui decisioni appaiono spesso condizionate dalle peculiarità del caso specifico.
[111] In questo senso v. anche F. SAITTA, *La "redenzione della colpa"*, cit., p. 310 testo e nt. 5, anche per ulteriori riferimenti.
[112] Il riferimento è all'evocazione della redenzione della colpa, della quale la delibera assunta sulla base dell'art. 31, c. 5, d.p.r. 380/2001 sarebbe strumento, da parte di Cons. Stato, Sez. VI, 13 aprile 2017, n. 1770, in *Urb. app.*, 6 (2017), p. 830, con nota di A. SENATORE, *Le deroghe alla demolizione degli immobili abusivi: condizioni, prassi applicative e questioni interpretative*, che pure individua puntualmente presupposti, ambito di applicazione e funzione della norma in questione, pervenendo alla riforma in appello della sentenza con cui il Tribunale amministrativo regionale, in sede di ottemperanza, aveva invece dichiarato la nullità della deliberazione comunale dopo il passaggio in giudicato della sentenza che aveva respinto il ricorso contro l'originaria ordinanza che ingiungeva la demolizione delle opere, rimasta ineseguita. Evocazione poi ripresa da F. Saitta nel contributo già ricordato.

è consentito ammettere una deroga all'assetto determinato, quando questa deroga corrisponda a un interesse pubblico apprezzabile, la cui sussistenza deve essere adeguatamente motivata. In altre parole, dopo l'adozione della delibera con cui è decisa la conservazione dell'opera abusiva, le sorti di quest'ultima non rientrano più nella prospettiva dei poteri di vigilanza e controllo sull'esercizio dell'attività edilizia, e delle conseguenti misure ripristinatorie, ma riguardano la diversa prospettiva delle scelte di assetto dell'utilizzo del territorio[113].

In questa stessa prospettiva, la preoccupazione per le esigenze di salvaguardia del territorio che sono frequentemente richiamate dalla giurisprudenza penale per giustificare i poteri di valutazione del giudice non appare fondata, dal momento che tali tutele sono assicurate dalla legge nel momento in cui limita la possibilità di conservare l'opera abusiva alle situazioni nelle quali la salvaguardia del territorio non è in discussione (a meno di non voler far coincidere tale nozione con la conformità alle prescrizioni urbanistiche e edilizie), imponendo contestualmente la demolizione senza alternative nel caso di esistenza di vincoli di inedificabilità[114].

Infine, se la scelta compiuta dal Consiglio comunale è riconducibile ai poteri di pianificazione urbanistica, l'eventuale valutazione negativa del giudice penale sulla legittimità della delibera con la quale è deciso di non demolire l'opera abusiva compromette irreparabilmente l'esercizio di una funzione riservata all'amministrazione.

L'esecuzione dell'ordine di demolizione disposto dal giudice penale preclude infatti all'amministrazione – che pure aveva esplicitato le proprie determinazioni riguardo a una possibile modifica dell'assetto di interessi definito dalle scelte di pianificazione vigenti – la possibilità di rinnovare le proprie valutazioni. Anche nel caso che la valutazione possa essere considerata illegittima, tuttavia, l'amministrazione mantiene il proprio potere di esprimersi al riguardo, trattandosi di un tipo di potere la cui inesauribilità non può essere messa in discussione anche ponendosi nella prospettiva di chi considera tale carattere non come un attributo generale del potere amministrativo, ma una qualità che può sussistere o meno a seconda della disciplina di riferimento[115]: la continuità del potere di

[113] Sul punto v. G.D. COMPORTI-E. MORLINO, *La difficile convivenza*, cit., p. 155.
[114] In questo senso v. l'art. 31, c. 6, d.p.r. 380/2001.
[115] Per questa prospettiva M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., p. 209.

definire le scelte di utilizzo del territorio è del resto confermata dalla formalizzazione del relativo procedimento, che trova quindi un riscontro positivo.
Per queste ragioni le posizioni espresse dalla giurisprudenza penale – pur giustificabili nelle intenzioni – non sembrano coerenti con una logica di doppio binario che dovrebbe comunque garantire il rigoroso rispetto delle rispettive competenze e funzioni istituzionali, per come sono definite dalla legge.

7. Conclusioni.

Il sistema di repressione degli abusi edilizi nel nostro ordinamento è stato oggetto di una evoluzione significativa, che ha accompagnato l'acquisizione di consapevolezza del legislatore rispetto all'importanza di garantire l'effettività delle scelte di pianificazione urbanistica. L'estensione dei poteri riconosciuti al giudice penale nel contesto del doppio binario sanzionatorio e le modalità secondo le quali il giudice penale stesso ha ritenuto di poter interpretare il proprio ruolo, tuttavia, presenta delle oggettive criticità.
L'intento di sopperire alle conseguenze negative di una applicazione poco effettiva degli strumenti a disposizione dell'amministrazione, per quanto apprezzabili, devono infatti confrontarsi con il limite rappresentato dalla disciplina positiva e dalla sua evoluzione.
Nel primo senso – al di là di quanto riguarda l'interpretazione della fattispecie prevista dall'art. 44, c. 1, lett. b) d.p.r. 380/2001 – sono individuabili una serie di indicazioni esplicite che precludono al giudice di esercitare oltre la propria azione, sia rispetto all'ipotesi in cui intervenga un provvedimento che accerti la (doppia) conformità dell'intervento abusivo alla disciplina urbanistica e edilizia, sia nell'ambito della disciplina del c.d. condono edilizio.
Nella seconda prospettiva appare indubbio il progressivo ampliamento della tutela dell'affidamento, anche a fronte di titoli edilizi illegittimi, rispetto ai quali i recenti interventi normativi diretti a ridurre l'ambito temporale entro cui esercitare il potere d'annullamento d'ufficio e a specificare chiaramente il momento dal quale decorre il termine non prevedono eccezioni. Il modo in cui il giudice penale ritiene di poter accertare in via incidentale l'illegittimità del permesso di costruire ai fini della configurabilità della fattispecie penale, tuttavia, non sembra tenerne

conto, producendo il paradossale effetto di un titolo edilizio formalmente inattaccabile, ma sostanzialmente irrilevante ai fini dell'applicazione della fattispecie penale e delle sue conseguenze, a fronte di una disciplina positiva che lascia comunque spazio a soluzioni alternative alla rimozione di quanto realizzato sulla base di un titolo illegittimo.
Sullo sfondo restano i poteri relativi alle scelte di assetto e utilizzo del territorio, che l'ordinamento attribuisce inequivocabilmente all'amministrazione, e all'amministrazione comunale in particolare, anche quando si tratta di scelte che riguardano opere abusivamente realizzate.
Non riconoscere tali limiti sulla base dell'esigenza di garantire una tutela effettiva dell'assetto urbano rischia infatti di compromettere principi e valori altrettanto rilevanti se non fondanti dell'ordinamento giuridico, come il principio di legalità, di separazione dei poteri e di certezza delle situazioni giuridiche e, quindi, in definitiva, il complesso (ma necessario) equilibrio fra istituzioni, economia e territorio[116].

Abstract (ENG): In this essay, after analytically reconstructing the evolution of the powers of repression of illegal buildings up to the current double-track (criminal and administrative) sanctioning system, the Authors highlight its most problematic aspects in the light of an honest reconnaissance of criminal and administrative courts' rulings. In particular, the self-assigned power of the criminal judge to order the demolition of illegal buildings even if formally authorised is subject to criticism, especially in relation to some open problems that have not yet been sufficiently highlighted in the legal literature. Although aware of the difficulty of achieving a satisfactory balance between all the interests at stake, the Authors warn of the risk that the need to ensure effective protection of urban planning may compromise values that are just as fundamental, such as the principle of legality, the separation of powers and the legal certainty.

Keywords (ENG): Illegal buildings; double-track sanctioning system; demolition order; public administration; criminal judge.

[116] P. URBANI, *Istituzioni, Economia, Territorio. Il gioco delle responsabilità nelle politiche di sviluppo*, Torino, 2020.

JUS- **ONLINE 2/2024**
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

CALOGERO MICCICHÉ*

Solidarietà e sostenibilità: tra diritto positivo e politica del diritto
Laboratorio dei ricercatori "Biancamaria Spricigo"
Dipartimento di Scienze Giuridiche – Università Cattolica di Milano

I contributi che si presentano in questo fascicolo di Jus Online sono stati elaborati a partire dagli interventi che gli Autori hanno svolto in occasione della prima edizione del *Laboratorio dei ricercatori* del Dipartimento di Scienze giuridiche dedicato alla compianta collega Biancamaria Spricigo.
Si tratta di un'iniziativa nata nel solco dei *Mercoledì del Dipartimento*, che per molti anni hanno animato il dibattito interno grazie all'infaticabile coordinamento di Giovanni Bombelli. Di quella prima impresa abbiamo voluto conservare lo spirito pur rivedendone la formula di modo che i ricercatori possano di volta in volta confrontarsi anche con ospiti provenienti da altri Atenei su questioni attinenti a un tema a carattere interdisciplinare che funge da annuale *fil rouge*. Il tutto potendo beneficiare anche di momenti di simpatica convivialità resi possibili dal sostegno del Dipartimento e del suo Direttore.
La prima edizione del Laboratorio è stata dedicata al tema *Solidarietà e sostenibilità: tra diritto positivo e politica del diritto* e si è snodata in tre incontri, il primo dei quali è stato introdotto dalla relazione di Caterina Benini che ha discusso con Elena Gabellini sul ruolo del diritto internazionale privato nel contenzioso riguardante gli effetti del cambiamento climatico. Giulia Schneider e Antonio Davola hanno poi animato il secondo incontro, confrontandosi sulla disciplina in materia ESG e mercati finanziari "sostenibili". Infine, la discussione tra Chiara Prussiani e Ivan Nocera ha introdotto il terzo appuntamento del Laboratorio dedicato alle forme di tutela accordate alla persona nelle convivenze fuori dal matrimonio.
Come può ricavarsi già da questi rapidissimi cenni ai temi affrontati, nel corso del Laboratorio è stato possibile indagare il rapporto tra solidarietà e sostenibilità da prospettive alquanto diverse – ambientale e processuale la

* Università Cattolica del Sacro Cuore (calogero.micciche@unicatt.it).

prima; più strettamente economica la seconda; di stampo sociale la terza – eppure tra loro complementari.
I saggi qui raccolti, infatti, confermano che pur dinanzi al continuo divenire degli equilibri naturali e umani e ai problemi che tali mutamenti determinano, è fondamentale che la ricerca di nuove soluzioni avvenga preservando sempre la centralità dell'*homme situé*. Invero è nell'attuazione del personalismo costituzionale che le soluzioni si dimostrano sostenibili, assicurando che diritti e doveri siano distribuiti secondo quelle logiche di solidarietà prescritte dall'art. 2 della Costituzione per la costruzione di una società più giusta ed equa.

***JUS*- ONLINE 2/2024**
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

CATERINA BENINI*

Sui giudizi di responsabilità civile intentati contro i c.d. *global carbon majors*: riflessioni internazionalprivatistiche a margine della *climate change litigation***

English title: *On Tort Law Proceedings Brought against Global Carbon Majors: Reflections of Private International Law upon Climate Change Litigation*

DOI: 10.26350/18277942_000175

Sommario: 1. Lliuya c. RWE: caso emblematico dei giudizi di responsabilità civile intentati contro i c.d. Global Carbon Majors. - 2. La private climate change tort litigation come contenzioso strategico in cui si invoca un uso innovativo del giudizio di responsabilità civile. - 3. Il campo di applicazione materiale del regolamento (CE) n. 864/2007 (Roma II): quali azioni inerenti all'ambiente e/o al clima rientrano nella materia civile e commerciale? - 4. Implicazioni per l'ambito operativo della regola di conflitto speciale di cui all'art. 7 del regolamento Roma II: distinzione tra danno ecologico e danno antropico. - 5. Emissioni di gas ad effetto serra continuativamente immesse nell'atmosfera e applicabilità ratione temporis del regolamento Roma II. - 6. Identificazione della legge applicabile e valutazione della possibilità giuridica dell'azione. - 7. Conclusioni: la centralità delle norme di conflitto di diritto comune dinanzi alle sfide poste dal cambiamento climatico.

1. Lliuya c. RWE: caso emblematico dei giudizi di responsabilità civile intentati contro i c.d. Global Carbon Majors

Saúl Ananías Luciano Lliuya ("Lliuya"), cittadino peruviano domiciliato in Perù, si rivolgeva al tribunale di Essen, in Germania, facendo valere che vi era il rischio che la sua abitazione, situata nella città di Huaraz (Perù), venisse distrutta o quantomeno danneggiata dalla possibile esondazione del lago glaciale Palcacocha situato sopra la città[1]. Lliuya promuoveva la

* Università Cattolica del Sacro Cuore (caterina.benini@unicatt.it).
** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*, e riprende, sviluppandola, la relazione tenuta alla prima edizione del laboratorio dei ricercatori del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano "Biancamaria Spricigo" dedicata al tema «Solidarietà e sostenibilità. Tra diritto positivo e politica del diritto». La mia relazione si è collocata all'interno del seminario «Il diritto internazionale privato nel contenzioso relativo agli effetti del cambiamento climatico».

sua domanda nei confronti di RWE AG ("RWE"), società tedesca operante nel settore energetico, responsabile dello 0,47 % del totale delle emissioni globali di gas ad effetto serra prodotte nel periodo 1751-2010[2]. Secondo l'attore, per effetto delle sue emissioni, la RWE avrebbe contribuito ad aumentare la concentrazione di gas ad effetto serra presenti nell'atmosfera, con conseguente aumento medio delle temperature, progressivo scioglimento del ghiacciaio situato sopra il lago Palcacocha, ed aumento del rischio di distruzione della sua abitazione. A sostegno della propria pretesa Lliuya citava il quinto rapporto dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* ("IPCC")[3], secondo cui il progressivo sciogliersi dei ghiacciai nelle Ande del Sud-America è da attribuirsi con molta probabilità al cambiamento climatico[4].

Secondo Lliuya, con la propria attività inquinante la RWE interferiva con il godimento del suo diritto di proprietà, e, in base all'art. 1004 del Codice civile tedesco che impone a chi interferisce con la proprietà altrui di rimuovere la condotta alla base del disturbo, chiedeva che la RWE venisse condannata a pagare una quota, proporzionale al suo contributo, dei costi necessari per la costruzione di un sistema di drenaggio dell'acqua del lago, che avrebbe attenuato il rischio di esondazione.

Con sentenza del 15 dicembre 2016[5], il tribunale di Essen rigettava la domanda per una serie di motivi, tra cui quello per cui non vi era un nesso

[1] L'atto di citazione, redatto in tedesco, è disponibile all'indirizzo https://rwe.climate-case.org/en (ultimo accesso il 1° febbraio 2024) dove sono disponibili le traduzioni libere in inglese e in spagnolo di questo e altri documenti processuali, incluse le sentenze citate *infra*.

[2] Lo scienziato Richard Heede ha condotto un'analisi quantitativa dei dati storici relativi alla produzione di combustibili fossili e di cemento e, in base ai dati ricavati, ha attribuito a 90 società, definite *Global Carbon Majors*, la produzione del 63% delle emissioni mondiali di biossido di carbonio e di metano realizzate tra il 1751 e il 2010. Vedasi R. HEEDE, *Tracing Anthropogenic Carbon Dioxide and Methane Emissions to Fossil Fuel and Cement Producers, 1854-2010*, in *Climate Change*, 122 (2014), p. 229 ss. La lista dei *Global Carbon Majors* è stata aggiornata nel 2020, ed ora ricomprendere 108 entità, responsabili del 69,9% di tutte le emissioni industriali compiute dal 1751 al 2018. Il Global Carbon Majors 2020 Dataset è disponibile all'indirizzo https://climate-accountability.org/carbon-majors/ (ultimo accesso il 1° febbraio 2024).

[3] L'IPCC è il gruppo intergovernativo delle Nazioni Unite degli esperti sul cambiamento climatico. Esso venne istituito nel 1988 per dare base scientifica all'azione politica in materia di lotta al cambiamento climatico.

[4] IPCC 5th Assessment Report, Working Group II, Full Report Part B: Regional Aspects, Chapter 27, p. 1544, Table 27.8, disponibile all'indirizzo https://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2/ (ultimo accesso il 1° febbraio 2024).

[5] Landgericht Essen, 15.12.2016, Nr. 2 O 285/15.

causale tra la condotta della convenuta e l'interferenza con il diritto di proprietà dell'attore. Secondo il tribunale, visto che le emissioni rilasciate dalla convenuta sono soltanto una frazione della miriade di emissioni che sono state e continuano ad essere rilasciate nell'atmosfera, è impossibile attribuire specifici danni derivanti dal cambiamento climatico a singoli autori di emissioni. Questo perché «quando innumerevoli società emettono gas ad effetto serra, che si mescolano in modo indistinto tra di loro e, per effetto di complessi processi naturali, provocano un'alterazione climatica, è impossibile identificare qualcosa che assomigli ad un nesso causale lineare che conduca da una particolare fonte di emissione ad un particolare danno»[6].

Appellata dall'attore, tale sentenza è stata parzialmente riformata dal tribunale regionale di Hamm, che, con decisione del 30 novembre 2017[7], ha dichiarato la domanda ammissibile e sufficientemente specifica, e ha ordinato che la causa passasse alla fase istruttoria. Il tribunale regionale di Hamm ha chiesto alle parti di produrre pareri di esperti sui seguenti aspetti: (i) che, a seguito del significativo aumento del volume d'acqua del lago Palcacocha, vi sia un serio rischio per la proprietà dell'attore; (ii) che le emissioni della convenuta si raccolgano nell'atmosfera e che, per effetto di leggi scientifiche, risultino in una maggiore concentrazione di gas serra nell'atmosfera; (iii) che la maggiore concentrazione di gas ad effetto serra nell'atmosfera si traduca in una riduzione della radiazione termica globale e in un aumento della temperatura globale; (iv) che, come conseguenza dell'aumento delle temperature medie, vi sia un'accelerazione nello scioglimento del lago Palcacocha, e che da questo consegua l'aumento del volume d'acqua, che non può essere contenuto dalla morena glaciale; (v) che il contributo della convenuta alla catena di eventi precedentemente indicati può essere misurato e calcolato, e che al momento ammonti a 0,47%.

Come riportato sul sito di *Germanwatch*, l'associazione non governativa tedesca che assiste Lliuya in questa battaglia legale, nel maggio 2022 i rappresentanti del tribunale regionale di Hamm, gli esperti e gli avvocati delle parti hanno visitato Huaraz e il lago Palcacocha. Secondo le informazioni disponibili, il Tribunale regionale avrebbe fissato un'udienza di discussione delle opinioni degli esperti nella prima metà del 2024.

[6] Landgericht Essen, p. 8.
[7] Oberlandesgericht Hamm, 30.11.2017, I-5 U 15/17.

Sebbene non si sia ancora avuta una pronuncia sul merito, scienziati del clima e giuristi hanno definito storica la decisione con cui il tribunale di Hamm ha ritenuto la domanda di Lliuya ammissibile, permettendo che si passasse alla fase probatoria del giudizio[8]. Nella misura in cui i giudici tedeschi hanno ritenuto plausibile che un cittadino peruviano chiedesse ad una impresa tedesca di sostenere una parte dei costi necessari per l'adozione di misure di gestione del rischio derivante dal cambiamento climatico, questa sentenza sembra preludere ad un cambio di visione circa la responsabilità dei *Global Carbon Majors* rispetto ai danni provocati dal cambiamento climatico[9].

2. La private climate change tort litigation come contenzioso strategico in cui si invoca un uso innovativo del giudizio di responsabilità civile

Con l'espressione *climate change litigation* si fa riferimento ai procedimenti giudiziari inerenti al cambiamento climatico e/o agli effetti dallo stesso conseguenti[10]. Quando questi procedimenti sono avviati nei confronti di soggetti privati, si suole parlare di *private climate change*

[8] W. FRANK - C. BALS - J. GRIMM, *The Case of Huaraz: First Climate Lawsuit on Loss and Damage Against an Energy Company Before Germany Courts*, in *Loss and Damage from Climate Change. Climate Risk Management, Policy, and Governance*, a cura di R. MECHLER - L.M. BOUWER - T. SCHINKO - S. SURMINSKI - J. LINNEROOTH-BAYER, Cham, 2019, a pp. 475-476 sostengono che la decisione del tribunale regionale di Hamm «has written legal history»; W. FRANK, *The Huaraz Case (Lliuya v. RWE) – Germany Court opens Recourse to Climate Law Suit against Big CO2-Emitter*, in *Climate Law – A Sabin Centre Blog*, 7 dicembre 2017, disponibile all'indirizzo https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/ (ultimo accesso 1° febbraio 2024), definisce la decisione «a major breakthrough with respect to climate litigation and liability»; C. VOIGT, *Climate Change as a Challenge for Global Governance, Courts and Human Rights,* in *Climate Change Litigation. A Handbook*, a cura di W. KAHL - M.P. WELLER, München, 2021, a p. 13 la definisce «significant development in law».

[9] Sul contributo del contenzioso climatico alla narrazione relativa al rischio climatico, vedasi J. PEEL - H.M. OSOFSKY, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, 2015, p. 221 ss.

[10] Trattasi di una categoria assai eterogenea popolata da casi in cui la normativa, la politica o la scienza del cambiamento climatico costituiscono una questione sostanziale in diritto o in fatto. Per una mappatura dei casi di *climate change litigation* vedasi il database *Climate Case Chart*, disponibile all'indirizzo https://climatecasechart.com (ultimo accesso 1° febbraio 2024), e V. J. SETZER - C. HIGHAM, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2023 Snapshot*, London, disponibile all'indirizzo https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/publication/global-trends-in-climate-change-litigation-2023-snapshot/ (ultimo accesso 1° febbraio 2024).

litigation[11]. Si utilizza invece la locuzione *public climate change litigation* in riferimento ai giudizi avviati nei confronti di Stati o altri enti pubblici. Secondo questa categorizzazione, è la natura privatistica o pubblicistica del convenuto, e non tanto il fondamento dell'azione esercitata in giudizio, a far ricadere un procedimento nell'uno o nell'altra categoria. Pertanto, sia le azioni intentate contro gli Stati in base ad obblighi internazionalmente assunti[12] sia quelle fondate su clausole generali di responsabilità civile[13] rientrano nella *public climate change litigation*. Ricadono invece nel *private climate change litigation* sia le azioni promosse contro società inquinatrici per presunte violazioni di diritti umani sia le azioni con cui lo Stato intende recuperare dall'impresa responsabile i costi conseguenti a bonifica ambientale.

Appartengono dunque alla *private climate change litigation* i giudizi nei quali l'attore rivolge nei confronti della società convenuta doglianze di responsabilità aquiliana, asserendo che, con la propria attività inquinante, la convenuta si sia resa in parte responsabile del danno da lui subito per effetto di un evento atmosferico estremo (siccità, ondata di calore, cicloni tropicali) o di cambiamenti ambientali a lenta insorgenza (scioglimento dei ghiacciai, innalzamento del livello del mare, acidificazione degli oceani).

[11] Questa espressione è impiegata da E. BENVENUTI, *Climate change litigation e diritto internazionale privato dell'Unione europea: quale spazio per la tutela collettiva?,* in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 59 (2023), p. 859 e, con minime variazioni, da S. MARINO, *La climate change litigation nella prospettiva del diritto internazionale privato e processuale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 57 (2021), p. 901 («private climate litigation»), e da E. ÁLVAREZ-ARMAS, *SDG 13: Climate Action*, in *The Private Side of Transforming Our World. UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*, a cura di R. MICHAELS - V. RUIZ ABOU-NIGM - H. VAN LOON, Cambridge, 2021, p. 410 («private international climate change litigation»).

[12] Così nel caso *A Sud c. Italia*, altresì noto come Giudizio Universale, in cui attivisti e organizzazioni non governative hanno agito contro lo Stato italiano dinanzi al tribunale civile di Roma facendo valere che lo Stato italiano, in violazione degli impegni internazionalmente assunti, non ha adottato misure sufficientemente rigorose per arginare il cambiamento climatico. L'atto di citazione è disponibile all'indirizzo https://giudiziouniversale.eu/la-causa-legale/ (ultimo accesso 1° febbraio 2024).

[13] Questo è quanto avvenuto nel caso *Urgenda Foundation c. Paesi Bassi*, dove, con sentenza della Corte distrettuale dell'Aja del 24 giugno 2015, confermata in appello e in ultimo grado, i giudici olandesi hanno condannato i Paesi Bassi a adottare una politica ambientale ambiziosa che preveda una drastica riduzione delle emissioni di gas serra, in base alla regola generale di responsabilità civile di cui all'art. 6:126 del Codice civile olandese. Sentenze ed altri documenti processuali relativi a questo caso sono disponibili all'indirizzo https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/ (ultimo accesso 1° febbraio 2024).

Rispetto a giudizi di questo tipo – che a rigore dovremo chiamare *private climate change tort litigation* –si è assistito negli ultimi anni, oltre che ad un loro aumento in numero e visibilità, ad un progressivo affinamento degli argomenti giuridici e delle strategie processuali che hanno condotto fino alla decisione con cui il tribunale regionale di Hamm ha ritenuto ammissibile la domanda di Lliuya[14].

I giudizi di *private climate change tort litigation* sono strategici perché, al pari degli altri casi di *climate change litigation*, vengono avviati non tanto per perseguire gli effetti che tradizionalmente seguono alla decisione giudiziaria di una lite (ovvero l'emanazione di una sentenza, che fungerà da regola specifica per il caso concreto, suscettibile di acquisire valore di cosa giudicata), ma per alimentare il dibattito pubblico su interessi *lato sensu* pubblicistici, per stimolare l'adozione di normative climatiche più ambiziose e per indurre un cambio di paradigma comportamentale tra i consociati[15]. Visti da questa prospettiva, i giudizi in parola sono uno strumento di attivismo climatico[16]. Se l'uso politicamente orientato del contenzioso civile non è di per sé in contrasto con le regole del processo civile, rimane il fatto che, ove la decisione giudiziaria passi dalla valutazione dell'adeguatezza delle politiche climatiche statali, i giudici tendono a rigettare la domanda per evitare di ingerirsi in questioni proprie del potere legislativo[17]. Ciò, ad ogni modo, non impedisce alle azioni

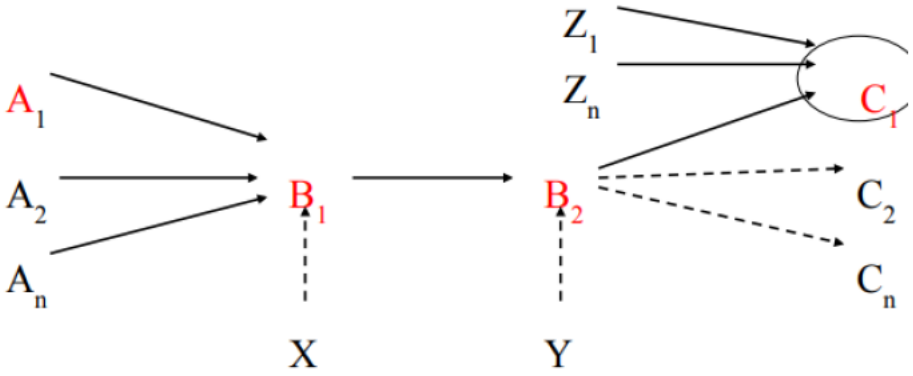
[14] Sulla progressiva evoluzione degli argomenti e delle strategie processuali dei casi intentati contro i *Global Carbon Majors* vedasi K. BOUWER, *The Unsexy Future of Climate Change Litigation*, in *Journal of Environmental Law*, 30 (2018), p. 489 ss.

[15] Sul contenzioso strategico, vedasi K. BOUWER - J. SETZER, *Climate Litigation As Climate Activism: What Works?*, in *The British Academy – COP26 Briefings*, (2020), disponibile all'indirizzo https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/publication/climate-litigation-as-climate-activism-what-works/ (ultimo accesso 1° febbraio 2024), p. 3 ss.; P. FRANZINA, *Il contenzioso civile transnazionale sulla corporate accountability*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 58 (2022), p. 828 ss., J. PEEL - H.M. OSOFSKY, *Climate Change Litigation*, cit., p. 221 ss.

[16] K. BOUWER - J. SETZER, *Climate Litigation As Climate Activism*, cit.; S. DOMINELLI, *'Einmal ist keinmal'. L'insostenibile leggerezza degli obblighi di diritto internazionale in tema di climate change mitigation nella prospettiva di una proliferazione delle azioni giudiziarie pubbliche e private*, in *Riv. giur. amb.*, 3 (2023), p. 903. Così anche E. GABELLINI, *Note sul contenzioso climatico e le azioni di classe*, in corso di pubblicazione in questa Rivista, che ho avuto l'opportunità di leggere per gentile concessione dell'Autrice, al par. 1.

[17] Ciò è quanto ha affermato il Tribunale di Roma con sentenza del 26 febbraio 2024 con cui ha dichiarato inammissibile il ricorso nel caso Giudizio Universale (v. *supra*), perché un sindacato dei provvedimenti contestati con ricorso sarebbe in violazione del principio di separazione dei poteri. La sentenza è disponibile all'indirizzo https://sidi-

promosse di sortire gli effetti auspicati, visto che la sola promozione dell'azione è nella maggioranza dei casi capace di realizzarli.
I giudizi in parola sono altresì caratterizzati dal fatto che gli stessi invocano un uso innovativo dell'istituto della responsabilità civile. Se l'illecito civile ruota di norma intorno alla condotta antigiuridica di A che lede il bene giuridico di B, di modo che dall'illecito sorga un rapporto bilaterale tra danneggiante e danneggiato, dove il danneggiante è chiamato a rispondere del danno ingiusto subito dal danneggiato per effetto della condotta a lui imputabile, ben più complessa è la situazione nel *private climate change tort litigation*[18]. Trattasi di casi nei quali la condotta della società di rilasciare gas ad effetto serra nell'atmosfera, oltre a non essere vietata, non provoca alcuna diretta lesione né del diritto del singolo né del clima in quanto tale. A collegare le emissioni realizzate da una società al danno al clima e al danno del singolo vi è una lunga catena causale, visivamente rappresentata dal seguente schema[19]:



Una volta rilasciate, le emissioni di gas ad effetto serra (in figura A^{1-n}) finiscono nell'atmosfera, dove si mescolano e si alterano le une con le altre;

gruppodiedi.files.wordpress.com (ultimo accesso il 6 aprile 2024). Sulla compatibilità tra le cause di *climate change litigation* e il principio di separazione dei poteri, v. C.V. GIABARDO, *Climate Change Litigation and Tort Law. Regulation through Litigation?*, in *Diritto e processo (Derecho y Proceso – Right & Remedies)*, (2019), p. 367-368; J. PEEL - H.M. OSOFSKY, *Climate Change Litigation*, cit., p. 270 ss.; L. SERAFINELLI, *La responsabilità civile come tecnica di compensazione assiologica degli interessi climatici nell'inerzia delle politiche legislative. Un'analisi comparatistica di controversie private per pubblici interessi*, in *DPCE online*, 55 (2022), p. 2220 ss.

[18] La complessità e diversità è tale che queste fattispecie sono state definite come «anti-torts» da D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do About Tort Law*, in *Environmental Law*, 41 (2011), p. 4 e p. 8 ss.

[19] Lo schema è di W. FRANK, *The Huaraz Case (Lliuya v. RWE)*, cit., § 2.5.4.

le emissioni antropogeniche, insieme ad altre attività umane come il disboscamento (in figura X), determinano un aumento della concentrazione di gas ad effetto serra nell'atmosfera (in figura B^1), che, a sua volta, determina, insieme ad altri fattori di origine naturale (in figura Y), un aumento medio globale delle temperature (in figura B^2). Dall' aumento medie delle temperature, e da altre variabili naturali (in figura Z), discendono cambiamenti climatici a lenta insorgenza, come lo scioglimento dei ghiacciai (in figura C^1), ed eventi atmosferici estremi (in figura $C^{2\text{-}n}$), da cui derivano o rischiano di derivare danni alla salute, alla vita o alla proprietà dei singoli individui.
La catena causale che porta dalla condotta all'evento è, pertanto, molto complessa perché tanto la condotta quanto l'evento sono, di per sé, plurimi. Alla base del danno subito del singolo vi sono più eventi causali, solo alcuni dei quali di origine antropogenica. Al tempo stesso, ogni singola emissione antropogenica è, per effetto dell'incremento che provoca nella concentrazione dei gas serra nell'atmosfera, capace di ledere beni giuridici di più soggetti identificabili secondo tempistiche diverse a seconda del tempo di latenza del danno da cambiamento climatico.
Per comprimere fattispecie così complesse nella struttura lineare della responsabilità civile[20], i giudici e gli avvocati delle parti possono avvalersi dei risultati della ricerca scientifica sul cambiamento climatico, e in particolare della scienza dell'attribuzione, ovvero quella branca della scienza sul cambiamento climatico che cerca di identificare l'impatto che le attività antropogeniche hanno sul clima e sul sistema Terra[21]. Servendosi di dati empirici, nozioni di fisica, analisi statistica e modelli probabilistici, gli scienziati sono giunti alla conclusione che è inequivoco che le emissioni antropogeniche di gas ad effetto serra hanno condotto ad un aumento medio delle temperature globali terrestri[22] e, di conseguenza, ad un aumento della frequenza e/o dell'intensità di cambiamenti a lenta

[20] D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do*, cit., a p. 9 parla di strategia normalizzante posta in essere tanto da giuristi quanto da economisti.
[21] M. BURGER - J. WENTZ - R. HORTON, *The Law and Science of Climate Change Attribution*, in *Environmental Law Reporter*, 51 (2021), p. 10641; S. MARJANAC - L. PATTON, *Extreme Weather Event Attribution Science and Climate Change Litigation: An Essential Step in the Causal Chain?*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 36 (2018), p. 268 ss.
[22] IPCC, 6th Assessment Report, Working Group I, Full Report, Summary for Policymakers, p. 4, A.1, disponibile all'indirizzo https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/ (ultimo accesso 1° febbraio 2024).

insorgenza e ad eventi metereologici estremi[23]. I più recenti sviluppi scientifici sono persino in grado di dimostrare con alta probabilità l'esistenza di un nesso causale tra le emissioni di una specifica impresa e il danno subito da uno specifico individuo, visto che (i) il danno subito dal singolo è riconducibile, per effetto della scienza di attribuzione degli impatti (*impact attribution*), ad un dato fenomeno meteorologico estremo (es. ondata di calore anomala) o ad un dato cambiamento climatico a lenta insorgenza (es. scioglimento del ghiacciaio); (ii) il fenomeno meteorologico estremo o il cambiamento climatico a lenta insorgenza è stato reso molto più ricorrente o intenso nella sua portata, in base a quanto dimostra la scienza di attribuzione degli eventi (*event attribution*), dall'aumento delle temperature medie terrestri; (iii) l'aumento delle temperature medie globali è stato causato, con probabilità studiata ed identificata dalla scienza di attribuzione degli eventi, dall'aumento delle emissioni antropogeniche di gas effetto serra nell'atmosfera; e (iv) una quota ben precisa delle emissioni di gas ad effetto serra rilasciate nell'atmosfera è attribuibile, in base alla scienze dell'attribuzione delle fonti (*source attribution*), ad una società ben precisa[24].

3. Il campo di applicazione materiale del regolamento (CE) n. 864/2007 (Roma II): quali azioni inerenti all'ambiente e/o al clima rientrano nella materia civile e commerciale?

Come il caso di Lliuya mette bene in luce, i giudizi di *private climate change litigation* sono di norma internazionalmente connotati. Si tratta di casi in cui le parti del giudizio sono in genere domiciliate in Stati differenti e nei quali gli elementi costitutivi dell'illecito civile – ovvero la condotta o, come nel caso di emissioni cumulative, le plurime condotte causali, e la lesione lamentata in giudizio – sono localizzabili in paesi differenti. Ciò impone a qualsivoglia giudice adito di determinare la legge applicabile mediante le pertinenti norme di conflitto.
Nel caso in cui il giudice adito sia situato in uno Stato membro dell'Unione europea, questi dovrà servirsi delle norme di conflitto di cui al regolamento

[23] IPCC, 6th Assessment Report, Working Group I, Full Report, Summary for Policymakers, p. 8, A.3.
[24] T. BURMAN, *A New Causal Pathway for Recovery in Climate Change Litigation?*, in *Environmental Law Reporter*, 52 (2022), p. 10039 ss., M. BURGER - J. WENTZ - R. HORTON, *The Law and Science of Climate Change Attribution*, cit., p. 10641.

n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("regolamento Roma II")[25] solo se il caso portato alla sua attenzione rientra nella materia civile e commerciale. Invero, l'art. 1 del regolamento Roma II limita il suo campo di applicazione «in circostanze che comportino un conflitto di leggi, alle obbligazioni extracontrattuali in materia civile e commerciale. Esso non si applica, in particolare, alle materie fiscali, doganali o amministrative né alla responsabilità dello Stato per atto od omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*)».
La nozione di materia civile e commerciale circoscrive il campo materiale d'applicazione delle norme di diritto internazionale privato dell'Unione europea. Nonostante la diversità delle funzioni delle norme di cui delimita il raggio d'azione, la nozione di materia civile e commerciale ha un significato unitario, valido per tutti gli strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione[26]. In aggiunta, la stessa deve intendersi in modo autonomo, ovvero indipendentemente dal significato che la nozione di materia civile e commerciale ha nel diritto materiale degli Stati membri.
Riassumendo la giurisprudenza che la Corte di Giustizia ha elaborato sul punto[27], non rientrano nella materia civile e commerciale le liti nelle quali lo Stato agisce nell'esercizio di potestà d'imperio. Ciò avviene, per esempio, quando lo Stato agisce nei confronti dei privati negli ambiti di pertinenza

[25] Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, in *G.U.U.E.*, L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss.
[26] Così si ricava anche dal considerando 7 del regolamento Roma II secondo cui il campo d'applicazione materiale del regolamento Roma II deve essere coerente con quello del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ("Bruxelles I") (*G.U.C.E.*, L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss.), poi sostituito dal regolamento (UE) n. 1215/2012("Bruxelles I bis") e dal considerando 7 del regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I") (*G.U.U.E.*, L 177 del 4 luglio 2008, p. 109 ss.), che dispone che il campo di applicazione materiale e le disposizioni dello stesso dovrebbero essere coerenti con il regolamento Bruxelles I e il regolamento Roma II. .
[27] La giurisprudenza di seguito riportata è stata elaborata in relazione alla nozione di materia civile e commerciale di cui all'art. 1 della Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (*G.U.C.E.*, C 27 del 26 gennaio 1998, p. 1 ss.), poi sostituita dal regolamento Bruxelles I e dal regolamento Bruxelles I *bis*: sentenza del 14 ottobre 1976, causa 29-76, *Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1976:137, §§ 2 ss.; sentenza del 16 dicembre 1980, causa 814/79, *Rüffer*, ECLI:EU:C:1980:291, §§ 6 ss.; sentenza del 21 aprile 1993, causa C-172/91, *Sonntag*, ECLI:EU:C:1993:144 §§ 13 ss.; sentenza del 14 novembre 2002, *Baten*, C-271/00, ECLI:EU:C:2002:656, §§ 28 ss.

del diritto fiscale, del diritto doganale e del diritto amministrativo, che sono quei rami del diritto che l'art. 1 espressamente esclude dalla materia civile e commerciale[28]. In questo senso, si può affermare che la materia civile e commerciale non ricomprende ciò che è regolato dal diritto pubblico (ovvero il diritto fiscale, doganale e amministrativo, così come il diritto penale)[29].

Il fatto che lo Stato o un ente pubblico siano parte in causa non è da solo sufficiente ad escludere la lite dalla materia civile e commerciale. Invero, è solo quando lo Stato o l'ente pubblico agiscono nell'esercizio di poteri d'imperio che la lite in questione deve ritenersi estranea alla materia civile e commerciale. In modo speculare, il fatto che il giudizio sia tra due soggetti privati non implica necessariamente che la lite sia di natura privatistica; se alla base della lite vi è l'esercizio, da parte di uno dei due privati, di funzioni pubblicistiche, tale lite deve ritenersi esclusa dalla materia civile e commerciale[30].

Quanto ai giudizi di *private climate climate change tort litigation*, non vi è dubbio che gli stessi ricadano nella materia civile e commerciale. Come visto, si tratta di giudizi in cui si discute della compatibilità con il principio generale del *neminem laedere* delle emissioni di gas ad effetto serra realizzate dalla società convenuta nell'esercizio della sua attività produttiva. In casi di questo tipo, né all'attore né al convenuto, entrambi soggetti privati, competono prerogative di tipo sovrano.

Più difficile è invece far rientrare nella materia civile e commerciale i giudizi in cui si fa valere non tanto la lesione del diritto del singolo o dei singoli, ma la lesione della risorsa ambientale in quanto tale. Tali giudizi

[28] La seconda frase dell'art. 1, par. 1, è stata aggiunta dalla convenzione del 9 ottobre 1978 relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito alla Convenzione di Bruxelles (in *G.U.C.E.*, L 304 del 30 ottobre 1978, p. 1 ss.), per precisare mediante esempi le materie che non rientrano nella sfera d'applicazione della Convenzione di Bruxelles. Sulla genesi di questa aggiunta vedasi la Relazione Schlosser sulla Convenzione di adesione del 9 ottobre 1978 sopra citata, in *G.U.C.E.*, C 59 del 5 marzo 1979, p. 71 ss., punto 23.

[29] A. HALFMEIER, *Article 1 Scope*, in *Rome Regulations Commentary*, a cura di G.P. CALLIESS - M. RENNER, 3ª ed., Alphen aan den Rijn, 2020, p. 508.

[30] P. MANKOWSKI, *Article 1*, in *Rome II Regulation Commentary,* a cura di U. MAGNUS - P. MANKOWSKI, Köln, 2019, p. 65. Si pensi al caso in cui associazioni non governative o gruppi di privati agiscano per conto dello Stato mediante meccanismi di *private enforcement* o strumenti di *class action*; in casi di questo tipo, il fondamento pubblicistico dell'azione (che spetterebbe allo Stato) non viene meno neppure di fronte alla legittimazione processuale di soggetti privati.

nella maggioranza dei casi vedono coinvolto lo Stato, a cui compete la funzione di tutelare l'ambiente nel suo complesso e di agire per il suo risarcimento. A prescindere dall'esatta qualificazione giuridica che ciascun ordinamento gli dà, l'ambiente è un interesse collettivo privo di materialità e non suscettibile di appropriazione da parte dei singoli[31]. La sua natura pubblica ha indotto molti ordinamenti ad adottare discipline speciali di responsabilità ambientale[32]. Secondo la disciplina italiana, per esempio, la legittimazione attiva ad agire per il risarcimento del danno ambientale spetta unicamente allo Stato[33].

Se dunque la tutela dell'ambiente è nella maggioranza dei casi una prerogativa che spetta allo Stato come ente esponenziale della collettività, incerta è la riconduzione dei giudizi promossi dallo Stato a favore dell'ambiente alla materia civile e commerciale. Si pensi, a titolo di esempio, ai giudizi intentati dallo Stato contro gli autori di illeciti ambientali per ottenere il risarcimento del danno ambientale o la restituzione dei costi sostenuti per l'adozione di misure di prevenzione e di riparazione ambientale[34].

Per sciogliere tale dubbio, occorre valutare se tali azioni siano fondate sull'esercizio di poteri d'imperio da parte dello Stato. Riassumendo e semplificando la giurisprudenza della Corte di Giustizia[35], l'azione dello Stato è fondata sull'esercizio di poteri d'imperio se la *causa petendi* dell'azione, ovvero il rapporto che sta alla base dell'azione, è connotato dalla sussistenza di prerogative sovrane in capo allo Stato[36]. Al contrario, l'azione dello Stato è rapportabile a quella di un privato quando la stessa

---

[31] E. ÁLVAREZ-ARMAS, *SDG 13: Climate Action*, cit., p. 432; G. ALPA, *Pubblico e privato nel danno ambientale*, in *Contratto e impresa*, 3 (1987), p. 687 ss.

[32] Per un'analisi comparatistica, vedasi, per tutti, C. VON BAR, *Environmental Damages in Private International Law*, in *Recueil des Cours*, 268 (1997), p. 306 ss.

[33] Art. 311 (Azione risarcitoria in forma specifica) del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, Codice dell'ambientale (in G.U. n. 88 del 14 aprile 2006).

[34] Cfr. gli art. 8, par. 2, e art. 10 della direttiva 2004/35/CE, i quali attribuiscono la legittimazione attiva ad avviare azioni per il recupero dei costi legati all'adozione di misure di prevenzione o di riparazione alle sole autorità pubbliche.

[35] Tale giurisprudenza è stata detta incoerente da G. BETLEM - C. BERNASCONI, *European Private International Law, the Environment and Obstacles for Public Authorities*, in *Law Quartertly Review*, 122 (2006), pp. 132-135. A parere di chi scrive, il fatto che le pronunce rese dalla Corte di giustizia non siano perfettamente sovrapponibili non le rende incoerenti. La diversità dei *dicta* è, al più, il riflesso della diversità dei casi portati all'attenzione della Corte.

[36] Così la Corte di Giustizia in *Rüffer* cit., §§ 15.

sia fondata su prerogative proprie anche dei privati e sia di conseguenza svolta secondo norme di diritto comune, ovvero norme che regolano le azioni dei privati[37]. Pertanto, se la *causa petendi* di un'azione statale è un rapporto Stato-privato sorto dall'esercizio di potestà d'imperio da parte del primo, la stessa è un atto *iure imperii*, a prescindere dalle norme su cui si fondi l'azione; se la *causa petendi* di un'azione statale è invece un rapporto Stato-privato in cui lo Stato ha fatto esercizio di prerogative che competono anche ai privati, l'azione è realizzata *iure gestionis*, e, come tale, fondata su norme di diritto comune azionabili da tutti[38].

Applicando questo criterio alle azioni con cui lo Stato chiede il risarcimento del danno ambientale o la restituzione dei costi delle misure di ripristino ambientale, entrambe appaiono qualificabili come realizzate *iure imperii*. In entrambe il fondamento dell'azione dello Stato, ovvero la *causa petendi* dell'azione svolta in giudizio, risulta essere un rapporto Stato-privato caratterizzato dall'esercizio da parte dello Stato di prerogative che gli competono in via esclusiva come ente esponenziale della collettività, ovvero la facoltà di ottenere il risarcimento del danno ambientale così come il potere di adottare misure di prevenzione e di riparazione ambientale. Tale qualificazione non muta se l'azione svolta in giudizio è un'azione basata su norme di diritto comune, azionabili da parte di tutti; come visto, è sufficiente che l'azione sia fondata su un rapporto in cui lo Stato ha fatto esercizio di prerogative d'imperio per qualificarla come realizzata *iure imperii*. Pertanto, tanto le azioni statali di risarcimento del danno ambientale[39] quanto le azioni statali di recupero dei costi associati

[37] Così la Corte di Giustizia in *Baten* cit., §§. 34, 36.

[38] Considera la *causa petendi* come elemento cruciale per valutare la natura di un'azione esercitata dallo Stato anche P. FRANZINA, *Il regolamento «Roma II» sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali*, in *La Unión europea ante el derecho de la globalización*, a cura di A.L. CALVO CARAVACA - E. CASTELLANOS RUIZ, Madrid, 2008, p. 314.

[39] C. VON BAR, *Environmental Damages*, cit., a p. 394 esclude che le azioni avanzate dallo Stato per la compensazione del danno ecologico rientrino nella materia civile e commerciale. *Contra* S. POLI - G. BIAGIONI, *Recenti sviluppi in materia di danno ambientale nell'Unione europea: profili di diritto sostanziale e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 41 (2005), p. 671, secondo i quali nell'azione promuovibile dallo Stato italiano o dagli enti territoriali per danno ambientale ai sensi dell'art. 18 della legge n. 349/1986 (attuale art. 311 del Codice dell'ambiente) non è ravvisabile l'esercizio di un potere d'imperio visto che per tale iniziativa lo Stato usa uno strumento tipico dei rapporti inter-privati, ovvero l'azione risarcitoria. Oltre alla considerazione per cui è il fondamento dell'azione e non l'azione esperita a fungere da elemento dirimente nella valutazione dell'atto come realizzato *iure imperii* o *iure*

all'adozione di misure di riparazione del danno ambientale[40] sono da qualificarsi come *acta iure imperii*, e, conseguentemente, non rientrano nell'ambito di applicazione materiale del regolamento Roma II.

4. Implicazioni per l'ambito operativo della regola di conflitto speciale di cui all'art. 7 del regolamento Roma II: distinzione tra danno ecologico e danno antropico

L' art. 7 del regolamento Roma II reca una norma di conflitto speciale per le ipotesi di danno ambientale. Essa dispone che «la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da danno ambientale o da danni arrecati alle persone o ai beni per effetto di un tale danno è quella risultante dall'articolo 4, paragrafo 1, a meno che la persona che chiede il risarcimento dei danni scelga di fondare le sue pretese sulla legge del paese in cui il fatto che ha determinato il danno si è verificato».
Nell'indicare le fattispecie astrattamente rientranti nel suo ambito applicativo, la disposizione fa riferimento, da un lato, alle obbligazioni extracontrattuali che derivano da danno ambientale, e, dall'altro, alle obbligazioni extracontrattuali che derivano da danni arrecati alle persone o ai beni per effetto di danno ambientale.

gestionis, va segnalato che l'azione risarcitoria per danno ambientale si discosta in molti aspetti dall'azione risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c. Sulla differenza tra azione ex art. 2043 c.c. e azione ex. art. 311 Codice dell'ambiente, vedasi F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità civile,* a cura di F.D. BUSNELLI - S. PATTI, 3ª ed., Torino, 2013, p. 169 ss., dove discorre di «impiego deformante dell'istituto della responsabilità civile per risolvere problemi di diritto pubblico».

[40] Escludono le azioni con cui lo Stato richiede la restituzione dei costi derivanti dall'adozione di misure di prevenzione e di riparazione del danno ambientale dalla materia civile e commerciale A. FUCHS, *Art. 7 Rome II*, in *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, a cura di P. HUBER, Munich, 2011, p. 211; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2010, p. 432; H. UNBERATH - J. CZIUPKA - S. PABST, *Artikel 7: Umweltschädigung*, in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR. Band III: Rom I-VO, Rom II-VO*, a cura di T. RAUSCHER, 4ª ed., Köln, 2016, p. 828; K. THORN, *Artikel 7 Rom II-VO*, in *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 80ª ed., München, 2021, p. 2830. *Contra* T. KADNER GRAZIANO, *The Law Applicable to Cross-Border Damage to the Environment. A Commentary on Article 7 of the Rome II Regulation*, in *Yearbook of Private International Law*, 9 (2007), p. 81 ss.; J. VON HEIN, *Article 7 – Environmental Damage*, in *Rome Regulations Commentary*, a cura di G.P. CALLIESS - M. RENNER, 3ª ed., Alphen aan den Rijn, 2020, p. 655.

Quanto alla prima tipologia di danno ambientale, a cui ci si riferirà come di danno ecologico, il considerando 24 chiarisce che lo stesso dovrebbe intendersi come «il mutamento negativo di una risorsa naturale, come l'acqua, il terreno o l'aria, il deterioramento di una funzione svolta da tale risorsa naturale a vantaggio di un'altra risorsa naturale o del pubblico, oppure il deterioramento della variabilità tra gli organismi viventi». Tale definizione riprende in parte la definizione di danno ambientale di cui all'art. 2 della direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale[41], direttiva che riguarda unicamente il rapporto tra chi inquina e le autorità pubbliche[42]. Così inteso, il danno ecologico deve intendersi come la lesione di una risorsa naturale o delle funzioni da queste svolte. Ovviamente per poter individuare una responsabilità extracontrattuale per la lesione di una risorsa naturale è necessario che la lesione in questione sia la conseguenza di attività umana, e non di processi o mutamenti naturali[43].
Accanto al danno ecologico, l'art. 7 fa riferimento alle ipotesi di danno alla persona o ai suoi beni per effetto del danno all'ambiente. Trattandosi di ipotesi di danno a beni giuridicamente tutelati dell'uomo, lo si chiamerà danno antropico.
Non è ben chiaro se, per rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 7, il danno antropico debba essere provocato da un danno ecologico – di modo che il danno ecologico sia sempre la causa del danno antropico – o se sia sufficiente che il danno antropico sia l'effetto di condotte umane che, sebbene non provochino una lesione della risorsa naturale, abbiano un certo impatto sull'ambiente. Diversi argomenti militano a favore della seconda soluzione. Anzitutto, l'espressione impiegata dal legislatore («danni arrecati alle persone o ai beni *per effetto di* un tale danno»)[44] non evoca l'idea della causa, ma, piuttosto quella della connessione tra danno

[41] Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, in *G.U.U.E.*, L 143 del 30 aprile 2004, p. 56 ss.
[42] L'art. 3, par. 3 della direttiva 2004/35 dispone espressamente che: «Ferma restando la pertinente legislazione nazionale, la presente direttiva non conferisce ai privati un diritto a essere indennizzati in seguito a danno ambientale o a una minaccia imminente di tale danno».
[43] V. la relazione della Commissione alla proposta di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, COM(2023) 427 def., p. 20.
[44] Art. 7 regolamento Roma II, enfasi aggiunta.

antropico e danno ecologico[45]. In secondo luogo, il fatto che l'art. 7 si riferisca al danno ecologico e al danno antropico come fattispecie astrattamente rientranti nel suo ambito applicativo suggerisce che il danno antropico sia una fattispecie sì collegata, ma autonoma e distinta dal danno ecologico. Se non fosse così, e il danno antropico dovesse essere sempre la conseguenza del danno ecologico, non si capirebbe perché il legislatore europeo li abbia posti sullo stesso piano, quand'anche il danno antropico dovesse essere sempre la conseguenza (lesione secondaria) del danno ecologico (lesione primaria). In terzo luogo, l'obiettivo sostanziale di tutela dell'ambiente favorisce la soluzione qui propugnata. Invero, se per beneficare della norma di conflitto speciale di cui all'art. 7 del regolamento Roma II il danno antropico dovesse essere sempre causato dal danno ecologico, i casi di *private climate change tort litigation* ne sarebbero esclusi, visto che il rilascio di emissioni nell'atmosfera da parte della società produttrice non provoca il deterioramento dell'atmosfera (come visto, è la concentrazione anomala di tali gas nell'atmosfera a deteriorare il sistema climatico). Così facendo, tuttavia, si andrebbe a restringere notevolmente l'ambito applicativo della norma di conflitto speciale in questione, contrariamente a quanto impone l'obiettivo di tutela ambientale che la sorregge, che suggerisce invece un'applicazione estensa a tutti i casi inerenti ad un danno ambientale[46].

Chiarita la distinzione tra le due tipologie di danno ambientale a cui fa riferimento l'art. 7 del regolamento Roma II, occorre ora identificare quali tra le stesse siano concretamente disciplinabili dalla regola di conflitto in parola. Invero, solo il combinato disposto della norma sul campo di applicazione materiale del regolamento e della norma che delimita il campo applicativo della norma di conflitto in questione permette di identificare il reale perimetro operativo di quest'ultima. Detto altrimenti, solo se una fattispecie astrattamente contemplata dall'art. 7 del

[45] Vedasi il confronto tra diverse versioni linguistiche fatto da G. VAN CALSTER, *Lex Ecologia. On Applicable Law for Environmental Pollution (Article 7 Rome II), A Pinnacle of Business and Human Rights as well as Climate Change Litigation*, in *IPRax*, 42 (2022), pp. 446-447.

[46] M. LEHMANN - F. EICHEL, *Globaler Klimawandel und Internationales Privatrecht. Zuständigkeit und anzuwendendes Recht für transnationale Klagen wegen klimawandelbedingter Individualschäden*, in *RabelsZ*, 83 (2019), pp. 94-95; E.M. KIENINGER, *Conflicts of Jurisdiction and the Applicable Law in Domestic Courts' Proceedings*, in *Climate Change Litigation. A Handbook*, a cura di W. KAHL - M.P. WELLER, München, 2021, p. 140.

regolamento Roma II ricade nella materia civile e commerciale di cui all'art. 1 la stessa può essere effettivamente regolata dall'art. 7. Al contrario, ipotesi di danno ambientale prive di natura civile e commerciale non possono essere regolate dall'art. 7 del regolamento, pena la violazione dell'art. 1 del regolamento.
Si è visto come fuoriescono dalla materia civile e commerciale i casi in cui lo Stato agisce nell'esercizio di potestà d'imperio, e che tali potestà sono ravvisabili quando il rapporto alla base dell'azione dello Stato (la *causa petendi*) è connotato dall'esercizio da parte dello Stato di prerogative non accessibili ai privati. Orbene, applicando questo criterio alle ipotesi contemplate dall'art. 7, solo le fattispecie di danno antropico – in cui un privato fa valere danni subiti ai suoi beni o alla sua persona per effetto di danno ambientale nei confronti di un altro privato – risultano rientrare nella materia civile e commerciale. Non così per le fattispecie di danno ecologico, che, come visto, si sostanziano in azioni con cui lo Stato agisce a tutela dell'ambiente come ente esponenziale della collettività. Essendo queste azioni fondate sull'esercizio da parte dello Stato di prerogative d'imperio, le stesse non possono, allo stato, rientrare nella materia civile e commerciale.
Consapevoli del problema, alcuni autori hanno suggerito di interpretare la nozione di materia civile e commerciale di cui all'art. 1 del regolamento Roma II alla luce dell'obiettivo di tutela ambientale che sorregge l'art. 7 del medesimo regolamento, così da far rientrare le azioni inerenti al danno ecologico nel campo applicativo del regolamento (e dell'art. 7)[47]. Questa soluzione non è condivisa da chi scrive. Anzitutto, non è possibile adottare un'interpretazione della nozione di materia civile e commerciale che si discosti, per il solo art. 7 del regolamento Roma II, dal significato che tale nozione ha per le altre norme di conflitto del regolamento Roma II, per il regolamento Roma I, per il regolamento Bruxelles I *bis* e per gli altri strumenti di diritto derivato adottati in base all'art. 81 TFUE[48]. In aggiunta, piegando l'interpretazione della nozione di materia civile e commerciale agli obiettivi di tutela ambientale propri dell'art. 7 del regolamento Roma II si andrebbe ad alterare l'equilibrio esistente tra i diversi valori perseguiti dalle norme di diritto internazionale privato dell'Unione europea, ed in particolare tra gli obiettivi di prevedibilità e di certezza del diritto che

[47] G. BETLEM - C. BERNASCONI, *European Private International Law*, cit., pp. 136-137.
[48] A. FUCHS, *Art. 7 Rome II*, cit., p. 211.

sorreggono le norme generali del regolamento Roma II[49] e gli obiettivi, quale quello di tutela ambientale, che sorreggono le norme speciali del medesimo regolamento.
Pertanto, se, in base al significato che ha assunto in base agli obiettivi e al sistema delle regole uniformi di diritto internazionale privato dell'Unione europea e al complesso dei principi generali desumibili dagli ordinamenti degli Stati membri, la nozione di materia civile e commerciale non è in grado di abbracciare le azioni inerenti al danno ecologico, questa è una conseguenza della categorizzazione giuridica del danno ecologico nel diritto materiale dell'Unione europea e degli Stati membri, a cui non si può rimediare mediante l'adozione di un'interpretazione ambientalisticamente orientata a livello di conflitto di leggi[50].
Muovendo oltre, alle fattispecie regolate dall'art. 7 del regolamento Roma II viene applicata la *lex loci damni*, ovvero la legge del luogo dove è stato leso o rischia di essere leso l'interesse giuridico protetto, a meno che la vittima non chieda l'applicazione della legge del luogo dove si è verificato il fatto che ha dato origine al danno. Come chiarisce il considerando 25 del regolamento Roma II, tale richiesta da parte della vittima deve essere effettuata in modo conforme a quanto prescritto dalla legge dello Stato membro il cui giudice è stato adito. Pertanto, spetterà alla *lex fori* determinare la forma e la fase processuale entro cui tale opzione debba essere esercitata.
Alla base della facoltà concessa alla vittima di optare per l'applicazione della legge del luogo della condotta vi è l'obiettivo di promuovere un elevato livello di tutela ambientale[51]. Nella misura in cui si concede al danneggiato di scegliere se basare la propria pretesa sulla legge del luogo della condotta o su quella del luogo della lesione, si evita che la diversità tra standard normativi ambientali vigenti tra paesi diversi diventi uno stimolo per una corsa al ribasso da parte delle società produttrici, ovvero che le stesse siano indotte a fissare il proprio centro produttivo nel paese dove vigono regole meno stringenti. Se la vittima può scegliere, al momento in cui avanza la propria pretesa risarcitoria, di fondarla sulla legge dell'uno o dell'altro paese, la società produttrice, per evitare di incorrere in sanzioni o in

[49] V. considerando 6 del regolamento Roma II.
[50] H. UNBERATH - J. CZIUPKA - S. PABST, *Artikel 7: Umweltschädigung*, cit., p. 830.
[51] Il considerando 25 del regolamento Roma II richiama espressamente l'art. 174 del TFUE, disposizione che «giustifica pienamente il ricorso al principio del trattamento favorevole per la parte lesa».

responsabilità, sarà indotta a conformare la propria attività allo standard normativo più elevato, dando così vita ad una competizione virtuosa tra ordinamenti[52].

Come detto poc'anzi, il diritto oggettivamente applicabile alle fattispecie disciplinate dall'art. 7 del regolamento Roma II è il diritto del paese in cui si è verificata o rischia di verificarsi la lesione del bene giuridico protetto. Prescindendo dalle considerazioni sopra esposte circa la non riconducibilità, allo stato attuale del diritto sostanziale dell'Unione e degli Stati membri, del danno ecologico alla materia civile e commerciale, e considerando il danno antropico e il danno ecologico come fattispecie astrattamente contemplate dall'art. 7 del regolamento Roma II, non vi sono ragioni, a parere di chi scrive, per sostenere che il luogo della lesione debba essere lo stesso per il danno ecologico e il danno antropico[53]. Considerato che i beni giuridici oggetto di possibile lesione sono differenti – il danno ecologico lede il bene giuridico dell'ambiente, mentre il danno antropico lede il bene giuridico della vita, salute e/o integrità fisica, proprietà privata della persona – anche i luoghi in cui tali beni giuridici vengono lesi saranno differenti[54]. Per il danno ecologico, la lesione sarà localizzabile nel luogo in cui si verifica il mutamento negativo della risorsa naturale impattata. Per il danno antropico, la lesione sarà localizzabile nel luogo in cui la vita o la salute della persona è stata menomata o nel luogo in cui i beni di proprietà che subiscono la lesione sono situati[55].

---

[52] P. IVALDI, *Unione europea, tutela ambientale e diritto internazionale privato: l'art. 7 del regolamento Roma II*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 49 (2013), p. 879; J. VON HEIN, *Article 7*, cit., p. 651.

[53] Questa posizione è sostenuta da M. BOGDAN, *The Treatment of Environmental Damage in Regulation Rome II*, in *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, a cura di J. AHERN - W. BINCHY, Leiden, 2009, p. 223; S. MATTHES, *Umwelthaftung under der Rom II-VO*, in *GPR*, 8 (2011), p. 147; S. MARINO, *La climate change litigation nella prospettiva del diritto internazionale privato*, cit., p. 920.

[54] Così anche A. DICKINSON, *The Rome II Regulation*, cit., pp. 438-439; H. UNBERATH - J. CZIUPKA - S. PABST, *Artikel 7: Umweltschädigung*, cit., p. 830; A. JUNKER, *Art. 7 Rom II-VO Umweltschädigung*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 13.*, a cura di J. VON HEIN, 8ª ed., München, 2021, p. 1036; E.M. KIENINGER, *Conflicts of Jurisdiction and the Applicable Law*, cit., p. 140; K. THORN, *Artikel 7 Rom II-VO*, cit., p. 2830; M. LEHMANN, F. EICHEL, *Globaler Klimawandel und Internationales Privatrecht*, cit., p. 96.

[55] Così dispone il considerando 17 del regolamento Roma II.

5. Emissioni di gas ad effetto serra continuativamente immesse nell'atmosfera e applicabilità ratione temporis del regolamento Roma II

Assodato che i casi di *private climate change tort litigation*, ovvero i casi inerenti al danno antropico, rientrano nell'ambito di applicazione materiale del regolamento Roma II, occorre verificare se gli stessi soddisfano il requisito di applicazione temporale del regolamento. L'art. 31 del regolamento Roma II dispone che: «Il presente regolamento si applica ai fatti verificatisi dopo la sua entrata in vigore che danno origine a danni». Come chiarito dalla Corte di Giustizia[56], nell'applicazione di questa disposizione deve aversi riguardo alla data di applicazione che, ai sensi dell'art. 32, è l'11 gennaio 2009. Pertanto, «un giudice nazionale è tenuto ad applicare tale regolamento unicamente ai fatti generativi di un danno verificatisi a partire dall'11 gennaio 2009, e che la data di instaurazione del procedimento di risarcimento o la data di determinazione della legge applicabile da parte del giudice adito non hanno alcuna incidenza ai fini della determinazione dell'ambito di applicazione nel tempo di detto regolamento»[57].

Nei giudizi di responsabilità civile intentati contro i *Global Carbon Majors*, il fatto generatore del danno è rappresentato dal rilascio di emissioni di gas ad effetto serra nell'atmosfera. Tale condotta non è un'azione puntuale che inizia e finisce in momenti temporali ben precisi. Trattasi al contrario di una condotta protratta nel tempo, che è stata e continua ad essere realizzata in concomitanza con lo svolgimento di attività di estrazione di combustili fossili e/o di loro combustione ai fini della produzione di energia. Ciò si evince dagli studi di Richard Heede, che attribuiscono quasi il 70% delle emissioni di gas ad effetto serra prodotte a livello globale nel periodo 1751-2018 a 108 società del settore energetico e di produzione del cemento, denominate, per l'appunto, *Global Carbon Majors*[58].

Se la domanda di responsabilità civile viene formulata, sulla falsariga di quanto fatto da Lliuya, avendo riguardo alle emissioni che tali società produttrici hanno realizzato lungo l'intero arco temporale preso in considerazione da Heede, ci si trova dinanzi a illeciti civili continuativi

[56] Sentenza del 17 novembre 2011, C-412/10, *Homawoo*, ECLI:EU:C:2011:747.
[57] *Homawoo* cit., § 37.
[58] V. *supra* nota 2.

posti in essere con condotte realizzate in parte prima (dal 1751 fino al 10 gennaio 2009) e in parte dopo l'11 gennaio 2009 (da tale data al 2018). In una siffatta situazione non è chiaro se il regolamento Roma II sia applicabile. Sono state immaginate cinque differenti soluzioni[59]: (i) il regolamento Roma II si applica all'illecito continuativo se il primo segmento causale si è verificato a partire dall'11 gennaio 2009; (ii) il regolamento Roma II si applica all'illecito continuativo se l'ultimo segmento causale si è verificato a partire dall'11 gennaio 2009; (iii) il regolamento Roma II si applica se il segmento causale con maggiore efficienza causale nella produzione del danno si è verificato a partire dall'11 gennaio 2009; (iv) il regolamento Roma II si applica solo se tutti i segmenti causali si sono verificati a partire dal 11 gennaio 2009 o (v) il regolamento Roma II si applica all'illecito continuativo di cui anche solo un segmento causale si è verificato a partire dall'11 gennaio 2009[60].

Nel silenzio serbato dal regolamento sul punto, appare opportuno risolvere la questione avendo riguardo agli obiettivi di certezza e di prevedibilità del diritto a cui è ispirato il regolamento Roma II nel suo complesso[61]. Tali obiettivi appaiono prevalere su quello, pur valorizzato da autorevole dottrina, di favorire un'applicazione quanto più estesa possibile delle norme uniformi di conflitto del regolamento così da evitare le divergenze che possano conseguire dalla diversità delle norme di conflitto statali[62]. Tale obiettivo, che punta a raggiungere l'armonia delle soluzioni tramite un'interpretazione volutamente estensiva delle disposizioni del regolamento, non sembra essere tra i fini sottostanti al regolamento, come dimostra il fatto che lo stesso regolamento lascia diversi di spazi di operatività alle norme di conflitto statali (si pensi alle esclusioni di cui all'art. 1, par. 2, del regolamento).

Se le norme uniformi di conflitto del regolamento Roma II mirano a favorire la prevedibilità dell'esito delle controversie, la certezza sulla legge

[59] P. MANKOWSKI, *Article 31: Application in Time*, in *Rome II Regulation Commentary*, a cura di U. MAGNUS - P. MANKOWSKI, Köln, 2019, p. 714.

[60] A favore di questa soluzione: P. MANKOWSKI, *Article 31*, op. cit., il quale argomenta che in questo modo si favorisce un'ampia applicazione delle regole uniformi di conflitto del regolamento Roma II; A. HALFMEIER, *Articles 31 and 32 Rome II Regulation*, in *Rome Regulations Commentary*, a cura di G.P. CALLIESS - M. RENNER, 3ª ed., Alphen aan den Rijn, 2020, p. 900, ma solo se non sia possibile procedere ad una frammentazione della fattispecie, su cui *infra*.

[61] Considerando 6 regolamento Roma II.

[62] P. MANKOWSKI, *Article 31*, op. cit.

applicabile e la libera circolazione delle sentenze, è giocoforza ritenere che le norme del regolamento non possano trovare applicazione retroattiva a illeciti continuativi nei quali anche solo una delle condotte causali sia stata realizzata prima dell'11 gennaio 2009[63]. Invero, l'autore di un illecito civile continuativo che ha posto in essere un primo fascio di condotte causali prima di tale data, non poteva prevedere, al tempo della loro realizzazione, che alle stesse venissero applicate retroattivamente le regole di conflitto del regolamento Roma II. In base a questa soluzione, che vuole evitare un'applicazione retroattiva del regolamento Roma II, se anche solo uno degli eventi causali è stato realizzato prima dell'11 gennaio 2009 l'intera fattispecie dovrà ritenersi estranea all'ambito di applicazione temporale del regolamento Roma II, e alla stessa dovranno applicarsi le norme di conflitto di diritto comune.

Trattandosi di illeciti civili continuativi, nei quali ad una serie di eventi causali consegue l'evento di danno lamentato in giudizio, non risulta possibile procedere ad una frammentazione normativa della fattispecie, ovvero ad una divisione secondo cui agli eventi causali anteriori all'11 gennaio 2009 si applicheranno le regole di conflitto di diritto interno e agli eventi successivi le regole di conflitto del regolamento Roma II[64]. Invero, se anche fosse possibile separare le condotte in questione immaginando quale sia la parte di danno conseguente alle condotte precedenti all'11 gennaio 2009 e quale quella conseguente alle condotte successive, questa divisione immaginaria non cambierebbe il fatto che, per addivenirsi ad un giudizio di responsabilità civile, è necessario avere riguardo all'intera catena di eventi causali che ha condotto alla produzione del danno. Inoltre, a sottoporre le condotte precedenti e le condotte successive a norme di conflitto differenti, potenzialmente in grado di condurre all'applicazione di regole di responsabilità civile differenti, si rischia di giungere alla situazione paradossale in cui secondo il diritto applicabile alle condotte precedenti l'11 gennaio 2009 la società non è responsabile, mentre lo è in base al diritto applicabile alle condotte successive a tale data.

---

[63] X.E. KRAMER, *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued*, in *NIPR*, 4 (2008), p. 417.

[64] A favore di questa soluzione, A. HALFMEIER, *Articles 31 and 32 Rome II Regulation*, op. cit.; B. DEN TANDT - M. VERHULST, *The Temporal Scope of the Rome II after* Homawoo, in *European Review of Private Law*, 21 (2013), p. 298. Così sembra anche E.M. KIENINGER, *Conflicts of Jurisdiction and the Applicable Law*, cit., p. 139.

6. Identificazione della legge applicabile e valutazione della possibilità giuridica dell'azione

Un dubbio che può sorgere in relazione ai giudizi di *private climate change tort litigation* è se il giudice adito possa, prima ancora di addivenire alla fase di merito, rigettare la domanda in quanto fondata sull'allegazione di un improbabile nesso causale tra l'azione del convenuto e il danno subito dall'attore. Tale scrupolo fa subito pensare alle condizioni dell'azione, ovvero ai requisiti intrinseci della domanda che il giudice adito deve verificare come sussistenti per poter procedere verso la decisione di merito e non arrestarsi in *limine litis*. Oltre alla legittimazione e all'interesse ad agire, l'azione deve soddisfare il requisito della c.d. possibilità giuridica, ovvero deve esistere una norma che contempli in astratto il diritto fatto valere in giudizio[65]. Dati i notevoli sforzi di normalizzazione che si rendono necessari per far rientrare i casi di *private climate change tort litigation* nella struttura dell'illecito civile, è immaginabile che un purista del diritto privato obietti che non esiste nell'ordinamento una norma che permetta all'attore di far valere il suo diritto nei confronti della società inquinatrice, stante che le regole generali di responsabilità civile consentono di instaurare il giudizio di responsabilità civile nei confronti di colui la cui condotta sia astrattamente in grado di ledere il diritto della vittima.
Data la natura internazionale dei casi di *private climate change tort litigation*, per valutare la possibilità giuridica della domanda dedotta in giudizio risulta indispensabile determinare dapprima la legge applicabile alla fattispecie. Questo perché, per verificare se esiste una norma che contempli in astratto il diritto azionato in giudizio, il giudice deve prima determinare la legge regolatrice del rapporto su cui l'attore fonda la sua pretesa. Detto altrimenti, per valutare l'esistenza di una norma che contempli il diritto azionato in giudizio, il giudice deve prima determinare l'ordinamento all'interno del quale collocarsi per effettuare tale indagine.
Se dunque l'identificazione del diritto applicabile necessariamente precede la valutazione della possibilità giuridica dell'azione, scrupoli di efficienza processuale potrebbero portare a chiedersi se il giudice adito possa evitare di addentrarsi nell'analisi internazionalprivatista se ritiene che la domanda

[65] C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile. Tomo I – Nozioni introduttive e disposizioni generali,* 28ª ed., Torino, 2022, p. 39.

sia del tutto implausibile. A parere di chi scrive, ciò non è possibile. Non solo perché, come visto, per determinare la possibilità giuridica dell'azione occorre preliminarmente identificare l'ordinamento in relazione al quale compiere questa valutazione, ma anche per il fatto che le norme di conflitto non lasciano al giudice adito alcun margine per valutare la plausibilità dell'azione avanzata. Le regole di conflitto del regolamento Roma II, ad esempio, devono trovare applicazione quando i criteri di applicabilità del regolamento e di ciascuna disposizione sono soddisfatti. Nel valutare se l'azione avanzata soddisfa questi requisiti, il giudice adito verificherà se, per il fondamento e le modalità dell'azione e le caratteristiche del caso concreto, la stessa possa dirsi rientrare nel novero delle obbligazioni extracontrattuali in materia civile e commerciale e nella categoria a cui si riferisce ciascuna norma di conflitto, senza poter attribuire rilevanza al fatto che la domanda è *prima facie* implausibile.
Sarà dunque solo in sede di valutazione della sussistenza delle condizioni dell'azione che il giudice adito potrà valutare la possibilità giuridica dell'azione e, nel caso in cui ritenga che nell'ordinamento di riferimento non esiste una norma che contempli in astratto il diritto fatto valere in giudizio, pronunciare una sentenza di rigetto in rito.

7. Conclusioni: la centralità delle norme di conflitto di diritto comune dinanzi alle sfide poste dal cambiamento climatico

Per affrontare il problema del cambiamento climatico, le scienze giuridiche, non meno che le scienze politiche, economiche e ingegneristiche, sono chiamate ad uno sforzo di adattamento se non addirittura di rinnovamento dei loro meccanismi di comprensione e di gestione del reale. Ciascuna branca del sapere è chiamata ad offrire il proprio contributo per l'elaborazione di una risposta che riesca quanto più efficacemente ad affrontare le sfide poste dal cambiamento climatico.
In relazione a questo obiettivo, si è visto come il diritto privato sia chiamato a riflettere sull'opportunità di abbracciare una concezione probabilistica della sussistenza del nesso causale sulla scorta di quanto insegna la scienza dell'attribuzione[66]. Di natura diversa è il contributo richiesto al diritto internazionale privato. Lungi dal dover identificare come rendere

[66] Sul contributo richiesto al diritto processuale civile, vedasi E. GABELLINI, *Note sul contenzioso climatico e le azioni di classe*, cit., §§ 3 ss.

civilmente responsabili i *Global Carbon Majors,* il diritto internazionale privato e, segnatamente, le norme di conflitto sono chiamate ad accrescere la certezza del diritto e la prevedibilità dell'esito della controversia individuando il diritto applicabile.
Come si è visto, le norme di conflitto uniformi del regolamento Roma II non risultano, allo stato, applicabili alle azioni inerenti al danno ecologico e alle azioni inerenti al danno antropico che siano avanzate per illeciti civili continuativi che siano stati provocati da uno o più eventi causali verificatisi prima dell'11 gennaio 2009, quali, per l'appunto, le emissioni cumulative realizzate dai *Global Carbon Majors*. Ciò implica che tanto per l'una quanto per l'altra ipotesi il giudice adito dovrà determinare la legge applicabile in base alle norme di conflitto di diritto comune.
A differenza delle norme di conflitto di cui al regolamento Roma II, le norme di conflitto di diritto interno si applicano a prescindere da quando si sono verificati i fatti che hanno dato origine all'evento dannoso[67]. Inoltre, quando un giudice italiano viene investito di una controversia aventi elementi di internazionalità su cui lo stesso possa validamente pronunciarsi (perché dotato di giurisdizione e perché il convenuto non è immune dalla giurisdizione italiana), lo stesso è tenuto ad avvalersi delle norme di conflitto italiane se, per il fondamento pubblicistico dell'azione, la legge applicabile non può essere determinata in base al regolamento Roma II. Invero, il fatto che una controversia sia esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento Roma II non implica che rispetto alla stessa non possa o non debba più condursi alcuna indagine conflittualistica.
Si pensi alle ipotesi, già ricordate sopra, in cui uno Stato avanza davanti agli organi giurisdizionali civili del proprio paese una domanda di risarcimento dei danni ambientali o di restituzione di costi sostenuti per il ripristino ambientale nei confronti della società estera ritenuta responsabile dell'illecito ambientale. Verificata la sussistenza della propria giurisdizione[68], il giudice adito deve determinare la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale dedotta in giudizio. Stante la presenza di

[67] Ai sensi dell'art. 72, comma 1, della legge italiana di diritto internazionale privato (legge del 31 maggio 1995, n. 218, in G.U. n. 128 del 3 giugno 1995), le disposizioni di questa legge si applicano in tutti i giudizi iniziati dopo la data della sua entrata in vigore, che, ai sensi dell'art. 74, è il 1° settembre 1995.
[68] Per una disamina dei fori utilizzabili nel *private climate change litigation* vedasi E. BENVENUTI, *Climate change litigation e diritto internazionale privato dell'Unione europea*, cit., p. 864 ss.

uno o più elementi di internazionalità, tale indagine non può che essere condotta mediante le norme di conflitto, e, segnatamente, tramite le norme di conflitto di diritto comune, che variano da Stato a Stato.
Se l'art. 62, comma 1, della legge italiana di diritto internazionale privato relativo alla responsabilità per fatto illecito permette al danneggiato, allo stesso modo dell'art. 7 del regolamento Roma II, di chiedere che si applichi la legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno al posto della legge dello Stato in cui si è verificata la lesione (che è la legge oggettivamente applicabile), non così nella disciplina di diritto internazionale privato di altri Stati membri dell'Unione europea[69]. Il fatto che le regole di conflitto di diritto comune di alcuni Stati membri non diano al danneggiato la possibilità di scegliere unilateralmente la legge su cui fondare la sua pretesa potrebbe indurre le società inquinatrici, non più minacciate dall'applicabilità degli standard normativi più elevati per effetto della scelta del danneggiato, a riprendere la corsa al ribasso e a fissare il proprio centro produttivo nello Stato dove gli standard di protezione ambientale sono inferiori. Inoltre, il fatto che le regole di conflitto interne dei diversi Stati membri siano differenti potrebbe indurre le società inquinatrici a promuovere domande di accertamento negativo davanti al giudice le cui norme di conflitto siano a loro favorevoli, così aggiungendo al fenomeno di *seat shopping* appena descritto pratiche di *forum shopping*.
A prescindere da come le si valutino, queste pratiche denotano l'importanza che le norme di conflitto di diritto interno rivestono nel fornire una risposta internazionalprivatistica a fenomeni che, per la loro connotazione *lato sensu* pubblicistica o per essersi svolti in periodi temporali con inizio risalente nel tempo, non rientrano nelle strette maglie delle norme uniformi di conflitto del regolamento Roma II. Pertanto, per

[69] Per esempio, l'art. 48 della legge austriaca di diritto internazionale privato n. 304/1978 (*Gesetz über das internationale Privatrecht – IPR-Gesetz*) stabilisce che la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali derivanti da un illecito non rientranti nell'ambito applicativo del regolamento Roma II è quella scelta dalle parti o, in mancanza, dalla legge del luogo in cui è stata tenuta la condotta causale. È fatta salva l'applicazione della legge dello Stato con cui le persone coinvolte nell'illecito presentano una connessione più stretta; l'art. 99, § 3, del codice belga di diritto internazionale privato del 16 luglio 2004 (*Loi portant le* code *de droit international privé*) prevede che le obbligazioni extracontrattuali derivanti da un danno ai beni o alla persona per effetto di danno ambientale sono regolate dalla legge dello Stato sul cui territorio la lesione si è verificata o rischia di verificarsi; l'art. 26 del codice civile greco del 1981 prevede che le obbligazioni risultanti da un illecito sono regolate dalla legge dello Stato dove la condotta causale è stata compiuta.

quanto il diritto dell'Unione europea prevalga sul diritto interno, le norme di conflitto di diritto comune restano fondamentali nell'affrontare questioni che cadono nelle zone d'ombra del diritto internazionale privato dell'Unione europea. Data la loro importanza, è cruciale che i legislatori nazionali procedano ad un costante aggiornamento e revisione delle norme di conflitto di diritto interno, al fine di renderle funzionali al perseguimento degli obiettivi politici che ciascuno Stato intende perseguire in ambito climatico.

Abstract (ENG): Taking Lliuya v. RWE as a starting point, the present contribution analyses the climate change litigation from a private international law perspective. In particular, it investigates which law applies to tortious actions brought against large polluters, such as the Global Carbon Majors, in front of courts of EU Member States. Because of the material and temporal scope of application of the Rome II Regulation, it is argued that cases relating to damage to the environment and to damage to individuals caused by continuous emissions which started before 11 January 2009 fall outside the scope of application of the Regulation. For both cases residual role is vested upon national conflict of law rules, which national legislators should align to their goals to combat climate change.

Keywords (ENG): Lliuya v. RWE, Climate Change Litigation, Rome II Regulation, Continuous Environmental Torts.

***JUS*-ONLINE 2/2024**
ISSN 1827-7942

ELENA GABELLINI[*]

Note sul contenzioso climatico e le azioni di classe[**]

English title: *Notes on Climate change litigation and class actions*
DOI: 10.26350/18277942_000176

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il concetto di climate change litigation. 3. L'oggetto del giudizio di classe e suoi riflessi con riguardo al contenzioso climatico. 4. Il problema della omogeneità dei diritti. 5. Il limite temporale di applicazione delle azioni di classe: alcune suggestioni. 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Quando si parla di *climate change litigation* si fa riferimento – prendendo in prestito le parole di Giuseppe Chiovenda utilizzate per altre ragioni – a una delle scene «più agitate e complesse della vita sociale»[1] odierna. Infatti, il cambiamento climatico produce effetti sempre più tangibili sulla vita degli individui e della collettività.
Per tale ragione, negli ultimi anni, e in particolare a livello internazionale, si è assistito a una vera e propria proliferazione di detti contenziosi, chiara espressione di come il processo «non *galleggi* più, alto, al di sopra della società, ma vi si *mescoli* perennemente, tendendo a registrare le istanze che dal basso si originano, circolano, reclamano accoglimento a livello ufficiale»[2].

[*] Università degli Studi di Bologna (elena.gabellini4@unibo.it). Si precisa che *"La pubblicazione è stata realizzata da ricercatrice con contratto di ricerca cofinanziato dall'Unione europea - PON Ricerca e Innovazione 2014-2020 ai sensi dell'art. 24, comma 3, lett. a), della Legge 30 dicembre 2010, n. 240 e s.m.i. e del D.M. 10 agosto 2021 n. 1062"*.
[**] Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review* e riprende, sviluppandola e aggiornandola, la relazione tenuta nella prima edizione del laboratorio dei ricercatori del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano "Biancamaria Spricigo" dedicata al tema «*Solidarietà e sostenibilità. Tra diritto positivo e politica del diritto»*. La mia relazione si colloca all'interno del seminario «*Il diritto internazionale privato nel contenzioso relativo agli effetti del cambiamento climatico*».
[1] G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile* I (1894-1937), rist., Milano, 1993, p. 380, il quale utilizzava questa espressione per qualificare il ruolo politico-sociale del processo civile messo in luce nell'opera di Rodolfo Jhering.
[2] P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell'unità d'Italia*, Napoli, 2012, p. 57; per un'ampia analisi si veda anche A. CARRATTA, *La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2 (2017), p. 579 ss.; pone in evidenza questo

Infatti, il ricorso al processo in questa materia è soprattutto il frutto degli insuccessi del diritto sostanziale nel prevedere sistemi vincolati per l'adozione di misure di mitigazione e di adattamento del cambiamento climatico, il quale, oltre a mettere in pericolo gli ecosistemi, nel breve tempo, pone a repentaglio le situazioni soggettive dei singoli[3].
Per siffatta ragione, come dimostra anche l'affine esperienza del contenzioso ambientale[4], nei tempi odierni, si assiste alla necessità di reagire ai danni climatici con strumenti di tutela realmente efficaci anche al fine di prevenire la loro realizzazione.
Le azioni di classe possono essere uno strumento in grado di garantire detto obiettivo, poiché, come è stato condivisibilmente osservato[5], la loro finalità è quella di fungere da deterrente per le imprese[6], a livello economico e pure di opinione pubblica, favorendo un aumento dei controlli interni[7].
Tuttavia, all'interno del nostro ordinamento, sino a poco tempo fa, detto strumento trovava, oltre che una circoscritta, anche una non incisiva applicazione: infatti, l'azione di classe, prima della legge del 12 aprile 2019, n. 31, era uno strumento volto alla protezione dei diritti dei consumatori, quindi era impossibile pensare a una sua attuazione in campo climatico o

percorso con riguardo al diritto al clima A. PISANÒ, *Il diritto al clima,* Napoli, 2022, p. 33 ss.

[3] Sul punto chiaramente A. PISANÒ, cit., p. 80 ss. Per una visione complessiva A. VIVIANI, Climate change litigation*: quale responsabilità per l'omissione di misure idonee a contrastare i cambiamenti climatici?* in *Ambiente e sviluppo,* 7 (2020), p. 599 ss., il quale osserva come spesso lo scopo di tali iniziative giudiziarie sia la loro risonanza mediatica.

[4] Per una analisi di tale profilo, *si vis* E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica: le azioni di classe,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 4 (2022), p. 1105 ss.

[5] Come ribadiscono anche recentemente, B. SASSANI - A.D. DE SANTIS, *L'inammissibilità dell'azione di classe consumeristica e il non «possumus» della Cassazione,* in *Foro it.,* I (2023), c. 159; C. CONSOLO, *L'azione di classe trifasica inserita all'interno del c.p.c.,* in *Riv. dir. proc.,* 2 (2020), p. 719; A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile,* Bologna, 2008, p. 53 ss.

[6] N. LIPARI, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello Stato,* in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2 (2018), p. 637 ss., in part. 643 ss., il quale riconosce che «l'impresa deve porsi il problema della sua socialità (e non a caso si parla di bilancio di sostenibilità, di responsabilità sociale dell'impresa) nel corrente modo di svolgimento della propria attività»; sul punto per una visione comparata N. TROCKER, *Le* class action *negli Stati Uniti: lo stato dell'arte,* in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI e V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee,* Torino, 2020, p. 182.

[7] Più in generale, W. B. RUBENSTEIN, *Why enable litigation? A positive externalities theory of the small claims class action*, in *University of Missouri-Kansas City Law Review,* Vol. 74, 2006, p. 1 ss., reperibile in *www.ssrn.com,* secondo cui il contenzioso di classe costituisce un bene pubblico, in quanto capace di stimolare esternalità positive che vanno a beneficio anche dei soggetti estranei al gruppo dei danneggiati.

meglio in quello ambientale[8], così come dimostravano le limitate applicazioni allora presenti.
Infatti, sotto la vigenza della precedente disciplina era stata paventata la possibilità di poter far ricorso alle azioni di classe solo con riguardo al danno provocato nell'àmbito dell'esecuzione di contratti conclusi mediante moduli e formulari[9].
In tale contesto interpretativo, vi era stata anche una pronuncia del Tribunale di Roma, che, nel 2013[10], aveva dichiarato ammissibile l'azione di classe promossa da alcuni cittadini nei confronti del Comune di residenza, in ragione del fatto che gli attori avevano agito facendo valere il rapporto di utenza del servizio di somministrazione dell'acqua potabile.
Tali problemi applicativi sono oggi superati: infatti, la disciplina delle azioni di classe dovrebbe essere potenzialmente idonea ad accogliere i più importanti contenziosi di massa[11]. Le sue possibilità applicative, però, devono misurarsi con le peculiarità concernenti la sua struttura e in particolare con la natura della situazione giuridica che può essere tutelata.
Infatti, quando si parla di clima, così come di ambiente[12], si invocano posizioni giuridiche diversificate: si tratta di due settori in cui entrano in

[8] Si tratta di due termini che non devono essere sovrapposti, come osserva M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della «giustizia climatica»,* in *DPCE online* http://dx.doi.org/10.57660/dpceonline.2020.965*,* 2 (2020), p. 1345 ss.
[9] G. ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale,* in *Contratti,* 6 (2008), p. 551 ss., il quale ha proposto di applicarla nell'ipotesi di contraenti trasportati con un mezzo rivestito di amianto.
[10] Trib. Roma, (ord.), 2 maggio 2013, in *Onelegale,*(https://www.wolterskluwer.com/it-it/solutions/one/onelegale?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=IT-SEM-GoogleAds-Performance-Legale-[SEARCH]BrandPuro&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw3Za-yBhDRARIsAPWzx8oURbr0l54WJAiEMGOHMsy2jvPO659Q2AHetSFxJZFmJsGbQM06t5AaAhXbEALw_wcB - ultimo accesso 7 maggio 2024).
[11] In verità, detta disciplina, almeno per quanto riguarda l'istituto dell'azione collettiva inibitoria, ha già trovato una prima applicazione. Infatti, undici individui, nel luglio 2021, hanno promosso una azione inibitoria collettiva contro Acciaierie Italiane (*ex* Ilva) volta a ottenere un'ingiunzione per la protezione dei «diritti omogenei» dei residenti di Taranto e dei comuni limitrofi. In particolare, i ricorrenti hanno richiesto la protezione del loro diritto alla salute, del loro diritto alla serenità e tranquillità nella conduzione delle loro vite e del loro diritto al clima. Per un'ampia disamina si veda A. PISANÒ, *Global Prospectives on Comporate Climate Legal Tactis: Italy National Report,* p. 12 ss., consultabile in *www.biicl.org/documents/12147_global_perspectives_on_corporate_climate_legal_tactics_italy_national_report_v1.pdf* (ultimo accesso 7 maggio 2024).
[12] D. BONATO, *La tutela dell'ambiente secondo la l. n. 349 del 1986,* in L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi,* Torino, 2003, p. 314 ss.; C. SALVI, *La tutela civile dell'ambiente: diritto individuale o interesse collettivo?,* in *Giur. it.,* 5 (1980), c. 868 ss.; P. MADDALENA, *Il diritto all'ambiente come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse generale della collettività,* in *Cons. Stato,* 3 (1983), p.

gioco beni idonei a soddisfare più pretese reciprocamente incompatibili e, al contempo, in grado di proiettare la loro lesione, oltre che sulle posizioni giuridiche di singoli soggetti, anche su cerchie indeterminate e indeterminabili di soggetti interessati, fino alle future generazioni.
Dunque, nelle pagine che seguono, è mio intento verificare se e come le azioni di classe possano costituire, all'interno del nostro ordinamento, uno strumento utile per far fronte ai danni causati dal cambiamento climatico.

2. Il concetto di *climate change litigation*

Prima di verificare se la disciplina interna delle azioni di classe possa offrire adeguata tutela alle situazioni giuridiche soggettive violate dai cambiamenti climatici, è necessario definire cosa si intenda con l'espressione *climate change litigation*.
Con essa si fa riferimento a un'ampia categoria di ipotesi[13], che si differenziano per ampiezza delle tipologie di azioni, di titoli, di domande e di parti processuali[14].
Con riguardo a questo ultimo aspetto, è possibile distinguere il contenzioso climatico fra Stati[15] da quello in cui gli attori sono privati cittadini.
In relazione a questa ultima fattispecie, si devono ulteriormente differenziare le azioni contro lo Stato o gli enti pubblici (le c.d. *public climate change litigations*)[16] da quelle contro le imprese (le c.d. *private climate change litigations*)[17].

427 ss.; pone in evidenza la differenza con l'ambiente, M. CARDUCCI, voce *Cambiamento climatico,* in AA. VV., *Dig. disc. pubbl. [Agg.],* Torino, 2021, p. 69.
[13] Come pone in luce S. MARINO, *La climate change litigation nella prospettiva del diritto internazionale privato e processuale,* in *Riv. dir. int. priv. proc.,* 4 (2021), p. 899 ss.; A. HENKE, in S. VINCRE – A. HENKE, *Il contenzioso «climatico»: problemi e prospettive,* in *Riv. BioDiritto,* 2 (2023), p. 139.
[14] Per un interessante affresco di tutte queste distinzioni si rinvia a G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4 (2021), p. 1278 ss.
[15] Paventata da alcuni piccoli Stati insulari del Pacifico che rischiavano di scomparire a causa dell'innalzamento del livello del mare, come riporta S. MELJEAN-DUBOIS, *Climate change litigation,* in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law,* June (2019), §§ 14 ss.
[16] G. GANGULY, J. SETZER, V. HEYVAERT, *If at First you Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change*, in *Oxford Journ. Legal St.,* (2018), p. 1 ss., consultabile in *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3360558* (ultimo accesso 7 maggio 2024).
[17] A. FOERSTER, *Climate justice and corporations*, in *King's Law Journ*., vol. 30 (2019), reperibile in *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3452389* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

Rientrano nella prima categoria sia le azioni intentate contro gli Stati in base ad obblighi internazionali, convenzionali o unionali assunti sia quelle fondate su clausole generali di responsabilità civile[18]. Diversamente, fanno parte della seconda ipotesi le domande promosse contro le imprese inquinanti per presunte violazioni dei diritti umani e le azioni con cui lo Stato intende recuperare dall'impresa i costi conseguenti alla bonifica ambientale[19].

Le domande intentate contro le società private per asserite violazioni di posizioni giuridiche soggettive si fondano sull'assunto che l'attività dei c.d. *Global Carbon Majors* contribuisce, in modo attivo e omissivo, al cambiamento climatico, danneggiando conseguentemente i diritti dei soggetti privati richiedenti tutela giurisdizionale. In tal caso, il clima, da oggetto della domanda, diviene un elemento della fattispecie dei diritti di cui, di volta in volta, si chiede la tutela[20].

Prescindendo dal nostro dettato costituzionale, il quale esplicitamente afferma che l'iniziativa economica «non può svolgersi [...] in modo da creare danno alla salute e all'ambiente» (art. 41), numerosi testi legislativi europei pongono in relazione il cambiamento climatico e l'impatto che esso provoca sulla vita umana e sui diritti fondamentali dell'uomo[21]. In tal senso si pone, ad esempio, lo schema proposto dal *Center for international Environmental Law,* dove si fa riferimento alla lesione, per tale causa, di un gran numero di diritti, quali, ad esempio, quello alla vita, alla salute, all'acqua ma anche allo stile di vita e al diritto di proprietà[22].

Negli ultimi anni i contenziosi promossi contro le imprese inquinatrici hanno avuto uno sviluppo esponenziale[23]. Fra essi si può ricordare la nota

[18] Sul punto ampliamente M. CARDUCCI, voce *Cambiamento climatico,* cit., p. 66.

[19] Se tale distinzione connota la disciplina delle *climate change litigations,* bisogna rilevare che recentemente è stata intentata anche un'azione (Alta Corte Giust. Londra, 12 maggio 2023, causa *ClientEarth* c. *Shell PLC e altri*, in *Foro it.,* IV (2024), c. 45 ss., con nota di S. BRUNO e M. MANNA) nei confronti degli amministratori di una società privata per non avere approvato un piano strategico idoneo a gestire i rischi climatici.

[20] Come pone in luce J. PEEL – H.M. OSOFSKY, *A Right Turn in Climate Change Litigation?,* in *Trans. Env. Law,* 7 (2018), p. 38 e p. 55 ss.; E. GUARNA ASSANTI, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda,* in *Federalismi.it,* 17 (2021), p. 66 ss.

[21] Per una esaustiva analisi si rinvia a A. PISANÒ, *Il diritto al clima,* cit., p. 114 ss.

[22] Come ricordano S. VINCRE, in S. VINCRE - A. HENKE, *Il contenzioso «climatico»,* cit., p. 143.

[23] In un primo momento essi hanno avuto numerose difficoltà ad imporsi; per una panoramica S. MCINERNEY- LANKFORD, *Climate Change and Human Rights: An Introduction to Legal Issues*, in *Harvard Environmental Law Review,* Vol. 33 (2009), p. 431 ss.

vicenda *Llyula c. RWE AG*[24], nella quale un cittadino peruviano aveva adito il giudice tedesco contro un importante colosso dell'energia, al fine di far dichiarare la responsabilità di quest'ultimo, che ancora non aveva rinunciato all'uso del carbone, per il surriscaldamento globale e conseguentemente per aver messo in pericolo la sua proprietà. Nello specifico, oggetto della domanda era il diritto al risarcimento del danno patrimoniale, consistente nelle spese per erigere delle fortificazioni volte a contenere le acque di un lago[25]. Si può altresì ricordare la vicenda *Smith v. Fonterra Co-Operative Group Limited*[26], promossa da un cittadino della Nuova Zelanda contro diverse imprese ritenute responsabili dei gas serra, tra cui un caseificio, una centrale elettrica e una raffineria di petrolio. Infine, si può menzionare anche la nota sentenza dell'*Hague District Court* che ha condannato la società *Shell* a ridurre le emissioni globali di CO_2 del 45% entro il 2030[27].

Nel nostro ordinamento, invece, oltre al noto caso, esulante, però, dal tipo di contenzioso citato, «Giudizio universale»[28], conclusosi recentemente

[24] Per la ricostruzione dell'intera vicenda, si veda *https://climate-laws.org/geographies/germany/litigation_cases/luciano-lliuya-v-rwe* (ultimo accesso 7 maggio 2024); per una approfondita analisi E. D'ALESSANDRO, Climate change litigation*, ovvero la nuova frontiera della tutela giurisdizionale: il processo come strumento per combattere i cambiamenti climatici,* in *Le pag. de l'aula civ.,* 2 (2020), p. 51 ss.

[25] Sul tema, C. BENINI, *Sui giudizi di responsabilità civile intentati contro i c.d.* Global Carbon Majors: *riflessioni internazionalprivatistiche a margine della climate change litigation,* in questa rivista, che ho avuto l'opportunità di leggere per gentile concessione dell'autrice.

[26] Per la ricostruzione della vicenda, *https://climate-laws.org/geographies/new-zealand/litigation_cases/smith-v-fonterra-co-operative-group-limited* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[27] *The Hague District Court*, 26 maggio 2021, disponibile in *https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[28] La causa denominata «Giudizio universale» riguarda una controversia intentata da alcune associazioni che si occupano di tutela dell'ambiente e da un folto gruppo di privati contro lo Stato italiano, chiamato a rispondere a titolo di responsabilità extracontrattuale e/o responsabilità custodiale. In particolare, gli attori chiedono, in via principale, di accertare la responsabilità *ex* art. 2043 CC o, in via subordinata, *ex* art. 2051 CC dello Stato italiano e per l'effetto condannarlo all'adozione di ogni necessaria iniziativa volta all'«abbattimento, entro il 2030, delle emissioni nazionali artificiali di CO_2 nella misura del 92% rispetto ai livelli del 1990, ovvero in quell'altra, maggiore o minore, in corso di *causa accertanda*». Per una visione completa della causa, si veda il link *https://giudiziouniversale.eu/la-causa-legale/* (ultimo accesso 7 maggio 2024); diversamente, per un'ampia disamina critica, G. PULEIO, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico,* in *Persona e mercato,* 3 (2021), p. 491 ss.

con una pronuncia di rigetto[29], si deve ricordare che nel maggio scorso è stata intentata da una ONG e da un gruppo di privati cittadini, dinanzi al Tribunale di Roma, una causa contro una società leader nel settore energetico (ENI), nonché contro il Ministero dell'Economia e delle Finanze e la Cassa Depositi e Prestiti s.p.a., in qualità di azionisti che eserciterebbero un'influenza dominante sulla società energetica. Gli attori hanno chiesto al giudice di dichiarare la responsabilità solidale dei convenuti per presunti danni alla salute, alla proprietà e, più in generale, alla qualità della vita, nonché per aver messo, e aver continuato a mettere, in pericolo gli stessi ricorrenti per effetto delle conseguenze del cambiamento climatico.
Gli attori hanno anche formulato una domanda di condanna nei confronti dei convenuti, affinché questi ultimi limitino il volume annuo aggregato di tutte le emissioni di gas serra in atmosfera in maniera tale che le emissioni vengano ridotte di almeno il 45% a fine 2030 rispetto ai livelli del 2020[30].
Questo genere di contenziosi[31], specialmente con riguardo ai profili inerenti alla richiesta di risarcimento del danno[32], pur non ponendo rilevanti problemi sotto il profilo della giustiziabilità delle situazioni soggettive azionate e quello della legittimazione ad agire[33], come invece si

[29] Trib. Roma, 26 febbraio 2024, consultabile in *https://www.ambientediritto.it/giurisprudenza/tribunale-di-roma-sez-2-civile-26-febbraio-2024/* (ultimo accesso 7 maggio 2024), il quale ha respinto le domande attoree rilevando il difetto assoluto di giurisdizione, dando atto del fatto che, attraverso un'azione risarcitoria extracontrattuale, gli attori hanno cercato di imporre giudizialmente scelte politiche riservate al legislatore e all'esecutivo per il raggiungimento degli obiettivi assunti a livello internazionale ed europeo (nel breve e lungo periodo).
[30] La documentazione relativa a questa causa è consultabile presso il sito internet della società al seguente *link*: *https://www.eni.com/it-IT/media/causa-eni-greenpeace-recommon.html* (ultimo accesso 7 maggio 2024). Per un'ampia disamina, si veda anche A. PISANÒ, *Global Prospectives on Comporate Climate Legal Tactis: Italy National Report,* cit., p. 6 ss.
[31] Essi, peraltro, assumo spesso connotati transfrontalieri, creando numerose difficoltà applicative, come pone in luce C. BENINI, *Sui giudizi di responsabilità civile,* cit., par. 6 ss.
[32] Un discorso diverso, invece, deve essere svolto qualora i ricorrenti propongano alla società privata una domanda di riduzione delle emissioni. In tale caso, così come si verifica qualora la domanda sia rivolta contro i governi generalmente si sostiene che non spetta al potere giurisdizionale plasmare la politica climatica. Per ampi approfondimenti, si veda S. VALAGUZZA, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?,* in *Dir. proc. amm.,* 2 (2021), p. 293 ss. ed altresì G. GHINELLI, *Standing, Justiciability, and Burden of Proof in Climate Litigation: Challenges and Proposals,* in *Yearbook of Socio-Economic Constitutions,* editor E. Storskrubb, Springer, (2023), p. 169 ss. e anche p. 175.
[33] A cui si aggiunge anche il profilo della legittimazione ad agire, poiché il riconoscimento di un c.d. «diritto al clima stabile» o meglio alla «salute climatica» impone di individuare chi sia il soggetto legittimato a chiederne tutela. Sul punto si veda M. CARDUCCI, voce

verifica, per lo più, con riguardo alle *public climate change litigations*[34], sollevano rilevanti questioni in merito alla possibilità di dimostrare il nesso di causalità, fattuale e giuridico, tra la condotta tenuta dal soggetto convenuto e l'impatto sullo stato climatico che avrebbe a sua volta determinato i danni a cose o persone[35].
La disciplina di tale profilo acquista una valenza peculiare nelle azioni di classe, come si avrà modo di osservare nel prosieguo.

3. L'oggetto del giudizio di classe e suoi riflessi con riguardo al contenzioso climatico

Il legislatore del 2019 individua un bacino applicativo della azione di classe molto ampio[36]: come dimostra anche il suo inserimento all'interno del CPC[37], essa assume una valenza generale, in grado di abbracciare tutte le aree della responsabilità civile, per far fronte a condotte plurioffensive, inerenti all'esercizio di un'attività di impresa o alla gestione di servizi pubblici o di pubblica utilità. Detto strumento, inoltre, è diretto all'«accertamento della responsabilità», nonché alla «condanna al risarcimento del danno e alla restituzione», la quale, come prescrive, a sua volta, l'art. 840-*octies*, comma 5°, CPC, può riguardare non solo somme di denaro, ma anche «cose».
Dal lato attivo, invece, si è optato per una legittimazione diffusa: può agire in giudizio qualsiasi soggetto portatore di un diritto individuale omogeneo

Natura (diritti della), in *Dig. disc. pubbl. [Agg.],* Torino, (2017), p. 516, il quale ricorda le diverse esperienze con riguardo all'azionabilità dei diritti della natura. In particolare, oltre a citare le forme di legittimazione delle associazioni ambientalistiche, menziona la figura del difensore ambientale e di ipotesi di litisconsorzio processuale attraverso la figura del c.d. *amicus curiae*.

[34] Tali profili costituiscono il cuore delle argomentazioni del Tribunale di Roma, che, come ho già ricordato, ha rigettato le domande nel noto caso «Giudizio Universale».

[35] Come pone anche in luce G. GHINELLI, *Standing, Justiciability,* cit., p. 158.

[36] Come osserva R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire,* in B. SASSANI (a cura di) Class action. *Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31,* 2019, Pisa, p. 7. Concorda su tale aspetto anche D. AMADEI, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 5 (2019), p. 1052, il quale, però, osserva che l'espressione «condotta lesiva» risulta più adatta all'illecito aquiliano che all'inadempimento contrattuale.

[37] A tale generale disciplina si affianca quella di carattere speciale relativa alle azioni rappresentative, nazionale e transfrontaliera, a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, riformate dal d. lgs. n. 28 del 10 marzo 2023, il quale ha determinato una importante novellazione del codice del consumo (d. lgs. n. 206 del 6 settembre 2005), in cui si aggiungono gli articoli da 140-*ter* a 140-*quaterdecies*.

rispetto a quello degli altri individui, che sia in grado di rappresentarli nel loro insieme, così come si ricava dall'art. 840-*ter,* comma 4°, CPC[38].
È, inoltre, sancita la legittimazione ad agire degli enti esponenziali, e nello specifico, di «organizzazioni e associazioni iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia» i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei diritti individuali omogenei[39].
Alcuni autori ritengono che gli enti esponenziali siano dotati di una legittimazione straordinaria *ope legis*: infatti, essi possono agire per la tutela degli interessi dei singoli, pregiudicati dalla condotta illecita, solo se risulta la loro iscrizione in un apposito elenco ministeriale[40]. Secondo altri[41], invece, tali enti godono di una legittimazione ad agire *iure proprio* che si aggiunge a quella del danneggiato.
Benché dall'art. 840-*bis* CPC si ricavi che oggetto dell'azione di classe siano sempre i diritti individuali omogenei, anche qualora ad agire siano gli enti esponenziali[42], a diverse conclusioni si deve giungere qualora si volga l'attenzione all'art. 840-*sexies* CPC, il quale stabilisce che le associazioni e le organizzazioni possono agire solo per conseguire l'accertamento della responsabilità del resistente.
Da qui, il fiorire di diverse esegesi: secondo alcuni oggetto dell'accertamento e del giudicato è una mera questione di fatto[43] che, assume rilevanza per una pluralità di diritti e, quindi, di processi.
In tale caso, qualora l'azione di classe venga esperita da un'organizzazione o un'associazione, essa diviene, però, l'unica forma di tutela possibile.

[38] Previsione molto criticata da una parte della dottrina, A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe,* in *Riv. dir. proc.,* 6 (2019), p. 1581 ss.
[39] È stato pubblicato nell'aprile del 2022 il regolamento in materia di disciplina dell'elenco pubblico delle organizzazioni e delle associazioni richiamate dall'art. 840-*bis* CPC La pubblicazione di tale normativa completa il nuovo quadro delle azioni di classe.
[40] I. PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva,* in *Foro it.,* V (2019), c. 2330; D. AMADEI, *Nuova azione di classe,* cit., p. 1054; F. AULETTA, *Diritto giudiziale civile,* Bologna, 2023, p. 256.
[41] M. L. GUARNIERI, in U. COREA E M.L. GUARNIERI, *Lineamenti processuali della nuova azione di classe,* in *Judicium,* 4 (2021), p. 437.
[42] Già in questo senso sotto la previgente disciplina: R. CAPONI, *Variabilità dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria),* in *Riv. dir. proc.,* 1 (2009), p. 50 ss.; ID., *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 3 (2008), p. 822 ss.
[43] Sul punto ampliamente M. BOVE, *L'oggetto del processo «collettivo» dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria,* in *Il giusto proc. civ.,* 3 (2008), p. 842 ss.

Altri autori[44] evidenziano che oggetto dell'azione di classe è sempre una pluralità di diritti individuali omogenei e non interessi collettivi e diffusi[45], tanto da giungere a rilevare che la persona giuridica, quando agisce in giudizio, deve sempre individuare nominativamente i titolari dei diritti la cui tutela vuole assicurare tramite l'azione.
In tale caso la sentenza emessa ai sensi dell'art. 840-*sexies* CPC avrà ad oggetto una condanna generica[46].
Un'altra corrente interpretativa[47], invece, compiendo un discorso di più ampio respiro, reputa che l'elemento unificante posto alla base tanto dell'art. 840-*bis* quanto dell'art. 840-*sexiesdecies,* CPC, sia l'obbligo di comportamento imposto alle imprese e ai gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità. Infatti, tale obbligo costituisce la regola di condotta, ad attuazione necessariamente unitaria e come tale suscettibile di estendersi a terzi già nel suo contenuto precettivo di accertamento, che permette l'estensione del giudicato favorevole *ex* art. 1306 CC, da spendere anche nell'azione di classe.
Si tratta di una lettura pregevole, poiché in grado di garantire l'uniformità del sistema[48]. Se, con riguardo all'azione inibitoria mi pare un'esegesi calzante, in merito all'azione di classe, ritengo opportuno precisare che oggetto di essa, pur convenendo che l'elemento caratterizzante rimanga

---

[44] C. CONSOLO, *L'azione di classe,* cit.*,* p. 721; D. AMADEI, *Nuova azione di classe,* cit.*,* p. 1054.
[45] In questo senso G. FINOCCHIARO, *Ammesse azioni nei confronti della Pa e in sede penale,* in *Guida al dir.,* 23 (2019), p. 26, il quale rileva che una diversa esegesi appare irragionevole. Osserva P.F. GIUGGIOLI, *L'azione di classe,* Milano, 2019, p. 39, che le organizzazioni e le associazioni sono titolate di legittimazione per la tutela di interessi collettivi.
[46] Così C. CONSOLO, *L'azione di classe,* cit.*,* p. 719. Dubbi sulla possibilità di parlare di condanna generica, seppure nella previgente disciplina, R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori,* Napoli, 2011, p. 311 ss.
[47] I. PAGNI, *L'azione inibitoria,* cit.*,* pp. 2333 e 2334; ID., *Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti,* in A. BARBA (a cura di), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti,* Napoli, 2000, p. 167. In questo senso già prima G. COSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile,* in AA. VV., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. Atti del Convegno di Pavia 11-12 giugno 1974,* Padova, 1976, p. 233 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari per uno studio della tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario,* in *Dir. giur.,* 6 (1974), p. 278 ss.
[48] In verità anche la prima lettura proposta crea un ponte tra azione inibitoria e di classe, ma qualora quest'ultima sia proposta da un ente apre inevitabilmente al giudicato su questioni. Se la lettura offerta consente di garantire la razionalità del sistema, non bisogna dimenticare che l'azione di classe e quella inibitoria vengono costruite in modo autonomo, tanto che, se l'azione inibitoria collettiva viene proposta insieme a un'azione di classe, le due cause devono essere separate (art. 840-*sexiesdecies* CPC).

l'obbligo di comportamento, è sempre il diritto individuale omogeneo. Il diritto seriale (*rectius* l'obbligo di comportamento) viene in gioco come rapporto pregiudiziale, coperto dal giudicato solo in presenza di domanda di parte, *ex* art. 34 CPC.
La bontà di tale conclusione si rinviene nel dettato dell'art. 840-*bis* CPC da dove emerge che le menzionate persone giuridiche agiscono non per la tutela di una propria situazione sostanziale ma per quella dei singoli[49].
Dunque, tali enti agiscono in nome proprio ma per diritti altrui, che sono quelli di coloro che hanno svolto o svolgeranno adesione, prima o dopo la sentenza.
Peraltro, la vocazione principale della prima fase, che si chiude con il provvedimento emesso ai sensi dell'art. 840-*sexies* CPC, è l'accertamento della lesione dei diritti individuali omogenei realizzata mediante il mancato rispetto di un obbligo di comportamento gravante su determinati soggetti.
Ne consegue che l'oggetto dell'azione di classe non sarà mai una pluralità di interessi collettivi, a differenza di quanto potrebbe accadere nell'azione inibitoria[50], dove permane il richiamo alla tutela di tali posizioni.

[49] Infatti, il legislatore, dopo aver individuato al primo comma della norma l'àmbito applicativo dello strumento processuale in questione, ovvero i diritti individuali omogenei, precisa, nell'*incipit* del secondo comma, che «a tal fine» possono agire sia ciascun componente della classe sia un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendono la tutela dei predetti diritti.

[50] Come già poneva in luce G. ALPA, *L'art. 140*-bis *del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2 (2010), p. 385; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140*bis *c. cons.,* in *Riv. dir. proc.,* 3 (2010), p. 597; S. MENCHINI, in S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 140* bis, in *htpps://www.judicium.it* (ultimo accesso 7 maggio 2024), §§ 2; mette in evidenza l'ambiguità della formulazione, D. DALFINO, *Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840 bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni,* in *Foro it.,* V (2019), c. 324. Sulla nuova disciplina si veda il commento di A. TEDOLDI – G.M. SACCHETTO, *La nuova azione inibitoria collettiva* ex *art. 840* sexiesdecies *c.p.c.,* in *Riv. dir. proc.,* 1 (2021), p. 230 ss., e D. AMADEI, *La nuova azione inibitoria collettiva,* in Class action, cit., p. 230 ss., che pone in evidenza come detta azione sia anfibia: da un lato individuale, esercitabile da «chiunque abbia interesse» e dall'altro collettiva, riconoscendosi la legittimazione delle «organizzazioni e delle associazioni senza scopo di lucro». Queste ultime agiscono *iure proprio,* grazie a una situazione sostanziale creata dalla norma stessa. Tuttavia, è opportuno precisare che anche quando agisce il singolo l'interesse tutelato è quello della collettività. Infatti, il valore aggiunto della nuova normativa (l'unico che giustifica la sua disciplina, esistendo già per il singolo il potere di ottenere un'inibitoria, come osserva A. MOTTO, *Note per uno studio sull'azione di condanna nella giurisdizione civile,* in *Riv. dir. civ.,* 4 (2015), p. 911) è quello di consentire al singolo di ottenere un ordine di cessazione o divieto di reiterazione di condotte omissive o commissive riguardanti una pluralità di individui o enti. In altri termini, egli ottiene una tutela inibitoria a proprio vantaggio, ma, una volta attuata, essa è in grado di esplicare effetti anche nei confronti di tutti gli altri coinvolti dagli stessi comportamenti. Per una visione generale, seppure nel contesto antecedente

Ciò posto, l'azione di classe potrà essere esperita solo qualora possa essere fatto valere un pregiudizio ad un diritto individuale.
La dimensione collettiva, però, non è completamente esclusa: la promozione dell'azione deve rispondere all'esigenza di tutelare un interesse della classe [51], la quale è la vera titolare dell'azione[52].
La bontà dell'esegesi accolta con riguardo all'oggetto del processo impone, però, una dovuta precisazione qualora ad agire sia l'ente privo di mandato da parte del titolare del diritto individuale omogeneo, ipotesi oggi ammessa a differenza della previgente disciplina. In tale ipotesi, è inevitabile concludere che oggetto del processo può essere solo il diritto seriale violato, a meno che non si ritenga, come è stato invece prospettato, che gravi sulla persona giuridica attrice l'obbligo, pur sempre, di individuare nominativamente i titolari (anche uno solo) dei diritti la tutela dei quali si vuole assicurare tramite l'azione di classe[53].
Calate dette osservazioni nel contesto delle *climate change litigations* è evidente che non vi sono ragioni per negare, almeno in via teorica, la possibilità di fare ricorso alla tutela di classe, qualora essa sia ancorata a diritti soggettivi violati[54] da un'impresa o da un ente gestore di un pubblico servizio o di pubblica utilità. In tal caso, trattandosi di una mera azione risarcitoria la pronuncia del giudice non potrà riguardare alcuna attività di ripristino.
Diversamente, tramite essa non può ricevere tutela un interesse collettivo e/o diffuso o comunque un *global common*[55], come è solito essere qualificato il clima.

---

a quello in questa sede esaminato, D. AMADEI, *L'azione collettiva inibitoria,* Torino, 2018, p. 82 ss. e in part. p. 99.
[51] Tuttavia, la normativa non prevede di verificare la *numerosity*, come osserva P.F. GIUGGIOLI, *L'azione di classe*, cit., p. 33 ss.
[52] Come pone in luce, R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire,* cit., p. 28 ss. e ancora prima A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva,* Napoli, 2013, p. 577; S. MENCHINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, cit., p. 85, il quale precisa che l'interesse collettivo non costituisce l'oggetto del processo, ma ha un ruolo meramente strumentale, in quanto consente l'accesso alla tutela.
[53] D'altro canto, la legittimazione solo individuale presuppone, come è stato osservato (M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali,* in Class action*: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia,* cit., p. 32) un assetto sociale in cui i singoli si attivino, oltre che per tutela i propri diritti, anche per soddisfare interessi comuni ad altri soggetti. Tale «individualismo altruistico» non è, però, tipo della nostra cultura.
[54] E. NAVARRETTA, voce *Diritti inviolabili e responsabilità civile,* in *Enc. dir., Annali*, VII (2014), p. 343 ss.
[55] Sul punto, M. CARDUCCI, voce *Cambiamento climatico,* cit., p. 72.

Detta limitazione, invece, non dovrebbe operare nell'ipotesi di azione inibitoria collettiva, la quale, essendo finalizzata ad «ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva», è concepita per reagire alla lesione di interessi effettivamente collettivi (*rectius* diffusi)[56]. Dunque, essa potrebbe essere idonea a proteggere il bene «clima»[57].
Tuttavia, pare certo che, secondo la normativa vigente, né l'azione collettiva risarcitoria né quella inibitoria possano essere utilizzate nell'ipotesi di *climate change litigation* contro lo Stato, poiché il loro ricorso impone che la domanda sia proposta «nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività».

4. Il problema della omogeneità dei diritti

Mettendo da parte i profili concernenti l'azione collettiva inibitoria, l'effettiva applicabilità dell'azione di classe all'interno dell'àmbito individuato dipende dalla possibilità di identificare concretamente una classe e, quindi, di offrire una definizione del concetto di omogeneità del diritto.
Detto requisito, mutuato dal diritto brasiliano, non possiede alcuna connotazione ontologica e non trova riscontro nel nostro ordinamento se non nella disciplina dell'azione di classe[58]. Stante l'assenza di indicazioni univoche, detto termine ha sollevato diverse difficoltà esegetiche, acuite dalla nota ordinanza della Corte di cassazione del 2019, praticamente coeva

[56] Sul concetto di interessi diffusi e interessi collettivi la letteratura è molto amplia. A titolo esemplificativo, si ricordi V. VOCINO, *Sui cosiddetti interessi diffusi,* in *Studi in memoria di Salvatore Satta,* II, Padova, 1982, p. 1879 ss.; V. DENTI, voce *Interessi diffusi,* in *Noviss. dig. it., App.* IV (1983), p. 305 ss. il quale ritiene, in verità, che si possa parlare di interessi collettivi solo in relazione agli interessi di categoria. Ancora prima M.S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi,* in AA. VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi,* Padova, 1976, p. 23 ss.; N. TROCKER, voce *Interessi collettivi e diffusi,* in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 1; C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi,* in *Riv. dir. proc.,* 3 (2002), p. 647.
[57] Come pone in evidenza S. VINCRE, in S.VINCRE – A. HENKE, *Il contenzioso «climatico»,* cit., p. 147.
[58] Come osserva anche M. LORENZOTTI, *Azione di classe e diritti individuali omogenei: opportunità o limite?* in *Contratti e impresa,* 2 (2022), p. 682 ss.

all'entrata in vigore della nuova legge, che ha gettato ombre sulla effettiva applicabilità delle azioni di classe[59].

Secondo l'opinione maggioritaria sorta sotto la vigenza della precedente disciplina, si possono definire come omogenei quei diritti che trovano il loro fondamento nella medesima «azione o omissione o condotta abituale di un medesimo convenuto» [60]; sono cioè caratterizzati da una identità di questioni di fatto e di diritto[61], ovvero da una medesima *causa petendi* [62].

Una nozione così ampia della categoria postula l'ingresso nel giudizio di classe delle questioni cc.dd. personali o differenziate[63].

Per siffatta ragione, gran parte della dottrina, richiamando il criterio della *predominance* di cui alla *Rule* 23, lett. *b*, n. 3 delle *Federal Rules of Civil Procedure*, ha cercato di superare queste storture affermando che nel giudizio di classe possano ricevere tutela solo le liti caratterizzate da un elevato tasso di serialità, ovvero sostanzialmente «isomorfe»[64], in ragione dell'assoluta prevalenza delle questioni comuni su quelle personali[65].

Altri interpreti, invece, ritenendo fondamentale che il giudice, nell'accertare la responsabilità del convenuto, dovesse stabilire il «criterio

---

[59] Cass., 31 maggio 2019, n. 14886, in *Riv. dir. proc.,* 1 (2020), p. 356 ss., nt. A. GIUSSANI. Manifesta perplessità con riguardo a questa pronuncia anche B. SASSANI, *Presentazione,* in Class action, cit., p. IX.

[60] Come sintetizza A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140*bis *c. cons.,* cit., p. 597

[61] M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1 (2011), p. 115; parla di identità totale, R. POLI, *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe,* in *Riv. dir. proc.,* 1 (2012), p. 38 ss.

[62] G. CONTE, *I «diritti individuali omogenei» nella disciplina dell'azione di classe,* in *Riv. dir. civ.,* 5 (2011), p. 611.

[63] A. GIUSSANI, *Aggregazione di cause e aggregazione di questioni nel contenzioso di serie,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4 (2016), p. 1279 ss.

[64] Cfr. S. MENCHINI, in S. MENCHINI-A. MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140*-bis *c. cons.,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 6 (2010), p. 1420 ss.; M. BOVE, *La trattazione nel processo di classe,* in *Il giusto proc. civ.,* 1 (2011), p. 93, il quale ritiene che le pretese individuali omogenee sono quelle in cui «le questioni comuni dovrebbero essere esclusive o almeno prevalenti»; I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140*-bis: *le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda,* in *Riv. dir. civ.,* 4 (2010), p. 363, la quale reputa che occorra «dilatare gli spazi del controllo giudiziale fino a bloccare azioni che non presentano caratteristiche di serialità, tali da giustificare il ricorso al non semplice processo di classe»; M. DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria «di classe»: profili sistematici e processuali,* in *Resp. civ. prev.,* 10 (2010), p. 1944; R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato»,* cit., p. 836.

[65] C. CONSOLO, *Tutela giurisdizionale dei crediti «per adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori,* in *Resp. civ. prev.,* 9 (2008), p. 1701 ss.; S. BOCCAGNA, *Art. 140*-bis, *commi 6,7,8,9,* in E. CESARO E F. BOCCHINI (a cura di), *La nuova* class action *a tutela dei consumatori e degli utenti. Commentario all'art. 140* bis *del Codice del consumo,* Padova, 2012, p. 171 ss.

omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme»[66], ha sostenuto l'inapplicabilità dell'azione di classe con riguardo a quei danni caratterizzati da un elevato carattere di personalità[67].
Detta conclusione ha condotto diversi interpreti[68] a rilevare che i danni alla salute difficilmente possono trovare tutela attraverso l'azione di classe, poiché essi tipicamente necessitano, ad esempio, di un'indagine circa lo stato di salute iniziale di ciascun danneggiato[69].
Al contempo, sono stati sollevati numerosi dubbi in merito alla risarcibilità del danno morale ed esistenziale, per i quali occorre valutare una molteplicità di variabili che riguardano spesso in modo esclusivo ciascuno degli appartenenti alla classe. In tale filone interpretativo, come già anticipato, si inserisce una particolare pronuncia della suprema Corte[70], nella quale si precisa che la tutela di classe rimane compatibile con il risarcimento dei danni non patrimoniali[71] qualora, in relazione a questi ultimi, siano posti in risalto i tratti comuni a tutti i membri della classe (purché adeguatamente specificati e provati).
È evidente che tale esegesi incida sull'accesso alla giustizia qualora nei contenziosi oggetto di esame si richieda la tutela dei danni inerenti ai diritti

[66] M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette,* in Class action: *il nuovo volto della tutela collettiva in Italia,* cit., p. 246.
[67] In questa direzione, F. BENATTI, *Il danno nell'azione di classe,* in *Danno resp.,* 1 (2011), p. 20; L. NIVARRA, *L'azione collettiva risarcitoria ed il diritto antitrust,* in A. M. GAMBINO e V. FALCE (a cura di), *Lineamenti giuridici-economici dell'azione di classe,* Roma, 2010, p. 173. In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, si rimanda a: Trib. Milano, 9 dicembre 2013; Trib. Roma, 11 aprile 2011 in https://dejure.it/#/home (ultimo accesso 7 maggio 2024).
[68] Come osserva, con riguardo al contenzioso climatico, G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?,* cit., p. 1294; in materia ambientale sostengono tale profilo: A. GIUSSANI, *Giustizia civile e tutela dell'ambiente: una pagina ancora da scrivere?,* in A. M. LUPOI (a cura di), *Emergenza ambientale e tutela giuridica*, Santarcangelo di Romagna, 2017, p. 192; M. TARUFFO, *La legittimazione ad agire e le tecniche di tutela nella nuova disciplina del danno ambientale,* cit., p. 433 ss.
[69] Forti perplessità, in verità, seppure in un settore diverso da quello in questa sede analizzato, erano sorte, inizialmente, anche negli Stati Uniti: mi riferisco alle problematiche applicative emerse nelle c.d. *tobacco litigations*, dove si era più volte posta la questione della *commonality*.
[70] Cass., 31 maggio 2019, n. 14886 in https://dejure.it/#/home (ultimo accesso 7 maggio 2024). In merito a questo tema, si rimanda a C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi dell'azione di classe,* in Class action*: il nuovo volto della tutela di classe,* cit., p. 102; S. MENCHINI, in S. MENCHINI-A. MOTTO, *Art. 140*-bis, cit., par. 3.
[71] Si tratta di un profilo ampliamente esaminato sotto la previgente disciplina da M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette,* cit., p. 252 ss.

fondamentali della persona[72], ma, in realtà, simili problemi si possono verificare anche con riguardo alla risarcibilità del danno patrimoniale[73].
I menzionati dubbi impongono, dunque, di dare una definizione certa del concetto di omogeneità[74].
Come si ha avuto modo già di precisare, l'elemento caratterizzante sia dell'azione di classe che di quella inibitoria è l'obbligo di comportamento violato: esso consente di dare anche consistenza al diritto risarcitorio e restitutorio. Ne consegue che quando si discorre di diritti omogenei è necessario fare riferimento a quelle liti che scaturiscono dalla violazione del medesimo obbligo di condotta. Quindi, ciò che rileva è il fatto generatore del danno[75], il quale deve essere caratterizzato da elementi di fatto e di diritto comuni. In altri termini, i diritti individuali non solo devono avere il medesimo contenuto, ma devono essere riconducibili alla stessa figura giuridica. Tali osservazioni impongono di ritenere necessaria che vi sia anche una comunanza nell'atteggiarsi del nesso di causalità tra la condotta lesiva e l'evento dannoso lamentato dalla classe[76].
Nel contenzioso climatico la verifica di tale profilo presuppone anche quella intercorrente tra la condotta tenuta dal soggetto convenuto e l'impatto sullo stato climatico che, a sua volta, ha determinato i danni a cose o persone[77]. Nei giudizi in parola, in altri termini, l'istituto della

[72] Come conferma recentemente C. PETRILLO, *Situazioni soggettive implicate,* in *Class action,* cit.*,* p. 60.
[73] Per una completa spiegazione, *si vis,* E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia,* cit.*,* p. 1127.
[74] Tale elemento, come è stato osservato (G. MONTELEONE, *L'azione di classe in Italia. Brevi osservazioni critiche,* in *Il giusto proc. civ.,* 2 (2023), p. 312), «scolpisce la legittimazione ad agire».
[75] Sul punto sono utili anche le osservazioni di Trib. Venezia, 25 maggio 2017, in *Danno e resp.,* 2 (2018), p. 214 ss., nt. V. SELINI, dove si evidenzia che ai fini del giudizio di ammissibilità dell'azione di classe l'omogeneità tra i diritti individuali del proponente e dei potenziali aderenti va rintracciata nell'unicità del c.d. danno evento, mentre non rilevano gli aspetti attinenti al c.d. danno-conseguenza.
[76] Come osserva P.F. GIUGGIOLI, *L'azione di classe,* cit.*,* p. 27 ss. e in part. p. 31, il quale precisa che non è possibile parlare di omogeneità nel caso in cui sia necessaria un'indagine circa il nesso di causalità del tutto avulsa dal *thema probandum* e *decidendum* introdotto in giudizio dal proponente; nel medesimo senso, A. AMIDEI, *Azione di classe e inibitoria collettiva: un bilanciamento a due anno dall'entrata in vigore della riforma, nella prospettiva del recepimento della Direttiva UE 2020/1828,* in *Riv. dir. priv.,* 3 (2023), p. 395 ss.
[77] Proprio per tale ragione, nonostante le espresse richieste di compensazione monetaria, sino ad ora, i giudici nazionali si sono limitati ad ordinare l'adozione di azioni concrete per limitare le emissioni inquinanti, come giustamente osservano A. HENKE, IN S. VINCRE- A. HENKE, *Il contenzioso «climatico»,* cit.*,* p. 153.

responsabilità civile si tinge di connotati diversi[78], che trascendono il rapporto bilaterale tra danneggiato e danneggiante[79].
Peraltro, non si può neppure dimenticare che la possibile esistenza del nesso causale tra la condotta e l'evento incide anche con riguardo al profilo prodromico e preliminare della legittimazione ad agire e, ai fini dell'analisi compiuta in questa sede, inevitabilmente rileva con riguardo alla stessa esistenza di una classe[80].
Per cercare di aggirare detti ostacoli dimostrativi, una parte della dottrina suggerisce di avvalersi della c.d. *climate attribution science*[81], la quale consentirebbe di individuare un legame tra uno specifico danno legato al clima e le emissioni di gas serra provocate da un emittente e altresì di definire la responsabilità propria del convenuto in proporzione al suo contributo al danno totale subito dall'attore.
Grazie ai risultati conseguiti tramite tale scienza è possibile tipizzare le dinamiche climatiche, incidendo, dal punto di vista processuale, per esempio, sul bacino applicativo dei fatti notori e di quelli non contestati, come viene posto anche in evidenza dagli artt. 6 al 9 del *Model Statue for Proceedings Challenging Government Failure to Act on Climate Change* redatto dall'*International Bar Association*. Detta disciplina impone che i giudici debbano prendere atto delle citate evidenze scientifiche[82].

---

[78] Come pone in luce, qualificandole «anti-tors» D.A. KYSAR, *What Climate change Can Do about Tort Law,* in *Environmental Law,* Vol 41:1 (2011), p. 8 ss., consultabile in *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1645871* (ultimo accesso 7 maggio 2024).
[79] Come osserva M. CARDUCCI, voce *Cambiamento climatico,* cit.*,* p. 67 e pone in evidenza anche C. BENINI, *Sui giudizi di responsabilità civile intentati contro i c.d.* Global Carbon Majors: *riflessioni internazionalprivatistiche a margine della climate change litigation,* cit.*,* par. 2.
[80]Aperture su tale profilo, in verità, si sono registrate anche nella già citata causa intentata innanzi alla *Hague Distric Court* contro *Shell* (*Milieudefensie et al.* v. *Royal Dutch Shell plc.*, The Hague District Court, 26 May 2021, cit.) finalizzata ad ottenere una riduzione delle emissioni da parte della azienda. In tal caso, il Tribunale ha riconosciuto che la condotta dell'azienda abbia contribuito al cambiamento climatico e l'ha condannata alla riduzione delle emissioni.
[81] Essa si fonda sui report dell'*IPCC* (*Intergovernmental Panel on Climate Change*), la cui rilevanza e legittimità deriva dall'autorità riconosciutagli dagli Stati che hanno ratificato gli Accordi delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico e, in particolare, l'Accordo di Parigi del 2015, i cui negoziati si sono mossi proprio nel quadro di tali evidenze scientifiche. Per un'ampia analisi, M.F. CAVALCANTI, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei dati tecnico-scientifici nella giustizia climatica in Europa,* in *DPCE online,* 2 (2022), p. 334 ss.; A. PISANÒ, *Il diritto al clima,* cit.*,* p. 45 ss.
[82] Benché si tratti di un modello applicabile solo alle controversie intentate contro i governi, esso offre spunti di riflessione importanti anche con riguardo alle liti oggetto della presente disamina. Inoltre, l'art. 9 del *Model Statute for Proceedings Challenging Government Failure to Act on Climate Change* (consultabile in *https://www.iba-*

Inoltre, la *climate attribution science* si basa su calcoli probabilistici, i quali assumono piena rilevanza nella dimensione dell'azione di classe[83]: infatti, l'art. 840-*quinquies* CPC prevede che «ai fini dell'accertamento della responsabilità del resistente il tribunale *possa* avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici»[84].

La nuova disciplina dell'azione di classe introduce anche una peculiare regolamentazione dell'istituto dell'esibizione, che favorisce l'accertamento della responsabilità dell'impresa, consentendo con maggiore facilità di recuperare quelle conoscenze tecniche e scientifiche che l'impresa convenuta, generalmente, cela in funzione difensiva[85].

Inoltre, la prova del nesso causale tra la condotta dell'impresa e il danno subito dal singolo impone ai ricorrenti di spendere tempo e risorse su questioni complesse e di dovere ricorrere naturalmente ad esperti molto costosi. Tali ultimi oneri potrebbero ostacolare l'accesso alla giustizia in detto settore, stante l'impossibilità per l'attore (specialmente quando si tratti di persone fisiche) di sostenere i relativi oneri.

---

net.org/Climate-Change-Model-Statute, ultimo accesso 7 maggio 2024) disciplina l'inversione dell'onere della prova come diretta conseguenza dell'applicazione del principio di precauzione. Si legge, infatti, «*in Government-related climate change proceedings, the Court shall apply the precautionary principle except where the Court finds and articulates why its application is unnecessary or inappropriate in the particular claim. [9.2] The precautionary principle means that where there are threats of serious or irreversible environmental damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent, mitigate or adapt to climate change or the likely adverse effects of climate change or to remedy any likely or resulting damage. [9.3] Where the precautionary principle applies, the party challenging the application of the precautionary principle bears the evidential burden of proving that: (a) the threat of serious and irreversible damage is not a real risk or is negligible; and (b) regardless of the finding in Article 9(3)(a), whether any measures the challenging party proposes to prevent, mitigate or adapt to climate change or remedy any resulting damage will be effective*». Il principio di precauzione gioca un ruolo importante anche negli *Oslo Principles on Global Climate Obligations,* consultabili in *https://globaljustice.yale.edu/oslo-principles-global-climate-change-obligations* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[83] Sulla prova statistica, *ex multis,* M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 4 (2005), p. 1079; A. CARRATTA, *Prova scientifica e ragionamento presuntivo,* in *Riv. dir. proc.,* 1 (2022), p. 24 ss.

[84] Sul punto, P.F. GIUGGIOLI, *L'azione di classe,* cit., p. 113 ss., il quale osserva che il dato statistico assume un ruolo di elemento presuntivo «rafforzato», idoneo di per sé ad integrare lo standard della presunzione semplice di cui all'art. 2729 CC; A.D. DE SANTIS, *Il procedimento,* in *Class action,* cit., p. 107 ss. Per un'ampia disamina si veda AA. VV., in S. PATTI e R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo,* Torino, 2022.

[85] Non si può sottacere, tuttavia, che l'ampiamento dello spettro dell'indagine è bilanciato da alcune previsioni, che potrebbero limitare la sua effettività, come, ad esempio, la valutazione da parte del giudice dei costi dell'esibizione. Per un'ampia disamina, G. CARUSO, *Contributo allo studio delle azioni di classe,* Napoli, 2021, p. 179 ss.

Detto problema può trovare parziale soluzione nella normativa dell'azione di classe, in relazione alla quale è delineata una disciplina concernente la consulenza tecnica particolarmente favorevole per la parte ricorrente: infatti, l'anticipazione delle spese e l'acconto sul compenso del consulente tecnico sono generalmente poste a carico della parte resistente.
L'insieme degli elementi descritti propri della disciplina interna delle azioni di classe facilitano, evidentemente, l'accertamento della responsabilità dell'impesa convenuta, incidendo anche sulla fattispecie costitutiva del diritto e sul riparto dell'onere della prova.
Infine, come anticipato, l'attuale disciplina elimina il riferimento al «criterio omogeneo di calcolo» per le liquidazioni delle somme dovute agli aderenti e dall'altra, individua una fase specifica per l'esame delle domande di adesione e l'eventuale condanna al resistente al pagamento delle somme o alla restituzione delle cose dovute a ciascun aderente. Dunque, la quantificazione può essere anche diversa, purché la stessa possa realizzarsi tramite mezzi di prova documentali.
Tuttavia, non si può nascondere che le violazioni che fuoriescono dal mancato rispetto di obbligazioni seriali inevitabilmente sono connotate da elementi individuali.
Per tale ragione, ritengo condivisibile l'opinione di chi[86] ha evidenziato che, per non rendere vacua la disciplina delle azioni di classe e, dunque, limitare in modo eccessivo il bacino applicativo della legittimazione ad agire, è opportuno procedere all'omogeneizzazione degli aspetti disomogenei. Infatti, i profili disomogenei rispetto all'intera classe sono solitamente seriali rispetto ad una sua parte.

5. Il limite temporale di applicazione delle azioni di classe: alcune suggestioni

Altro profilo che può generare difficoltà applicative è quello contemplato dall'art. 7 della l. n. 31 del 2019, il quale prevede che la disciplina dell'azione di classe si applichi alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data della sua entrata in vigore[87].
Mi pare che questa previsione rappresenti un rilevante problema ai fini della effettiva applicazione delle azioni di classe nel contenzioso climatico.

[86] A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*, cit., p. 364 ss.
[87] Sulla applicabilità di tale previsione si veda Trib. Roma (ord.), 14 ottobre 2022, in *Foro it.,* I (2023), c. 155 ss.

Come è possibile ritenere che le emissioni CO_2 abbiano prodotto danni solo a partire dall'entrata in vigore della legge?
Essi derivano, generalmente, da condotte che si protraggono da tempo e nel tempo[88].
Benché la scienza climatica sia giunta a risultati soddisfacenti anche nella valutazione di quando i danni climatici abbiano avuto origine, è indubbio che il limite temporale previsto dalla legge in esame costituisca un problema, come dimostra anche la posizione assunta dai giudici nel caso *Native Village of Kivalina vs. ExxonMobil Corp*[89], nel quale era stato osservato che il cambiamento climatico era il risultato di numerose fonti di emissioni nel corso degli anni.
Inoltre, in molto casi, lo stesso concretarsi del danno potrebbe soggiacere a tempistiche diverse, ma non per questo si deve ritenere che non possa operare lo strumento collettivo.

6. Conclusioni

Alla luce delle osservazioni svolte, è indiscutibile che il contributo che le azioni di classe possano dare, oggigiorno, alle *climate change litigations* sia, oltre che vincolato ai limiti normativi fatti propri dalla nuova disciplina collettiva, anche da come gli operatori pratici decideranno di affrontare le problematiche in questa sede esaminate e, in particolare, il profilo dell'omogeneità dei diritti.
Infatti, solo il superamento delle barriere applicative individuate, consentirà alle azioni di classe di svolgere la loro funzione di deterrenza e di divenire effettive «leve di politica del diritto»[90] in questo settore.
Affinché detto risultato possa configurarsi, è necessario evitare di considerare il processo di massa con le lenti sostanziali del rapporto a due[91].

[88] Sul punto M. CARDUCCI, voce *Cambiamento climatico,* cit.*,* p. 69, il quale osserva che al danno climatico non si attagliano le disposizioni tradizionali del singolo danno civile cime mero istantaneo accadimento.
[89] Consultabile in *https://climatecasechart.com/case/native-village-of-kivalina-v-exxonmobil-corp/* (ultimo accesso 7 maggio 2024).
[90] Tale funzione è evidenziata da F. AULETTA, *Diritto giudiziale civile,* cit.*,* p. 252, il quale non ritiene, invece, che l'azione di classe sia una chiave di ingresso al sistema giudiziario.
[91] E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa,* in *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee,* cit., p. 80; sul punto anche S. RODOTÁ, *Diritti civili e politiche delle riforme: il diritto collettivo come terza dimensione della geometria istituzionale*, in A. BALDASSARE (a cura di), *I limiti della democrazia*, Roma-Bari, 1985, p. 98, a proposito del passaggio dalla «affermazione di diritti individuali al

Ciò vuole dire che detto strumento processuale deve trovare attuazione tutte le volte in cui le domande presentino lineamenti utili per la trattazione e la decisione congiunta[92].

In tale dimensione è inevitabile che la tutela ottenibile da ciascun membro della classe, se raffrontata a quella potenzialmente conseguibile in sede individuale, sia generalmente inesatta.

Non credo, però, che tale profilo produca una lesione del diritto vantato dalle parti, le quali, accedendo all'azione di classe, accettano una modalità di attuazione del diritto diversa da quella individuale[93]: essa se, da un lato, offre loro, come si è visto, dei vantaggi in termini di efficienza a fini dell'accertamento della responsabilità della loro controparte[94], dall'altro pone il rischio di offrire una tutela risarcitoria talvolta minore rispetto quella conseguibile attraverso il processo tradizionale.

Non vi è dubbio, invece, che l'azione inibitoria collettiva, su cui nella presente disamina si sono svolti solo alcuni cenni, essendo affrancata dalle logiche connesse alla responsabilità civile, possa costituire un ottimo strumento di prevenzione dei danni climatici[95], così come richiede anche la famosa *Public Trust Doctrine*[96].

Anche in tale caso, la sua applicazione è, attualmente, subordinata ai vincoli dettati dalla previsione normativa.

---

riconoscimento di diritti collettivi»; A. DONATI, *Azione collettiva e diritti soggettivo collettivo,* in *Contr. e impr.,* 4-5 (2010), p. 927 ss.

[92] Questa necessità ha portato negli Stati Uniti alla diffusione di un nuovo fenomeno che si affianca alla "tradizionale" *class action*, ovvero la *multidistrict litigation,* come pone in luce N. TROCKER, *La* class action *negli Stati Uniti: lo stato dell'arte,* cit.*,* p. 175.

[93] A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile,* cit.*,* p. 76 ss., il quale, coniando la metafora «dell'autobus della giustizia», rileva che l'esercizio dell'azione collettiva risarcitoria a tutela dei diritti individuali omogenei consente il raggruppamento di un gran numero di controversie seriali, assicurando un trattamento meno personalizzato unitamente, però, a un significativo abbattimento del costo unitario. Esso consente di conseguire, a parità di costi, un enorme incremento dell'attuazione del diritto sostanziale. In via generale su tale aspetto si veda il noto scritto di CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo,* in *Studi in onore di E. Redenti,* II, Milano, 1951, p. 695 ss.

[94] La cui realizzazione oggi trova ulteriore conferma nella disciplina delle spese del giudizio, come evidenzia G. MAZZAFERRO, *Le spese e le sanzioni,* in *Class action,* cit.*,* p. 164 ss. Detta disciplina, tuttavia, è comunque lontana dalla previsione statunitense: A. GIUSSANI, Class action *e finanziamento delle liti,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2 (2022), p. 303 ss.

[95] S. VINCRE, in S.VINCRE – A. HENKE, *Il contenzioso «climatico»,* cit.*,* p. 147.

[96] Si tratta della teoria per cui lo Stato è obbligato a tutelare gli elementi naturali che, per il loro intrinseco valore collettivo, devono essere preservati anche per le generazioni future e rispetto alla quali lo Stato non ha un potere dispositivo. Per un'ampia analisi G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?,* cit.*,* p. 1287 ss., anche per le relative citazioni.

Abstract (ENG): This paper aims at examining the effectiveness of class actions as a tool of protection against damages caused by climate change. After reconstructing the main elements of climate change litigation, the analysis focuses on class actions law, in particular, about the object of trial and about the concept of "homogeneous rights", to verify the potential applications of Italian class action law concerning climate change litigation.

Keywords (ENG): class action; climate change litigation; homogeneous rights; tort law; causal link; time limit.

***JUS*-ONLINE 2/2024**
ISSN 1827-7942

GIULIA SCHNEIDER*

La competitività dei mercati dei capitali sostenibili: l'anello mancante dei rimedi di private enforcement**

English title: *The competitiveness of sustainable capital markets: the missing link of private enforcement remedies*

DOI: 10.26350/18277942_000177

Sommario: 1. Il greenwashing finanziario alla ricerca di rimedi tra normative settoriali e rimedi civilistici generali: il punto di partenza delle ESAS. 2 Il caso dei prodotti finanziari sostenibili e i nuovi rischi di investimento connessi al greenwashing. 2.1. Le fattispecie di prodotti finanziari sostenibili. 2.2 Il modello di vigilanza ai sensi del regolamento europeo sui green bonds. 3. Le dimensioni del danno da greenwashing e la tutela dell'investitore. 3.1 L'incerta fisionomia del danno da greenwashing. 4. La prospettiva mancante del private enforcement per danni da investimento sostenibile: una chiave per la vigilanza.

1. Il greenwashing finanziario alla ricerca di rimedi tra normative settoriali e rimedi civilistici generali: il punto di partenza delle ESAS

Sin dalle sue prime mosse, la Strategia sulla finanza sostenibile ha inteso orientare i mercati europei verso un nuovo obiettivo di politica economica: quello di incanalare la circolazione dei capitali verso investimenti sostenibili[1]. Così concepito, il progetto di transizione finanziaria attribuisce al mercato dei capitali la funzione premiante di veicolare risorse alle imprese più virtuose (anche) sotto il profilo della sostenibilità.
Dal canto suo, la *vis* uniformante delle misure volte a rimuovere gli ostacoli alla "spontanea" adesione degli operatori di mercato a progetti E-S-G si profila come ulteriore tassello nella – ad oggi faticosa– costruzione di una

* Università Cattolica del Sacro Cuore (giulia.schneider@unicatt.it)
** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.
[1] COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, 8 marzo 2018, COM(2018) 97 final. Cfr. anche Considerando n. 9 del Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088, 22 giugno 2020, OJ L 198/13.

unione dei mercati di capitali europea[2]. Attraverso il paradigma di finanza sostenibile, quella europea dovrebbe essere destinata, secondo le intenzioni del regolatore eurounitario, a distinguersi da altre piazze finanziarie proprio per una visione di lungo periodo sensibile alla stretta interdipendenza tra dato quantitativo finanziario ed elemento qualitativo della tutela dei fattori di sostenibilità.
Sennonché la convergenza verso l'attivazione– lato imprese– di canali di finanziamento qualificati in senso valoriale e l'attrazione – lato investitori– a siffatto tipo di investimenti, sta rivelando profili di irrisolta complessità. E ciò malgrado alcuni interventi normativi volti a stimolare fattualmente le linee programmatiche ora descritte: tra queste degne di particolare menzione sono la classificazione delle attività sostenibili sotto il profilo ambientale ai sensi della Tassonomia, e la riforma del regime normativo della *disclosure* non finanziaria ora delineantesi nelle più ottimistiche vesti della "rendicontazione di sostenibilità".
Sul primo versante, il prisma classificatorio del Regolamento Tassonomia[3] mira a fornire una maggiore certezza giuridica e operativa, nello specifico ramo ambientale, delle attività giudicate sostenibili dall'ordinamento emergente, sì da abbassare, a monte, i costi della individuazione delle stesse, e da aumentare, a valle, gli incentivi ad accedere (in ipotesi anche dall'estero) al mercato dei capitali europeo a fini di investimenti sostenibili, grazie alla più facile comparabilità delle diverse opportunità d'investimento.
Il sistema classificatorio iniziato dal Regolamento Tassonomia costituisce, dal canto suo, il piedistallo attuativo della disciplina in materia di rendicontazione di sostenibilità. Con la *corporate sustainability reporting directive*[4] sembra giunto a piena maturazione un processo di torsione telelogica dello strumento dell'informativa al mercato che da mezzo neutrale di riduzione delle asimmetrie informative, e dunque contrattuali, in funzione del rafforzamento di una fiducia nel mercato e nelle capacità

[2] Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *Towards a green capital markets union: developing sustainable, integrated and resilient European capital markets*, 2024, https://www.ecb.europa.eu/pub/financial-stability/macroprudential-bulletin/focus/2021/html/ecb.mpbu_focus202110_3.en.html (ultimo accesso 14 marzo 2024).
[3] Regolamento (UE) 2020/852.
[4] Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità, 16 dicembre 2022, OJ L 322/15 (di seguito CSRD).

autocorrettive di questo, diviene (anche) veicolo di un modello di sviluppo economico direttamente forgiato dalla *manus longa* del regolatore.
Come precisato dai considerando della direttiva ora evocata, l'informativa al mercato su come gli emittenti[5] gestiscono i fattori di sostenibilità, dovrebbe fornire agli investitori una maggiore comprensione sui "rischi e le opportunità che le questioni di sostenibilità presentano per i loro investimenti e l'impatto di tali investimenti sulle persone e sull'ambiente"[6], al fine di plasmarne le preferenze di sostenibilità[7]. A fianco della categoria degli investitori professionali, comunemente associati ad una maggiore sensibilità verso istanze di lungo periodo[8], una particolare attenzione verso questioni di sostenibilità è riconosciuta da recenti studi empirici anche ai più giovani risparmiatori afferenti alle generazioni dei c.d. *Millennials* e *Gen Z*[9].
Il progetto normativo ed economico ora delineato ha tuttavia posto il suo baricentro prevalentemente sulla prospettiva (micro-economica) dell'attivazione di flussi finanziari orientati a obiettivi ESG, mancando di considerare, almeno *ab origine*, l'aspetto (invero preliminare) della correttezza del processo informativo relativo ai nuovi strumenti di investimento "sostenibili"; della produzione di dati e comunicazioni affidabili in materia; nonché della tutela rimediale dei rischi di informazione inesatta in materia di gestione dei fattori ESG.
La questione è emersa con particolare problematicità rispetto a prodotti finanziari in vario modo volti al perseguimento di obiettivi ecosostenibili. Sebbene l'offerta di simili prodotti sia stata individuata nel Regolamento

[5] La portata della CSRD sembra estendersi ben oltre le imprese soggette in via diretta alla nuova disciplina, incentivando anche le controparti commerciali di queste, incluse PMI non quotate, ad aderire a più elevati standard di rendicontazione di sostenibilità. Cfr. EFRAG, *EFRAG's Public Consultation on Two Exposure Drafts on Sustainability Reporting Standards for SMES*, 22 gennaio 2024, https://www.efrag.org/News/Public-479/EFRAGs-public-consultation-on-two-Exposure-Drafts-on-sustainability-r (ultimo accesso 14 marzo 2024).
[6] Considerando n. 9 CSRD
[7] Considerando 14 CSRD.
[8] In senso critico a questa visione, v. G. STRAMPELLI - G. BALP, *Institutional Investor ESG Engagement: The European Experience*, in *EBOR*, 23 (2022), pp. 869 ss.
[9] V. M. BARZUZA - Q. CURTIS - D. H. WEBBER, *Shareholder Value(s): Index Fund ESG Activism and the New Millennial Corporate Governance*, in *Southern California Law Review* 93 (2020), pp. 1243 ss., pp. 1291-1303. Come per il caso degli investitori istituzionali, vi sono evidenze empiriche controverse anche rispetto a categorie di giovani investitori, D. COSTA - M. GENTILE - N. LINCIANO, "*Interesse verso gli investimenti sostenibili – Un esercizio di caratterizzazione degli investitori italiani sulla base delle indagini CONSOB*", in *Quaderno di finanza sostenibile n. 3*, novembre 2022. https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/ESG%20Survey%202023%20-%20FINAL.pdf (data ultimo accesso 7 maggio 2024).

Tassonomia come un efficace strumento per indirizzare gli investimenti privati verso attività sostenibili, è presto apparso il rischio di strumentalizzazione delle caratteristiche di sostenibilità dichiarate rispetto al prodotto messo sul mercato sì da ottenere un vantaggio sulla concorrenza in modo sleale[10].

È quanto illustrato nel recente report IOSCO *Supervisory Practices to Address Greenwashing,* ove in aggiunta alle pratiche di *greenwashing* relative alla infondata enfatizzazione di caratteristiche di sostenibilità dei prodotti offerti, si pone attenzione a due più recenti derivazioni della suddetta condotta, tra di loro molto vicine, ossia il c.d. *greenhushing* e *greenbleaching*[11]: il primo consiste nel nascondere le caratteristiche di sostenibilità per eludere il controllo degli investitori, mentre il secondo attiene alla scelta di non dichiarare alcune caratteristiche di sostenibilità dei prodotti o servizi finanziari offerti per evitare requisiti normativi aggiuntivi e ridurre così il rischio legale[12]. Così definite, entrambe queste condotte sono volte ad eludere in particolare gli obblighi informativi in materia di sostenibilità ed il giudizio del mercato che ne deriva.

Sia in quest'ultima versione a "ribasso" sia nella più nota forma di celebrazione "a rialzo", gli atti di gestione scorretta delle informazioni di sostenibilità possono esplicarsi a vari livelli, potenzialmente irradiandosi dalla dimensione specifica dei singoli prodotti o servizi finanziari offerti sino alla "immagine" generale che l'impresa restituisce di sé al mercato, tramite i documenti ufficiali come ad esempio, le rendicontazioni di sostenibilità contenute nella relazione sulla gestione, ovvero tramite comunicazioni informali degli amministratori o dichiarazioni di marketing pubblicate sui canali digitali dell'impresa stessa. Per quanto riguarda lo specifico comparto della gestione del risparmio, l'apparente connotazione di sostenibilità di un'impresa finanziaria ha finito per riguardare finanche

[10] Considerando 11 Regolamento (UE) 2020/852. V. anche considerando 7 del Regolamento Delegato (UE) 2021/1253 che modifica il Regolamento Delegato (UE) 2017/565, per quanto riguarda l'integrazione dei fattori di sostenibilità, dei rischi di sostenibilità e delle preferenze di sostenibilità in taluni requisiti organizzativi e condizioni di esercizio delle attività delle imprese di investimento, 2 agosto 2021, OJ L 277/1.

[11] OICV-IOSCO, *Supervisory Practices to Address Greenwashing*, dicembre 2023, https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD750.pdf (ultimo accesso 14 marzo 2024), pp. 14 ss.

[12] A. FALCHI - G. GROLLEAU - N. MZOUGHI, *Why companies might under-communicate their efforts for sustainable development and what can be done?*, in *Business Strategy And The Environment*, 31 (2022), pp. 1938 ss.

la denominazione dei fondi[13] per effetto di una impropria applicazione dei requisiti di classificazione di cui alla SFDR[14].

Le diverse fattispecie ora ricordate si sono ben presto rivelate idonee a incrinare il fisiologico meccanismo d'incontro tra offerta (non sempre affidabile) dei canali di finanziamento della transizione e relativa domanda, prospettando la correttezza del processo di produzione e comunicazione dell'informazione in materia di sostenibilità come antecedente logico e fattuale della spinta regolatoria verso la destinazione di capitali su progetti di sostenibilità.

Proprio rispetto al disegno di mercati di capitali sostenibili, la trasparenza e la correttezza, verso gli investitori, dei comportamenti di gestione dei fattori ESG si pongono invero a diretto fondamento della stabilità di un ordine economico ove si riconoscono gli effetti sistemici dei rischi di sostenibilità, nonché della competitività dello stesso[15]. E ciò sia a livello per così dire di mercato unico dei capitali "interno", sia in prospettiva internazionale.

Da entrambe le prospettive, infatti, la mancanza di strumenti di controllo e verifica della veridicità e fondatezza delle dichiarazioni sulla sostenibilità erode la fiducia degli investitori nei nuovi canali della finanza sostenibile, mantenendo "alte" le preferenze di investimento su settori *brown*, percepiti come più sicuri proprio in punto di tutela degli investitori[16]. Il rischio di distorsione informativa in materia ESG debilita inoltre l'attrattività del mercato dei capitali europeo nelle sue nuove comuni vesti "green", rispetto ad altri mercati internazionali, ancora a forte vocazione fossile.

Le insidie così poste al buon funzionamento dei mercati dei capitali sostenibili hanno attirato i riflettori della vigilanza sul tema del *greenwashing*, finanche in quegli ordinamenti, come quello statunitense o inglese, ad oggi privo di una sovrastruttura normativa specificamente

[13] D. ABATE - F. BONARDI, *Fondi di investimento: rischi di sostenibilità e* disclosure *nelle indicazioni di vigilanza ESMA*, in *Diritto Bancario*, (2022), https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/2022/06/2022-Abate-Bonardi-Fondi-di-investimento.pdf –(ultimo accesso 14 marzo 2024).

[14] Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari, 9 dicembre 2019, OJ L 317/1, art. 7-9.

[15] V. in relazione al settore bancario, BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Climate-related risk drivers and their transmission channels*, aprile 2021, https://www.bis.org/bcbs/publ/d517.pdf (ultimo accesso 14 marzo 2024).

[16] A. PERRONE - A. CARDANI, *Servizi di investimento e finanza sostenibile. Le conseguenze non volute della recente disciplina europea*, in *Osservatorio Monetario*, 2 (2022), pp. 84 ss.

rivolta alla materia ESG. È ormai ben nota, ad esempio, l'ingente sanzione irrogata dalla SEC nei confronti di DWS per frode sugli investimenti di capitale falsamente presentati come orientati anche al perseguimento di obiettivi ESG[17]

In questo quadro, è interessante osservare come l'approccio delle autorità europee, che hanno variamente posto il *greenwashing* al vertice delle priorità di vigilanza, si sia incentrato per lo più su strategie di prevenzione del fenomeno, attraverso una partecipazione attiva all'orientamento degli ultimi sviluppi normativi volti al contrasto al *greenwashing*: è il caso, ad esempio, dell'introduzione del controllo di un revisore esterno in materia di rendicontazione di sostenibilità[18]; del modello complesso di vigilanza in materia di green bonds[19], e della proposta di un quadro normativo e di vigilanza delle attività di ESG rating[20]. Il corollario di questo approccio al fenomeno del *greenwashing* è tuttavia l'assenza, ad oggi, di sanzioni specifiche per condotte di falsa o distorta informazione ESG direttamente irrogate dalle Autorità finanziarie europee.

L'insufficienza del canale di vigilanza rispetto alle condotte di *greenwashing* è direttamente attestata da alcuni casi di *enforcement* privato azionato da alcune organizzazioni di consumatori tedesche nei confronti di istituzioni finanziarie accusate di dichiarazioni fuorvianti sulle caratteristiche dei prodotti finanziari offerti[21].

In linea con la domanda di rimedi effettivi direttamente azionabili dal "basso" della platea degli investitori, il recente report delle ESAs sul *greenwashing,* similmente al già citato documento della IOSCO, ha, non a caso, messo in luce la rilevanza, oltreché delle emergenti misure settoriali afferenti alla regolazione in materia di finanza sostenibile, anche degli istituti– e relativi rimedi– civilistici generali presenti nell'ordinamento, a

[17] US SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, *Deutsche Bank Subsidiary DWS to Pay $25 Million for Anti-Money Laundering Violations and Misstatements Regarding ESG Investments,* 25 settembre 2023, https://www.sec.gov/news/press-release/2023-194 (ultimo accesso 14 marzo 2024). La sanzione per greenwashing è stata riconosciuta in base alle sezioni 203(e) e 203(k) dell'Investment Advisers Act del 1940 ("Advisers Act").

[18] Cfr. Art. 30 Direttiva 2013/34/UE, come modificato dalla CSRD.

[19] Regolamento (UE) 2023/2631 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 novembre 2023 sulle obbligazioni verdi europee e sull'informativa volontaria per le obbligazioni commercializzate come obbligazioni ecosostenibili e per le obbligazioni legate alla sostenibilità, 30 novembre 2023, OJ L 1/68. Sul punto v. infra para 2.2.

[20] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla trasparenza e sull'integrità delle attività di rating ambientale, sociale e di governance (ESG)*, 13 giugno 2023, COM(2023) 314 final.

[21] CORTE REGIONALE DI BERLINO, 12 luglio 2023 – 101 O 68/22.

partire dalle norme in materia di pratiche commerciali scorrette e di concorrenza sleale[22].

Il duplice piano, verticale e orizzontale, di contrasto al *greenwashing* prefigurato dalle Autorità finanziarie sollecita, pertanto, un approfondimento relativamente al rapporto tra quadro regolatorio in materia di finanza sostenibile e i rimedi generali offerti dal diritto civile. Tale prospettiva, appare particolarmente promettente in relazione al particolare caso delle dichiarazioni false o comunque fuorvianti relative a prodotti finanziari variamente qualificati come sostenibili.

Il fenomeno del *greenwashing*, scaturente da un *vulnus* di adesione sostanziale da parte degli emittenti alle norme del quadro in materia di finanza sostenibile[23], rivela invero i limiti di un approccio eminentemente top-down e di stampo pubblicistico a fini di creazione di un mercato di capitali sostenibili e di tutela di investitori di prodotti finanziari sostenibili. Rispetto ai c.d. green defaults un supplemento di riflessione deve dunque muoversi rispetto alla attitudine correttiva *ex post*, ma anche deterrente, dei rimedi civilistici generali, geneticamente volti alla risoluzione di conflitti tra soggetti privati insorgenti proprio per effetto del mancato (reale) perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse enunciati dalla normativa finanziaria settoriale[24].

Come si tenterà di dimostrare, l'individuazione di rimedi civilistici effettivi di contro alle particolari vulnerabilità dell'investitore in un contesto di mercati in transizione appare tassello necessario, in questa fase dell'evoluzione della politica finanziaria europea, per arginare (il rischio di) disallineamento tra sovrastruttura normativa in materia ESG e reale destinazione dei capitali nei mercati europei.

Alla luce delle premesse svolte, dopo una descrizione del quadro in materia di prodotti finanziari sostenibili ed i relativi rischi di *greenwashing*, con particolare attenzione allo specifico caso della nuova normativa europea sui *green bonds*, le note che seguono passeranno al vaglio le criticità dei

[22] ESMA, *Progress Report on Greenwashing Response to the European Commission's request for input on "greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies"*, 31 maggio 2023, ESMA30-1668416927-2498, p. 79. V. anche OICV-IOSCO, *Supervisory Practices to Address Greenwashing,* cit., pp. 27.

[23] Per un approfondimento sul tema sia consentito il rinvio a G. SCHNEIDER, *Per un approccio sostanziale alla finanza sostenibile: il greenwashing sotto la lente del rischio di condotta*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia* supplemento al n. 4 (2022), pp. 222 ss.

[24] Sul rapporto tra regolazione settoriale e diritto privato, v. O.O. CHEREDNYCHENKO, *Two Sides of the Same Coin: EU Financial Regulation and Private Law*, in *EBOR*, 11 (2021), pp. 147 ss.

rimedi civilistici generali di tutela dell'investitore nei mercati dei capitali sostenibili, prefigurando alcune possibili soluzioni sul piano del diritto regolatorio privato[25].

2. Il caso dei prodotti finanziari sostenibili e i nuovi rischi di investimento connessi al greenwashing

Al fine di promuovere il movimento di capitali verso investimenti sostenibili, il legislatore europeo ha integrato la considerazione dei fattori ESG nei processi di *governance* e distribuzione di prodotti finanziari. In questo quadro, il regime della Direttiva 2014/65/UE (la c.d. Mifid II)[26], è stato modificato tramite un regolamento[27] e una direttiva[28] appositi, volti a sensibilizzare le preferenze di sostenibilità degli investitori, aumentare la domanda di prodotti sostenibili e dunque ampliarne il mercato da parte degli intermediari[29].
Lungo queste linee, la riforma ha trasversalmente orientato il processo di offerta di (tutti) i prodotti finanziari alla considerazione di aspetti di sostenibilità, attraverso la declinazione in senso ESG delle norme di condotta e in materia di conflitti di interesse degli intermediari, nonché della valutazione di adeguatezza del prodotto[30]. In relazione a quest'ultimo profilo, come noto, è stata introdotta nel questionario *ex* Mifid II una domanda relativa alle preferenze di sostenibilità dei clienti. Queste ultime divengono così fattore sul quale plasmare, in aggiunta ovvero in

[25] Per la dottrina sul punto v. per tutti, H.W, MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law—the Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, in *Yearbook of European Law*, 281 (2009), pp. 3–59; e R. NATOLI, *Il diritto private regolatorio*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1 (2020), pp. 134 ss.
[26] Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE, 12 giugno 2014, OJ L 173/349.
[27] Regolamento Delegato (UE) 2021/1253 che modifica il Regolamento Delegato (UE) 2017/565, per quanto riguarda l'integrazione dei fattori di sostenibilità, dei rischi di sostenibilità e delle preferenze di sostenibilità in taluni requisiti organizzativi e condizioni di esercizio delle attività delle imprese di investimento
[28] Direttiva delegata (UE) 2021/1269 (d'ora in poi "MiFID II DD 2021") che modifica la direttiva delegata (UE) 2017/593 (d'ora in poi "MiFID II DD") per quanto riguarda l'integrazione dei fattori di sostenibilità negli obblighi di governance dei prodotti.
[29] V. COLAERT, *Integrating Sustainable Finance into the MiFID II and IDD Investor Protection Frameworks*, in D. BUSCH- G. FERRARINI- S. GRÜNEWALD (eds.), *Sustainable Finance in Europe*, EBI Studies in Banking and Capital Markets Law, Cham (Switzerland), 2021, pp. 455 ss.
[30] M. SIRI - S. ZHU, *L'integrazione della sostenibilità nel sistema europeo di protezione degli investitori*, in *Banca Impresa Società*, 1 (2020), pp 18 ss.

combinazione agli orientamenti finanziari dei clienti, l'incrocio tra domanda e offerta dei prodotti finanziari[31].

Il disegno di collocazione dei prodotti finanziari – di qualsiasi natura, compresi dunque quelli destinati ad attività prive di qualsiasi nesso oggettivo con i fattori ESG – anche in base al criterio (soggettivo) delle preferenze di sostenibilità, solleva nuove istanze di tutela che si combinano a quelle tradizionali relative al profilo rischio/rendimento[32].

Innanzitutto, le preferenze di sostenibilità potrebbero essere fuorviate, a monte, dalla formulazione delle domande inserite nel questionario Mifid II, ovvero disattese, a valle, nel momento della definizione dell'offerta, lasciando agli intermediari significativi margini di discrezionalità nell'uno e nell'altro momento. Il perimetro del ben noto rischio di mis-selling di prodotti finanziari risulterebbe dunque ampliato dalla riforma richiamata, alla luce degli (inediti) scenari di una gestione scorretta delle preferenze di sostenibilità indotte o segnalate[33].

In quest'ottica, la disposizione che esclude la rilevanza del target market negativo per i prodotti sostenibili, potrebbe avere l'effetto di indirizzare prodotti di sostenibilità verso investitori che non hanno o non hanno espresso particolari preferenze di sostenibilità, ovvero addirittura le hanno escluse[34].

Ciò potrebbe avvenire nel caso in cui l'intermediario faccia (abusivamente) leva sulla connotazione di sostenibilità dei prodotti offerti per vendere prodotti propri o più costosi, ovvero per arricchire il paniere di prodotti nel portafoglio del cliente, sì da generare costi di commissione aggiuntivi a carico dello stesso.

Oltre alle ipotesi di impropria collocazione di prodotti con connotazioni (effettive o dichiarate) di sostenibilità nel portafoglio di investitori che non hanno manifestato preferenze di sostenibilità, si profila la diversa fattispecie della vendita di prodotti privi di una reale funzionalizzazione in senso ESG a investitori che ne avevano espresso la preferenza. Questa

[31] M. ARRIGONI, *Finanza sostenibile, servizio di investimento e tutela dell'investitore*, in *Rivista di diritto bancario*, II (2023), pp. 261 ss.

[32] M. ARRIGONI, *Finanza sostenibile, servizio di investimento e tutela dell'investitore,* cit., pp. 274-275.

[33] F.E. MEZZANOTTE, *Accountability in EU sustainable finance: linking the client's sustainability preferences and the MiFID II suitability obligation*, in *Capital Markets Law Journal*, 16 (2021), pp. 484 s.

[34] Cfr. ESMA, *Guidelines on MiFID II product governance requirements*, 3 agosto 2023, ESMA35-43-3448, §§ 81. Per un commento cfr. PERRONE - CARDANI, *Servizi di investimento e finanza sostenibile. Le conseguenze non volute della recente disciplina europea*, cit., p. 86.

seconda variante del misselling di prodotti finanziari sostenibili è ad oggi maggiormente considerata in letteratura[35] e dalle autorità di vigilanza[36], soprattutto in relazione al profilo genetico della alterazione informativa che ne costituisce la fonte.

Di fronte ad un mercato di capitali caricato da nuove aspettative di sostenibilità, i requisiti di trasparenza sulla sostenibilità dei prodotti finanziari, previsti in chiave negativa– ossia in relazione agli impatti negativi di sostenibilità– per i prodotti degli emittenti soggetti in generale alla nuova disciplina in materia di rendicontazione di sostenibilità[37] e più granulari per quelli degli intermediari finanziari ai sensi della SFDR[38] possono rivelarsi anziché presidio, potenziale viatico di condotte idonee a fuorviare le opzioni di investitori genuinamente orientati verso progetti di sostenibilità.

L'ambivalenza del binomio trasparenza e sostenibilità è destinata a penetrare in maggiore profondità nelle dinamiche del mercato dei capitali alla luce della proposta di inserimento di requisiti sulle proprietà di sostenibilità dei titoli offerti sul mercato nel nuovo quadro del Listing Act europeo[39].

---

[35] F.E. MEZZANOTTE, *Accountability in EU Sustainable Finance: Linking the Client's Sustainability Preferences and the MiFID II Suitability Obligation,* cit., pp. 498 ss; V. COLAERT, *Integrating Sustainable Finance into the MiFID II and IDD Investor Protection Frameworks,* cit., p. 469.

[36] ESMA, *Progress Report on Greenwashing Response to the European Commission's request for input on "greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies"*, cit., p. 80 e v. già ESMA, *On integrating sustainability risks and factors in MiFID II*, Consultation Paper, 19 dicembre 2018, ESMA35-43-1210.

[37] Cfr. art. 19 bis, 2 comma lett. f) punto ii) direttiva 2013/34/UE come modificata dalla CSRD, che richiede alle imprese di includere nella rendicontazione di sostenibilità una descrizione "dei principali impatti negativi, effettivi o potenziali, legati alle attività dell'impresa e alla sua catena del valore, *compresi i suoi prodotti e servizi*, i suoi rapporti commerciali e la sua catena di fornitura, delle azioni intraprese per identificare e monitorare tali impatti, e degli altri impatti negativi che l'impresa è tenuta a identificare in virtù di altri obblighi dell'Unione che impongono alle imprese di attuare una procedura di dovuta diligenza".

[38] Art. 7-9 SFDR. V. di recente ESMA, *Final Report on draft RTS on the review of PAI and financial product disclosures in the SFDR Delegated Regulation*, 4 dicembre 2023, JC 2023 55.

[39] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) 2017/1129, (UE) n. 596/2014 e (UE) n. 600/2014 per rendere i mercati pubblici dei capitali nell'Unione più attraenti per le società e facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese ai capitali*, 7 dicembre 2022, COM(2022) 762 final (di seguito Listing Act).

Tra gli aggiornamenti al Regolamento Prospetto[40], infatti, la proposta di un Listing Act richiede alle società che offrono al pubblico titoli di capitale o chiedono l'ammissione alla negoziazione di titoli di capitale in un mercato regolamentato di includere mediante riferimento nel prospetto, la relazione sulla gestione e la relazione sulla gestione consolidata che contengono la rendicontazione di sostenibilità, ora riformata ai sensi della CSDR.
Più specificamente, è proposta una modifica dell'art. 13 del Regolamento Prospetto, che affida ad atti delegati della Commissione europea l'onere di integrare le tabelle che definiscono le informazioni specifiche che devono essere incluse nel prospetto, tra le quali si annoverano anche informazioni riguardanti i fattori ambientali, sociali e di governance relativi ai titoli diversi dai titoli di capitale pubblicizzati come titoli che tengono conto di fattori ambientali, sociali e di governance o che perseguono simili obiettivi[41] (i.e. informazioni sull'impatto di sostenibilità di prodotti non direttamente commercializzati come sostenibili); e informazioni relative alla presenza di forme pubblicitarie che attribuiscono specifiche caratteristiche di sostenibilità a prodotti offerti sul mercato[42].
Nel disegno normativo richiamato, pertanto, sembrerebbe che l'integrazione nel prospetto delle informazioni sulla sostenibilità debba riguardare, in futuro, tutti i prodotti offerti sul mercato. Da questo angolo visuale, non può mancare di rilevarsi come il fenomeno del *greenwashing* – ed il connesso effetto di raggiro della domanda di prodotti sostenibili – sia destinato ad espandersi con il proliferare di canali di investimento dichiaratamente volti a perseguire istanze ESG.

2.1 Le fattispecie di prodotti finanziari sostenibili

Il ventaglio dei prodotti che hanno "come obiettivo investimenti sostenibili", o perché prendono in considerazione, in negativo, i rischi ESG o perché promuovono, in positivo, i fattori di sostenibilità si sta espandendo, dando vita ad un mosaico di strumenti utili ad orientare le imprese (finanziarie e non) ad attrarre dal mercato dei capitali risorse variamente destinate al perseguimento di obiettivi di sostenibilità. Il

[40] Regolamento (UE) 2017/1129 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativo al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di titoli in un mercato regolamentato, e che abroga la direttiva 2003/71/CE, 30 giugno 2017, OJ L 168/12.
[41] Considerando 23 Listing Act.
[42] Listing Act art. 1, comma 10 di modifica all'art. 13 del Regolamento Prospetto.

risultato è che l'intero albero della struttura finanziaria d'impresa è potenzialmente arricchito di varianti "sostenibili", a declinazione delle tradizionali fattispecie di obbligazioni, azioni e finanche di strumenti finanziari partecipativi.

In assenza (per lo più) di espresse previsioni normative volte a regolare il mercato di prodotti finanziari sostenibili, un ruolo fondamentale è stato svolto da organizzazioni private che hanno emanato standard e linee guida costituenti primi parametri di orientamento della condotta degli emittenti interessati ad accedere ai relativi mercati. È questa l'attività svolta dalla International Capital Markets Association (ICMA) che ha emanato principi in materia di c.d. *green bonds*[43]; *social bonds*[44] e anche *sustainability-linked bonds*[45].

Nel caso delle prime due fattispecie l'investimento obbligazionario ha quale causa finanziaria quella di sovvenzionare specifici progetti legati a obiettivi ambientali, come definiti dalla Tassonomia[46] e dai relativi atti delegati[47], ovvero ad obiettivi sociali che i regolatori europei stanno tentando di cristallizzare in una seconda Tassonomia precipuamente relativa a tematiche di sostenibilità sociale[48].

In alcuni casi sono state emessi sul mercato obbligazioni per il finanziamento di specifici progetti volti a combinare profili di sostenibilità ambientale e sociale[49].

---

[43] ICMA, *Green Bond Principles*, https://www.icmagroup.org/sustainable-finance/the-principles-guidelines-and-handbooks/green-bond-principles-gbp/ (ultimo accesso 14 febbraio 2024); v. anche The Climate Bond Initiative, https://www.climatebonds.net/standard/taxonomy (ultimo accesso 14 febbraio 2024).

[44] ICMA, *Social Bond Principles*, https://www.icmagroup.org/sustainable-finance/the-principles-guidelines-and-handbooks/social-bond-principles-sbp/ (ultimo accesso 14 febbraio 2024).

[45] ICMA, *Sustainability-linked Bond Principles*, https://www.icmagroup.org/sustainable-finance/the-principles-guidelines-and-handbooks/sustainability-linked-bond-principles-slbp/ (ultimo accesso 14 febbraio 2024).

[46] Regolamento UE 2020/282, cit.

[47] COMMISSIONE EUROPEA, *Implementing and Delegated Acts- Taxonomy Regulation*, https://finance.ec.europa.eu/regulation-and-supervision/financial-services-legislation/implementing-and-delegated-acts/taxonomy-regulation_en (ultimo accesso 14 marzo 2024).

[48] V. IISD, *Principles-Based Social Taxonomy for Sustainable Investing*, Agosto 2022, https://www.iisd.org/system/files/2022-08/social-taxonomy-sustainable-investing.pdf (ultimo accesso 14 marzo 2024); Commissione europea- Platform on Sustainable Finance, *Final Report on Social Taxonomy*, Febbraio 2022, https://finance.ec.europa.eu/system/files/2022-08/220228-sustainable-finance-platform-finance-report-social-taxonomy_en.pdf (ultimo accesso 14 marzo 2024).

[49] OECD, *Report on green, social and sustainability bonds issued by multilateral development banks and its use for infrastructure financing*, 1 settembre 2023,

Le obbligazioni ora ricordate devono distinguersi dai c.d. *sustainability-linked bonds* che sono titoli obbligazionari, sì collegati ad obiettivi di sostenibilità prestabiliti ma privi di connessione ad un progetto di sostenibilità predeterminato. I finanziamenti raccolti attraverso l'emissione del relativo titolo possono essere utilizzati per qualsiasi intervento nella sfera della sostenibilità necessario per l'emittente. Il pagamento dell'obbligazione è condizionato al raggiungimento di *Sustainability Performance Targets* (*SPT*s), misurati *ex post* mediante appositi *KPIs*[50]. L'emittente è generalmente incentivato a raggiungere i target prestabiliti, nell'area di sostenibilità di sua scelta, attraverso clausole penali (c.d. clausola di *step-up*) che lo costringono a pagare interessi maggiorati se gli indicatori non sono soddisfatti, ovvero clausole che consentono un pagamento di interessi diminuiti (c.d. clausola di *step-down*) in caso di realizzazione degli obiettivi generali posti.
Come sottolineato dalla Banca d'Italia, questi strumenti costituiscono nuovi canali di finanziamento per le PMI che non riescono ad attrarre investimenti sufficienti per la realizzazione di specifici progetti di carattere ambientale o sociale, e che possono ciononostante avviare percorsi di transizione facendo leva sugli interessi di sostenibilità degli investitori, con benefici dal punto di vista reputazionale[51].
Tuttavia, è evidente che, rispetto alla categoria dei green o social bonds, i *sustainability-linked bonds* rischiano di essere connessi a obiettivi di sostenibilità potenzialmente molto deboli, o comunque arbitrariamente definiti dall'emittente sì da attrarre finanziamenti aggiuntivi da una nuova porzione di investitori, ma senza attuare un reale impatto sul fronte della sostenibilità.
Sotto ulteriore profilo, il fatto che questi prodotti siano associati a interessi maggiori nel caso di mancato raggiungimento dei KPI potrebbe dare luogo

https://one.oecd.org/document/DAF/CMF/AS(2023)3/REV2/en/pdf (ultimo accesso 14 marzo 2024).

[50] La nascita dei Sustainability-linked bond è legata al corporate bond Enel del settembre 2019 denominato "General Purpose SDG Linked Bond", emesso per finanziare l'espansione della capacità produttiva legata a fonti rinnovabili - strategia appunto basata sui Sustainable Development Goals dell'Agenda ONU 2030. Enel, *Sustainability-linked Bonds*, https://www.enel.com/it/investitori/investimenti/finanza-sostenibile/finanza-sustainability-linked/sustainability-linked-bond (ultimo accesso 14 marzo 2024).

[51] P. ANTILICI- G. MOSCONI- L. RUSSO, *Quando innovazione finanziaria e finanza sostenibile si incontrano: i Sustainability-Linked Bonds*, aprile 2022, https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/mercati-infrastrutture-e-sistemi-di-pagamento/questioni-istituzionali/2022-022/N.22-MISP.pdf (ultimo accesso 14 marzo 2024), p. 14.

a conflitti di interesse in virtù dei quali l'emittente, ovvero gli stessi investitori, potrebbero eventualmente preferire l'opzione di accrescere il valore del finanziamento, attraverso la percezione di interessi più alti, e abdicare ai dichiarati intenti di sostenibilità[52]. In altri termini, rispetto ai *sustainability-linked bonds* si profila come maggiore il rischio di distorsione *in itinere* di investimenti professati in origine come sostenibili.
La distinzione ora tracciata tra le fattispecie di *green* e *social bonds* da un lato e *sustainability-linked bonds* dall'altro si ripropone anche sul diverso piano dei crediti bancari[53]: la Autorità bancaria europea[54], anche dalla prospettiva della disciplina prudenziale[55], incentiva infatti una funzionalizzazione dei crediti erogati verso obiettivi di sostenibilità e dunque verso imprese che presentino un profilo di rischio ESG più ridotto[56]. L'integrazione così prospettata tra rischio di credito e rischi ESG[57] giustifica l'attivazione di finanziamenti bancari volti a soddisfare una finalità di transizione specifica, quale la modernizzazione delle prestazioni energetiche dei mezzi di produzione o il miglioramento delle componenti di sicurezza dei lavoratori di siffatti mezzi (*green* o *social loans*); ovvero finalità legate a miglioramenti della sostenibilità complessiva in linea con la transizione (*sustainability-linked loans*).
Al di fuori del perimetro dei titoli obbligazionari (e della variante dei finanziamenti bancari), stanno emergendo anche nuove forme di partecipazioni azionarie associate a investimenti sostenibili, come è il caso delle azioni di società che di per sé svolgono attività d'impresa qualificabili come sostenibili, quali le azioni di imprese che svolgono la propria attività

[52] Si delinea cioè anche per i *sustainability-linked bonds* la possibilità di attivazione di monetizzazione di attività non sostenibili o comprovatamente anti-sostenibili, similmente a quanto avviene per il mercato dei crediti di carbonio, che seppur con delle evidenti differenze rispetto ai sustainability-linked bonds, rispondono comunque ad una logica di apprezzamento di violazione di standard di sostenibilità, come quelli relativi alle emissioni di carbonio.
[53] V. BEVIVINO, *Il bank government dopo l'integrazione dei fattori ESG nella regolazione prudenziale europea,* in *Banca Impresa Società* (2022), pp. 593 ss.
[54] EBA, *Report on Green Loans and Mortgages*, dicembre 2023, EBA/REP/2023/38.
[55] EBA, *Final draft implementing technical standards on prudential disclosures on ESG risks in accordance with Article 449a CRR*, 24 gennaio 2022, EBA/ITS/2022/01.
[56] Cfr. i risultati della ricerca di M. LUMIOTI-G. SERAFEIM, *The Issuance and Design of Sustainability-Linked Loans*, Harvard Business School Working Paper, No. 23-027, novembre 2022, https://www.hbs.edu/ris/Publication%20Files/23-027_4b09d278-4051-468e-a5d9-eb0e7c50c25d.pdf (ultimo accesso 15 marzo 2024).
[57] EBA, *Final Report, Guidelines on loan origination and monitoring*, 20 maggio 2020, EBA/GL/2020/06, §§ 27.

nel settore dell'energia rinnovabile[58], ovvero azioni volte a finanziarie particolari linee produttive o aree di ricerca sensibili alle istanze di sostenibilità. Ancora, possono essere qualificate come sostenibili azioni che incorporano una clausola di destinazione degli utili per fini sociali, ovvero azioni destinate ai dipendenti il cui esercizio del diritto di voto in assemblea è spesso, come attestano recenti esperienze, orientato a promuovere istanze ambientali o sociali[59].

Completano infine la rosa di prodotti finanziari qualificabili come sostenibili, anche strumenti finanziari partecipativi volti ad assegnare specifici diritti di voto a terzi portatori di interesse, ovvero, per quanto concerne i diritti patrimoniali, contenenti vincoli di riserva tesi a orientare gli amministratori al perseguimento di politiche di sostenibilità.

In alternativa alle soluzioni di mercato richiamate, si sono prospettati altri canali di investimento connotati da caratteristiche di sostenibilità e che si propongono come più affidabili proprio rispetto ai rischi di mancata realizzazione degli obiettivi di sostenibilità dichiarati in partenza. Il riferimento è alla cosiddetta finanza ad impatto sociale (c.d. *pay for success financing*). Si tratta di forme di investimento realizzate attraverso un processo strutturato di collaborazione tra stakeholder pubblici e privati, in virtù del quale la componente pubblica individua delle aree di intervento nella sfera sociale che si reputano meritevoli di finanziamento da parte di investitori privati selezionati. Le risorse raccolte dai canali privati vengono destinate al raggiungimento di risultati sociali predeterminati dalla parte pubblica. In base al grado di riuscita della realizzazione del progetto, quest'ultima restituisce il capitale con eventuali premi[60].

Rispetto al paradigma di finanza sostenibile sopra descritto, interamente affidato alla mano privata, la finanza ad impatto si contraddistingue per il coinvolgimento determinante del settore pubblico, quale *locus naturalis* per il perseguimento di interessi geneticamente estranei al dominio di

[58] V. D. RODECK- M. ADAMS, *Top 10 Energy Stocks of March 2024*, in Forbes (5 marzo 2024), https://www.forbes.com/advisor/investing/best-energy-stocks/ (ultimo accesso 2024).

[59] In dottrina, v. N. ABRIANI, *Strumenti finanziari partecipativi: utilizzo e futuro della raccolta "ibrida" di fondi*, a cura di P. MARCHETTI, in *Atti del Convegno- La s.p.a. nell'epoca della sostenibilità e della transizione tecnologica. Convegno internazionale di studi per i settant'anni della Rivista delle società*, Venezia, 10-11 novembre 2023, in corso di pubblicazione su *Rivista delle società* (2024).

[60] OECD, *Understanding Social Impact Bonds,* 2016, https://www.oecd.org/cfe/leed/UnderstandingSIBsLux-WorkingPaper.pdf (ultimo accesso 15 marzo 2024).

mercato. Alcune banche europee, come BNP Paribas[61] o Unicredit[62], hanno guardato con interesse al mercato dei *social impact bonds*, visti quale occasione per attrarre investitori interessati a diversificare il proprio portafoglio mediante titoli diversi da quelli azionari o obbligazionari.
Tuttavia, i costi di transazione particolarmente elevati tra settore pubblico e privato, anche per quanto riguarda il profilo della comprensione delle opportunità e dei rischi associati a questo tipo di asset, nonché la persistente assenza di metriche attendibili per la valutazione dell'impatto sociale effettivamente perseguito, stanno ponendo dei freni ad una più ampia diffusione di queste forme di investimento in partenariato pubblico-privato, giustificando l'attenzione del regolatore europeo più verso il mercato eminentemente privato di prodotti sostenibili, a partire dalla fattispecie delle obbligazioni verdi.
Il segmento, invero in evoluzione, di canali di finanziamento sostenibile nel quadro del mercato dei capitali solleva con urgenza la problematica delle misure volte ad arginare evoluzioni patologiche del rapporto di investimento discendenti da una mancata aderenza del prodotto finanziario alla causa di sostenibilità professata. L'allineamento effettivo della destinazione delle risorse finanziarie raccolte alle preferenze di sostenibilità (ove reali) degli investitori costituisce una sfida necessaria dell'attuale stato evolutivo dei mercati, anche alla luce delle nuove prospettive di cartolarizzazione delle fattispecie ricordate[63]. In tale ipotesi, diviene ancor più importante, infatti, che il sottostante oggetto di cartolarizzazione sia già dotato di caratteri che consentano di rendere affidabile il flusso informativo successivo.
Prime risposte in questo senso sono state delineate, in prospettiva di vigilanza preventiva, dal regolatore europeo nella disciplina recentemente licenziata sui green bonds, che annovera tra i suoi obiettivi principali

[61] BNP PARIBAS, *BNP Paribas partners with Banque des Territoires and the European Investment Fund to launch a new marketplace initiative: a fund to support the rollout of Impact Bonds across the European Union*, 26 giugno 2023, https://group.bnpparibas/en/press-release/bnp-paribas-partners-with-banque-des-territoires-and-the-european-investment-fund-to-launch-a-new-marketplace-initiative-a-fund-to-support-the-rollout-of-impact-bonds-across-the-european-union (ultimo accesso 15 marzo 2024).
[62] UNICREDIT, *Finanziamento a impatto sociale*, https://www.unicredit.it/it/piccole-imprese/finanziamenti/tutti-i-finanziamenti/finanziamenti-agevolati/Social-Impact-Financing.html (ultimo accesso 15 marzo 2024).
[63] BANCA D'ITALIA, *A First Analysis of the Green Securitisation in Italy*, a cura di F. CUSANO - D. LIBERATI - S. PIERMATTEI - L. RUBEO, ottobre 2023, https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2023-0809/QEF_809_23.pdf (ultimo accesso 15 marzo 2024).

proprio il contrasto al *greenwashing* nell'emergente mercato delle obbligazioni verdi. Delle soluzioni offerte in questa sede sul piano della vigilanza pubblica si darà brevemente conto nel paragrafo seguente per poi passare al vaglio il terreno, invero più problematico e meno esplorato, dei rimedi privati offerti dall'ordinamento nel caso in cui le preferenze di sostenibilità degli investitori siano disattese o fuorviate dallo stesso mercato che le ha plasmate.

2.2 Il modello di vigilanza ai sensi del regolamento europeo sui green bonds

Il legislatore europeo è intervenuto con una normativa specificamente relativa al mercato dei green bond con il Regolamento UE 2023/2631. La disciplina approvata mira a consolidare l'affidabilità dei prodotti qualificati come obbligazioni verdi, al fine ultimo di sostenere la transizione verso un mercato unico di capitali europeo mosso (anche) da investimenti sostenibili. In questi termini, occorre sin da subito osservare come l'attenzione al profilo della corretta informazione relativa alle caratteristiche e finalità delle obbligazioni verdi sia da inscriversi nella generale prospettiva promozionale del buon funzionamento del mercato dei prodotti green, che trova il suo perno nella tutela della categoria degli investitori con preferenze verso caratteristiche di sostenibilità dei prodotti finanziati.
Questo angolo visuale giustifica una regolazione più incentrata sullo strumento della vigilanza pubblica del mercato dei prodotti finanziari considerati, che sulla predisposizione di strumenti tutela del singolo investitore[64]. In quest'ottica, il regolamento *de quo* supplisce ad alcune delle lacune naturalmente lasciate aperte dal quadro di principi di *soft law* emanati da organizzazioni private come la già citata International Capital Markets Association (ICMA), particolarmente attiva nel settore dei prodotti finanziari sostenibili ma risultate scarsamente effettive nella mitigazione dei rischi di c.d. green default[65].

[64] Sul punto v. M. PYKA, *The EU Green Bond Standard: A Plausible Response to the Deficiencies of the EU Green Bond Market?*, in *EBOR,* 24 (2023), pp. 623 ss.
[65] Per la dottrina sull'azione delle organizzazioni private nella disciplina delle obbligazioni verdi, v. S. GILOTTA, *Green Bonds: A Legal and Economic Analysis*, a cura di T. KUNTZ, in *Research Handbook on Environmental, Social and Corporate Governance*, Cheltenham, 2023, in corso di pubblicazione, https://www.orizzontideldirittocommerciale.it/wp-content/uploads/2023/05/Gilotta_Green-bonds_ODC-2023_UPDATED.pdf (ultimo accesso 15 marzo 2024).

Proprio la reazione alle forme di autoregolazione esistenti in materia giustifica una stretta di misure di enforcement pubblico relative ad alcuni requisiti oggettivi e di trasparenza che condizionano la qualifica di un'obbligazione come verde in conformità all'etichetta europea (EuGB).
Dal punto di vista sostanziale, parimenti allo standard di cui ai *Green Bond Principles* dell'ICMA, si prevede che un'obbligazione verde per definirsi tale debba allocare i proventi raccolti verso attività ecosostenibili, ora prontamente individuati alla luce della categorizzazione di cui alla Tassonomia europea. Gli emittenti dovranno garantire che almeno l'85% dei fondi derivanti dalla collocazione di un'obbligazione sul mercato sia destinata ad attività economiche in linea con i criteri di ecosostenibilità[66].
Per quanto attiene ai requisiti di trasparenza rafforzata, invece, si prevede che l'emittente debba divulgare informazioni esaustive e rilevanti sulla destinazione dei proventi dei titoli. Il ciclo informativo delle obbligazioni verdi si articola in un processo tripartito che prevede una informativa precedente all'emissione da redigere; una relazione annuale sull'allocazione dei proventi; e una terza relazione finale sull'impatto generato dal progetto finanziato[67]. Infine, l'emittente è tenuto a pubblicare sul proprio sito internet tutte le relazioni e i prospetti relativi alle obbligazioni qualificate come verdi nonché la strategia sulla allocazione dei proventi delle obbligazioni[68].
Similmente a quanto sancito nella CSDR in materia di rendicontazione di sostenibilità, l'informativa in materia di green bonds ora citata deve essere soggetta alla verifica di revisori esterni soggetti alla vigilanza dell'ESMA in particolar modo in relazione ai possibili conflitti di interesse connessi all'attività di valutazione delle informazioni rilasciate[69].
I requisiti di iscrizione dei revisori in un apposito registro; di eleggibilità dei soggetti revisori nonché il relativo apparato sanzionatorio costituiscono misure preventive rispetto alla materializzazione di fenomeni di *greenwashing*, direttamente attivate dalla macchina del controllo pubblicistico sul mercato.

[66] Art. 4, comma 1 Regolamento (UE) 2023/2631. Il restante 15% potrà essere destinato anche ad attività non qualificate come sostenibili, a condizione che l'emittente renda adeguatamente trasparente la destinazione di questa porzione di risorse finanziarie. Art. 5, comma 1 Regolamento (UE) 2023/2631.
[67] Tutte e tre queste diverse informative devono essere redatte secondo gli schemi forniti agli Allegati di cui al Regolamento.
[68] Art. 15 Regolamento (UE) 2023/2631.
[69] Cfr. artt. 22-24 Regolamento (UE) 2023/2631.

La normativa considerata sancisce infine unicamente modelli di informativa volontaria per le obbligazioni legate alla sostenibilità (*sustainability-linked bonds*), che saranno oggetto di valutazione ai fini di un apposito intervento legislativo da parte della Commissione europea entro il 2026[70].

Così delineata nei suoi tratti principali, la disciplina europea in materia di obbligazioni verdi si pone quale ulteriore tassello della costruzione della sovrastruttura istituzionale dell'unione del mercato dei capitali europeo, affidata alla funzione livellante della vigilanza comune.

L'obiettivo è dunque quello di superare mediante la stretta di un approccio regolatorio *bottom-up*, i rischi di frammentazione discendenti dalle linee di autodisciplina sin qui tracciate dagli organismi privati, per guidare la condotta degli emittenti europei al perseguimento di interessi generali del mercato comune, in specie la tutela della corretta fisionomia informativa delle operazioni di emissione di obbligazioni verdi.

Ciò che tuttavia il regolamento manca di considerare è la prospettiva della giustizia correttiva tra i soggetti partecipanti al mercato, mediante l'introduzione di norme volte alla risoluzione di conflitti, e di riparazione dei danni, eventualmente derivanti proprio dal momento informativo attinente al prodotto finanziario oggetto della regolazione[71]. In altri termini, la normativa, incentrata– a ragione– sul versante della vigilanza sulla condotta dell'emittente, non pone tuttavia alcuno strumento a supporto del *private enforcement*, utile a dare una maggiore certezza e stabilità al rapporto tra emittente e investitore in prospettiva micro-economica.

In questo senso, ad esempio, non vi è alcuna previsione che imponga una integrazione del rapporto obbligatorio mediante clausole apposite relative all'uso dei proventi o a diritti informativi direttamente azionabili dai portatori dei titoli obbligazionari. Considerata dalla prospettiva delle linee di vigilanza preventiva rispetto alla fattispecie patologica del greenwashing, la emissione delle obbligazioni verdi nel mercato dei capitali europeo rimane dunque ad oggi sprovvista di una più certa dimensione civilistica, rilevante in costanza della materializzazione di un danno subito dai soggetti aderenti al circuito degli investimenti sostenibili.

[70] Art. 71, comma 2 Regolamento (UE) 2023/2631.

[71] In questo senso v. M. PYKA, *The EU Green Bond Standard: A Plausible Response to the Deficiencies of the EU Green Bond Market?,* cit., p. 629.

3. Le dimensioni del danno da greenwashing e la tutela dell'investitore

Come si è avuto modo di rilevare in apertura, il profilo della corretta formazione e comunicazione di informazioni di sostenibilità dei prodotti offerti al pubblico costituisce una precondizione essenziale per un mercato di capitali efficiente, in cui i prezzi riflettono adeguatamente il valore e i caratteri dell'investimento sottostante, e dunque per un corretto dispiegamento delle dinamiche concorrenziali tra emittenti nella collocazione di prodotti finanziari sostenibili. La dimensione sistemica dei rischi derivanti da pratiche di falsificazione informativa in materia ESG richiede, e al contempo giustifica, la costruzione di un solido impianto di vigilanza sul processo di genesi di informativa in materia di sostenibilità, che in concreto si sta articolando lungo i distinti piani della vigilanza i) sulla rendicontazione di sostenibilità, ii) sui mercati dei green bonds, e da ultimo, come prospettato dall'ESMA stessa, iii) sull'integrazione delle informazioni di sostenibilità nei prospetti.
Ciascuno dei tre livelli di vigilanza individuati sarà supportato dalla creazione di standard comuni di misurazione nella forma di rating ESG e benchmark di sostenibilità, volti a limitare condotte opportunistiche degli emittenti nello sfruttare le numerose aree grigie ancora sussistenti in relazione alla valutazione delle prestazioni di sostenibilità dell'impresa e dei prodotti offerti non solo da parte degli investitori e delle imprese concorrenti, ma anche da parte delle Autorità di vigilanza.
Su un distinto versante, occorre sottolineare come i tre piani di vigilanza ricordati muovano dalla considerazione dell'informativa di sostenibilità dal punto di vista dell'emittente, per considerare progressivamente la dimensione più particolare delle informazioni relative alle componenti ESG di specifici prodotti finanziari, come le obbligazioni green, ora disciplinate dalla normativa ricordata, fino ad arrivare al piano, ancora invero involuto, delle informazioni ESG inserite nei singoli prospetti dei prodotti finanziari. Alla luce della parabola tracciata sembra possibile affermare che le lenti della vigilanza si stiano progressivamente affinando, al fine di intercettare condotte di gestione pregiudizievole dell'informativa ESG a livello di specifici prodotti finanziari, e di raggiungere così un più alto grado di tutela del singolo investitore attratto da titoli con connotazioni di sostenibilità.
Così delineata, prendendo le mosse da una necessaria prospettiva macro-sistemica, l'evoluzione della vigilanza relativa ai rischi di greenwashing

sembra preludere ad una maggiore attenzione all'intercettazione di fattispecie di pregiudizio afferenti alle singole posizioni di investimento. Si tratta di una dimensione, quest'ultima, allo stato solo genericamente considerata dai regolatori: l'ESMA, ad esempio, non manca di rilevare come la comunicazione di profili di sostenibilità non veritieri o verificabili potrebbe riflettersi in una errata attribuzione del prezzo ai prodotti offerti, o comunque in pratiche commerciali scorrette[72], senza tuttavia andare a specificare i criteri tipizzanti delle fattispecie patologiche menzionate, né tantomeno i rimedi esperibili dai soggetti lesi.

La prospettiva del *private enforcement* rispetto a pregiudizi derivanti dal *greenwashing* meriterebbe pertanto un approfondimento maggiore da parte delle Autorità di vigilanza finanziarie, in particolare alla luce della prassi di mercato che sembra volgersi nel senso di una evidente compressione degli spazi di reazione degli investitori lesi nei propri interessi– finanziari e non– di sostenibilità.

Dati rilevanti a tal riguardo sono offerti ancora una volta dal mercato delle obbligazioni verdi. Alcuni studi empirici dimostrano infatti che gli emittenti di green bonds spesso cercano di ridurre, se non anche direttamente escludere, la propria responsabilità in caso di c.d. green defaults, ossia nel caso in cui i proventi dell'investimento promosso non siano destinati alle finalità di sostenibilità prefigurate in origine[73]. Risultano infatti frequenti le clausole con cui gli emittenti escludono qualsiasi legittima azione da parte degli investitori per mancato raggiungimento degli obiettivi ESG prefissi, dichiarando che tali ipotesi non integrano un inadempimento contrattuale dell'emittente nei confronti dell'investitore[74]. Eventuali contestazioni in questo senso sono a monte arginate dalla dichiarazione che i risultati dell'investimento potrebbero essere diversi da quelli rappresentati nel prospetto; che gli obiettivi di sostenibilità non sono vincolanti per il management, il quale rimane libero di cambiarli o deviare da questi (senza che siano nemmeno indicati dei criteri di esercizio di simili facoltà discrezionali del management)[75].

---

[72] ESMA, *Progress Report on Greenwashing Response to the European Commission's request for input on "greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies"*, cit., p. 15.

[73] L. FREEBURN - I. RAMSAY, *Green Bonds: Legal and Policy Issues*, in *Capital Market Law Journal* 15 (2020), pp. 418 ss., p. 440.

[74] M. DORAN- J. TANNER, *Green bonds' Growing Pains*, in *International Financial Law Rev* 225 (2019), pp. 22 ss., p. 23.

[75] J. ARMOUR - L. ENRIQUES- T. WETZER, *Green Pills: Making Corporate Climate Commitments Credible*, in *Arizona Law Review*, 65 (2023), pp. 285 ss., p. 288 e 312.

La responsabilità contrattuale viene infatti solitamente riconosciuta unicamente nel caso di inadempimento di prestazioni pecuniarie dell'emittente, mentre nulla è generalmente sancito in merito agli obblighi dell'emittente stesso di informare l'investitore circa il raggiungimento dei target prestabiliti, né tantomeno circa le operazioni di verifica esterna eventualmente sollecitabili dall'investitore in merito al raggiungimento di siffatti target[76]. Nella disciplina del rapporto dell'obbligazione verde intercorrente tra emittente e investitore, appare pertanto trascurato, in punto di prassi di mercati, il piano informativo: l'assenza di adeguata documentazione fornita all'investitore sul progetto di sostenibilità finanziato si pone quale primo ostacolo per così dire fattuale all'esperimento di rimedi non solo contrattuali, ma anche extracontrattuali da parte dell'investitore rispetto a fattispecie di mancata realizzazione degli obiettivi dichiarati[77].

La considerazione di queste peculiarità evolutive del mercato di prodotti finanziari sostenibile propone con forza il problema della individuazione del perimetro dei rimedi azionabili dall'investitore in caso di dichiarazioni variamente idonee a fuorviare, intenzionalmente ma anche non intenzionalmente, le opzioni di investimento di soggetti aventi preferenze di sostenibilità[78]. Secondo la ricostruzione offerta dalle Autorità di vigilanza europee, i) il profilo della scorrettezza oggettiva (*misconduct*)[79] e ii) l'attitudine distorsiva materiale della condotta della controparte costituiscono i tratti tipizzanti delle condotte di *greenwashing*[80]; ed è a partire dalla considerazione di questi elementi che pare opportuno procedere all'individuazione dei rimedi azionabili direttamente dagli investitori in caso di pregiudizio derivante da un'informativa di sostenibilità non veritiera o comunque fuorviante.

---

[76] R. CHAN, *Ensuring Impactful Performance in Green Bonds and Sustainability-linked Loans*, 421 *Adel Law Review* (2021), pp. 221 ss., p. 249.
[77] L. FREEBURN- I. RAMSAY, *Green Bonds: Legal and Policy Issues,* cit., p. 440.
[78] ESMA, *Progress Report on Greenwashing Response to the European Commission's request for input on "greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies"*, cit., p. 12.
[79] Il tema del rapporto tra rischio di condotta e rischio ESG è stato affrontato nello studio G. SCHNEIDER-A. SCIARRONE- C. FRIGENI, *Conduct Risk as a Possible Approach in Enhancing ESG-related Risks' Awareness and Management*, a cura di A. KERN-M. GARGANTINI-M. SIRI, in *The Cambridge Handbook of EU Sustainable Finance-Regulation, Supervision and Governance,* Cambridge, 2024, in corso di pubblicazione.
[80] ESMA, *Progress Report on Greenwashing Response to the European Commission's request for input on "greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies"*, cit., p. 5.

A tal fine, sembra possibile isolare tre distinte fattispecie rimediali a seconda della fonte della dichiarazione fuorviante per l'investitore, ossia a seconda che quest'ultima sia contenuta nella dichiarazione non finanziaria, ora nella nuova forma della rendicontazione di sostenibilità; nel prospetto; ovvero in avvisi o messaggi afferenti alla sfera del marketing dell'intermediario.

i) Per quel che riguarda la prima ipotesi, è già stato ricordato che ai sensi della nuova CSRD, la rendicontazione di sostenibilità deve includere anche informazioni sulle caratteristiche di sostenibilità dei prodotti finanziari collocati sul mercato. La stessa rendicontazione deve essere inoltre allegata alla relazione sulla gestione[81], ciò suggerendo univocamente la qualifica delle dichiarazioni rese in quella sede come atti gestori, suscettibili di esporre l'organo amministrativo ad azione di responsabilità sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c. da parte dei soci[82], inclusi, ma non solo, quei soggetti che abbiano investito in titoli di equity (qualificati secondo la ricostruzione di cui sopra come sostenibili), e che siano sensibili ai danni patrimoniali o reputazionali derivanti alla società per effetto delle dichiarazioni di sostenibilità ingannevoli; ovvero ad azione da parte dei creditori sociali ex art. 2394 c.c. potenzialmente esercitabile da investitori in titoli obbligazionari verdi, sociali o ESG-linked, divenuti per effetto dell'investimento creditori della medesima società e che riescono a dimostrare che il mancato raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità connessi all'emissione delle obbligazioni suddette si sia tradotto in un pregiudizio all'integrità del patrimonio sociale; ovvero ad azioni individuali del terzo (investitore) ex art. 2395 c.c.[83], che per effetto della dichiarazione non veritiera contenuta nella rendicontazione di sostenibilità abbia subito un danno derivante dall'atto (informativo) doloso o colposo degli amministratori (si pensi al titolare di strumenti finanziari partecipativi commercializzati come sostenibili i cui diritti di voto associati sono stati ammessi per decisioni risultate non realmente utili al perseguimento di obiettivi di sostenibilità; ovvero i cui proventi non sono stati destinati alle riserve "di sostenibilità" preannunciate). Se è vero che le opzioni gestorie, anche nella materia della sostenibilità, come riflesse dalla relazione sulla gestione dovrebbero essere coperte dalla *business judgment rule* e pertanto essere al riparo da scrutinio esterno, la natura più dettagliata delle norme

[81] Art. 19 bis direttiva 2013/34/UE come modificata dalla CSRD.
[82] Sul punto di recente, v. AL. BRIGUGLIO, *Informazione non finanziaria inesatta e ragionevole affidamento*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2 (2023), pp. 299 ss.
[83] V. AL. BRIGUGLIO, *Correttezza dell'informazione e responsabilità degli amministratori ex art. 2395 c.c.*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 5 (2023), p. 713 ss.

di cui alla CSRD va indubbiamente a rafforzare l'elemento procedurale della formazione delle informazioni sulla sostenibilità costitutive della relativa rendicontazione, aprendo un possibile varco valutativo per quanto concerne la (s)correttezza del processo di genesi informativa in materia ESG[84].

ii) Le azioni di responsabilità ipotizzate sub i), potrebbero essere agevolate in caso di inclusione delle informazioni di sostenibilità relative al prodotto finanziario acquistato nel prospetto. Diversamente dalle dichiarazioni, evidentemente di carattere più generale, contenute nella rendicontazione di sostenibilità che per sua natura deve riflettere le strategie intraprese in materia ESG dalla prospettiva della società di per sé e complessivamente considerata (entity-level), il prospetto di uno strumento finanziario qualificato come sostenibile potrebbe contenere informazioni più dettagliate sulla funzione non solo economica ma anche *sociale* del singolo investimento promosso. Queste informazioni potrebbero essere pertanto più utili nella ricostruzione del pregiudizio eventualmente patito dall'investitore per effetto delle informazioni di sostenibilità false o disattese sul prodotto finanziario offerto.

A supporto di questa ipotesi sembra andare un recente *Statement on ESG and Prospectus*[85]*,* in cui l'ESMA ha fornito delle prime indicazioni metodologiche in merito alla inclusione di informazioni sulla sostenibilità nei prospetti. Innanzitutto, in linea con l'approccio già espresso nella SFDR[86] e ora dalla CSDR sulla (doppia) materialità dei rischi di sostenibilità[87], l'Autorità richiede la segnalazione nel prospetto di tutti i profili di sostenibilità che possano avere un impatto materiale– dunque finanziario– sul valore dell'investimento offerto. In questo senso– si ricorda– viene in supporto il considerando 54 del Regolamento Prospetto che riconosce già che "anche circostanze di tipo ambientale, sociale e di governo societario possono costituire rischi specifici e significativi per l'emittente e i suoi titoli", richiedendone la indicazione nel prospetto.

Tuttavia, è evidente che le modalità di presentazione di siffatte informazioni necessitino di un supplemento di attenzione regolatoria in

[84] Auspica una limitazione della *business judgment rule* per orientare la discrezionalità imprenditoriale verso il conseguimento di obiettivi ambientali e sociali, M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e impresa*, 1 (2023), pp. 54 ss., p. 63.

[85] ESMA, *Public Statements- Sustainability Disclosures in Prospectuses*, 11 luglio 2023, ESMA32-1399193447-441.

[86] Art. 2, comma 22 SFDR.

[87] Considerando 29 CSRD.

caso di prodotti collocati sul mercato come sostenibili, o perché tengono espressamente conto di fattori ambientali, sociali o di governance (ESG) o perché mirano a perseguire dichiarati obiettivi ESG. In questa seconda ipotesi, infatti, l'investimento offerto dovrebbe, secondo le diverse gradazioni possibili, mitigare i rischi di sostenibilità dell'emittente e dunque proprio per la rilevanza materiale negativa di siffatti rischi, incidere positivamente sul valore finanziario dell'investimento, e per l'effetto dell'emittente a cui l'investimento si riferisce.
Sotto altra prospettiva, la rilevanza strutturale dei fattori ESG rispetto ad un prodotto specificamente destinato ad intercettare le preferenze di sostenibilità degli investitori sensibili a siffatte tematiche attribuisce all'investimento stesso una causa negoziale mista orientata, oltre al perseguimento di interessi finanziari, anche al soddisfacimento di interessi specificamente non finanziari dei soggetti aderenti all'offerta.
Secondo quanto precede, i tre distinti profili i) della materialità dei rischi di sostenibilità sul valore dell'investimento; ii) dell'impatto finanziario positivo di eventuali finalità ESG associate all'investimento; e infine iii) della possibile componente non finanziaria di investimenti sostenibili impongono di specificare, in relazione alla fattispecie delle informazioni di sostenibilità, il parametro di oggettività richiesto per le informazioni dedotte in prospetto[88].
Come ricordato dall'ESMA, l'obiettività implica la restituzione di una visione equilibrata dell'investimento proposto, in grado di rappresentarne sia gli aspetti positivi che quelli negativi[89]. In questa prospettiva, l'Autorità ha fornito prime indicazioni operative volte a orientare gli emittenti a circostanziare le fondamenta di qualsiasi dichiarazione relativa al profilo di sostenibilità dei titoli emessi. A scopo esemplificativo, lo Statement si sofferma sull'importanza i) dell'adesione a standard di mercato o etichette, ove esistenti, e della inclusione nel prospetto di informazioni materiali su tali standard o etichetta; e ii) del riferimento a dati scientifici e alle ipotesi sottostanti le dichiarazioni di sostenibilità, facendo riferimento a eventuali ricerche o analisi di terze parti[90].
Le indicazioni restituite dall'ESMA, ponendo le premesse per la definizione di più puntuali aspettative di vigilanza in materia di esplicitazione di parametri di sostenibilità nei prospetti, sottolineano a monte l'emersione di nuove aree di responsabilità "da prospetto" riguardanti, in ipotesi, non

[88] Considerando 27 Regolamento (UE) 2017/1129.
[89] ESMA, *Public Statements- Sustainability Disclosures in Prospectuses,* cit., p. 4.
[90] ESMA, *Public Statements- Sustainability Disclosures in Prospectuses,* cit., p. 2.

solo l'emittente, ma anche l'intermediario responsabile del collocamento e l'Autorità di vigilanza, e direttamente derivanti dalla mancata affidabilità, sia per quanto attiene alla dimensione di materialità, sia in relazione alla componente prettamente non finanziaria, delle informazioni di sostenibilità rese al mercato tramite nel momento dell'offerta al pubblico.
iii) A completamento del ventaglio dei rimedi in astratto esperibili dagli investitori lesi da informazioni di sostenibilità fallaci, le stesse ESAs nel citato report sul *greenwashing* fanno riferimento alla categoria delle pratiche commerciali scorrette, quale (ulteriore) presidio rimediale di natura generale[91], da considerare in aggiunta all'apparato sanzionatorio proprio delle normative settoriali poste a fondamento della corretta rappresentazione dell'informativa di sostenibilità sul mercato. Al contrario delle fattispecie rimediali considerate sub i) e ii), sembra potersi ravvisare l'utilità delle norme generali in materia di tutela del consumatore di cui alla Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno[92], come recepita nel nostro ordinamento nel Codice del Consumo, nel caso di dichiarazioni di marketing o di pubblicità relative ai prodotti finanziari offerti[93].
La rilevanza dello strumento delle pratiche commerciali scorrette per l'intercettazione di fattispecie di *greenwashing* nel settore finanziario è stata già confermata da alcuni casi decisi su suolo europeo: nell'ottobre del 2022, l'Advertising Standards Authority inglese, sollecitata da numerosi reclami, ha vietato, qualificandoli come pubblicità ingannevole, alcuni

[91] ESMA, *Progress Report on Greenwashing Response to the European Commission's request for input on "greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies"*, cit., p. 79.
[92] Direttiva 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 direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), 11 giugno 2005, OJ L 149/22. Proprio in materia di pratiche commerciali scorrette relative alla commercializzazione di prodotti sostenibili, la direttiva è stata di recente modificata dalla Direttiva (UE) 2024/825 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 febbraio 2024 che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione, 6 marzo 2024, OJ L 1/16.
[93] Sull'applicabilità della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette alla fattispecie della falsa restituzione di informazioni di sostenibilità, v. M. LIBERTINI, *La comunicazione pubblicitaria e l'azione delle imprese per il miglioramento ambientale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1 (2011), pp. 331 ss.; I. RIVA, *Comunicazione di sostenibilità e rischio di greenwashing*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1 (2023), pp. 55 ss. e F. BERTELLI, *I* green claims *tra diritto del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, I (2021), pp. 286 ss.

annunci di HSBC che presentavano la banca come particolarmente virtuosa nella transizione a obiettivi net zero, mancando però di menzionare ingenti finanziamenti al settore dei combustibili fossili e ad attività di deforestazione[94]. Recentemente, la *Verbraucherzentrale Baden Württemberg*, un'associazione di consumatori tedesca ha avviato diverse azioni legali contro istituti finanziari, accusandoli di promesse di sostenibilità non verificabili o addirittura false per promuovere i loro prodotti finanziari[95]. La Corte regionale di Berlino ha emesso un'ordinanza di cessazione e sospensione contro una società di gestione del risparmio tedesca per aver pubblicizzato una strategia di investimento sostenibile senza separare chiaramente i prodotti sostenibili da quelli non sostenibili mentre proponeva offerte di investimento ai potenziali investitori[96]. In un altro caso, il tribunale regionale di Stoccarda ha emesso una sentenza contro un'altra società di gestione del risparmio tedesca, la quale aveva inserito sul proprio sito web un cosiddetto calcolatore di impatto che mostrava le emissioni di carbonio risparmiate in relazione all'importo dell'investimento. Il tribunale ha ritenuto che le informazioni fossero fuorvianti, poiché il volume delle emissioni di carbonio indicato agli investitori era frutto di una stima approssimativa, senza che ciò fosse chiarito agli investitori[97].

Nel nostro ordinamento, la normativa generale in materia di pratiche commerciali scorrette, è stata infine posta a fondamento di una ingente sanzione applicata dall'AGCM, e poi confermata dal TAR del Lazio, nei confronti della pubblicità che, nella campagna ENI Diesel +, presentava dei biocarburanti come ecologici[98]. Similmente, l'AGCM ha sanzionato un ulteriore caso di *greenwashing* legato ad alcune dichiarazioni pubblicate sul proprio sito da parte di una società benefit operante nel settore avicolo[99].

---

[94] EBA, *EBA Progress Report on Greenwashing Monitoring and Supervision*, 31 maggio 2023, EBA/REP/2023/16, p. 49.

[95] VERBRAUCHERENTRALE BADEN WÜRTTEMBERG, *Greenwashing bei der Geldanlage: Werbung mit Nachhaltigkeit*, 20 novembre 2023, https://www.verbraucherzentrale-bawue.de/greenwashing (ultimo accesso 15 marzo 2024).

[96] CORTE REGIONALE DI BERLINO, decisione del 12 luglio 2023 – 101 O 68/22

[97] CORTE REGIONALE DI STOCCARDA, decisione del 10 gennaio 2022 – 36 O 92/21.

[98] AGCM, PS11400 - Sanzione di 5 milioni di euro a ENI per pubblicità ingannevole nella campagna ENI diesel+, 15 gennaio 2020, https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/1/PS11400 (ultimo accesso 15 marzo 2024).

[99] AGCM, PS12496 – Fileni Sostenibilità, 16 gennaio 2024, https://agcm.it/dotcmsCustom/tc/2029/1/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/560629584908B965C1258AB300408668/$File/p31025.pdf (ultimo accesso 15 marzo 2024).

Il richiamo alle norme in materia di tutela del consumatore e delle Autorità di vigilanza europee e della casistica richiamata ripropone la questione della applicabilità, nel nostro ordinamento, dei rimedi previsti dalla disciplina suddetta nei mercati regolati. Il quesito è ulteriormente sollecitato dalla esclusione delle fattispecie già regolate ai sensi del diritto finanziario dell'Unione dall'ambito di applicazione della proposta disciplina in materia di green claims[100].

Tuttavia, fermo restando la prevalenza delle norme settoriali in materia di informativa di sostenibilità[101], non pare infondato postulare l'applicabilità della normativa consumeristica in materia di green claims nei casi non (ancora) espressamente disciplinati dalla normativa settoriale, come è il caso delle "libere" dichiarazioni di sostenibilità contenute sui siti web o in altre dichiarazioni di marketing relativi a strumenti collocati sul mercato da emittenti o da imprese finanziarie.

Nel settore dei mercati regolati, come ben noto, la correttezza della condotta degli intermediari è oggetto di specifica disciplina ai sensi del TUF, che all'art. 21 TUF pone degli obblighi di professionalità, trasparenza e correttezza[102] posti a diretto presidio dell'adeguatezza degli strumenti offerti rispetto alle esigenze della pertinente categoria di clienti[103].

Tuttavia, fintantoché la normativa settoriale non contiene previsioni divergenti o comunque speciali rilevanti, non pare irragionevole affermare, per una sorta di specialità oggettiva relativa alla specifica fattispecie regolata (i green claims), la rilevanza dei canoni di correttezza procedurale di informazioni di sostenibilità sancite dalla disciplina consumeristica in materia di green claims – e relative, tra gli altri, ai requisiti dell'accuratezza[104], della fondatezza[105] e della veridicità certificata[106] delle

[100] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'attestazione e sulla comunicazione delle asserzioni ambientali esplicite (direttiva sulle asserzioni ambientali)*, 22 marzo 2023, COM(2023) 166 final. Una volta adottata, la direttiva sui green claims sarebbe una *lex specialis* destinata a prevalere sulla direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette in caso di conflitto. La proposta di direttiva è volta a migliorare la qualità delle informazioni sulle caratteristiche ambientali dei prodotti e servizi resi, con il duplice obiettivo di tutelare la libertà di autodeterminazione dei consumatori e promuovere l'innovazione nei mercati dei prodotti verdi. A tal fine la direttiva proposta istituisce norme relative alla fondatezza, comunicazione e verifica delle informazioni ambientali rese dalle imprese ai consumatori (b2c).

[101] Considerando 11; 12; Art.1, comma 2 della Proposta di direttiva sui green claims.

[102] Art. 21, comma 1 TUF.

[103] Art. 21, comma 2bis TUF.

[104] Art. 3 della Proposta di direttiva sui green claims.

[105] Art. 4 della Proposta di direttiva sui green claims.

[106] Art. 10 della Proposta di direttiva sui green claims.

informazioni di sostenibilità relativi a prodotti commercializzati come sostenibili – ai fini dell'integrazione delle norme di comportamento ex art. 21 TUF.

Così interpretati, i parametri di correttezza di cui al TUF potrebbero pertanto fondare, anche rispetto a fattispecie di dichiarazioni pubblicitarie o di marketing promozionali sul versante ESG di strumenti finanziari offerti al pubblico, autonomi giudizi di responsabilità degli intermediari, per condotte opportunistiche degli stessi, anche se non aggressive o ingannevoli, e derivanti, a seconda delle specificità del caso concreto, da lesione degli obblighi di condotta richiamati nella fase delle trattative e della formazione del contratto (art. 21, comma 1, lett. b) e c) TUF e artt. 27, comma 2 e 3; 28, comma 1 e 2 del Regolamento Intermediari); nel momento della determinazione della prestazione contrattuale dovuta (art. 21, comma 1 lett. a) TUF; art. 26 Regolamento Intermediari) e nella esecuzione dello stesso contratto avente ad oggetto i servizi di investimento offerti (art. 21, comma 1 lett. b) TUF; art. 28, comma 3 e 4 Reg. Intermediari)[107].

Nei mercati regolati, pertanto, la correttezza delle condotte degli emittenti nei confronti della clientela appare già salvaguardata dal TUF e dalla relativa normativa di secondo livello. Ciò tuttavia, non sembra escludere, almeno in astratto, l'applicabilità a simili condotte scorrette dal punto di vista informativo, anche del divieto di pratiche commerciali scorrette di cui all'art. 20 cod. cons., quantomeno quando la regolazione settoriale (come espressa nell'art. 21 TUF) non si ponga in contrasto ma converga con la disciplina consumeristica e quest'ultima fornisca pertanto strumento di tutela ulteriore rispetto alla violazione di obblighi di diligenza professionale, già previsti dalla regolazione di settore[108].

È quanto confermato dall'art. 27 cod. cons., che attribuisce all'AGCM la competenza a concretizzare il divieto di pratiche commerciali scorrette, anche con riferimento ai professionisti attivi nei settori regolati, postulando un intervento AGCM concorrente, oppure integrativo o suppletivo delle Autorità di vigilanza settoriali, all'insegna di una leale

[107] Sulle norme di comportamento come regole di responsabilità. V. A. PERRONE, *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Rivista delle Società*, 5 (2005), pp. 1012 ss.

[108] Questa l'interpretazione sostenuta da Autorevole dottrina, v. A. GENOVESE, *Pratiche commerciali scorrette e offerta di servizi di investimento*, a cura di C. GIUSTOLISI, in *La direttiva Consumer Rights. Impianto sistematico della Direttiva di armonizzazione massima*, Roma, 2017, pp. 95 ss.; e M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, a cura di M. GRILLO, in *Mercati finanziari e protezione del consumatore*, Milano, 2010, pp. 21 ss.

cooperazione interistituzionale, auspicabile anche proprio a fini di contrasto al *greenwashing*.

Secondo questa linea di ragionamento, e in linea parallela alle prospettive di enforcement pubblico da parte delle Autorità finanziarie ovvero dell'AGCM, dovrebbero pertanto essere ritenute ammissibili anche nel nostro ordinamento, come prefigurato dai citati casi tedeschi, anche azioni civili, nella forma anche di azioni collettive ai sensi della recente Direttiva UE 2020/1828[109] e prima ancora, a livello nazionale, della l. 31/2019 sui procedimenti collettivi[110], per pregiudizi da *greenwashing* subiti da medesime categorie di investitori, e finanche da imprese concorrenti, in alternativa in base alla normativa settoriale di cui al TUF ovvero in base alla disciplina consumeristica generale.

iv) Infine, occorre domandarsi se la restituzione al pubblico di informazioni sistematicamente false relative alle finalità di sostenibilità di uno strumento finanziario offerto sul mercato, possa costituire un "mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda" e quindi idoneo a integrare la fattispecie della concorrenza sleale ex art. 2598, n. 3 c.c.[111].

Come noto, al di fuori del perimetro dei mercati regolati, la norma è stata recentemente posta a fondamento di un'ordinanza cautelare di tipo inibitorio (poi riformata in appello) del Tribunale di Gorizia rivolta ad un'impresa produttrice di microfibre rispetto ad un messaggio pubblicitario reputato generico e idoneo a creare nel consumatore "un'immagine green dell'azienda senza peraltro dar conto effettivamente di quali siano le politiche aziendali che consentono un maggior rispetto dell'ambiente"[112].

---

[109] Direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, 4 dicembre 2020, OJ L 409/1.

[110] Ai sensi della l. 31/2019 l'azione di classe può ora essere intentata a tutela di "diritti individuali omogenei", indipendentemente dal titolo azionato, e non è più circoscritta alla tutela dei soli diritti del consumatore secondo le previsioni del Codice del Consumo. Inoltre, una class action può ora essere avviata in relazione a controversie tra imprese (B2B) sia tra imprese e consumatori o altri soggetti come gli investitori non professionali.

[111] V. D. ARCIDIACONO, *Concorrenza sleale, core labour standards e violazioni in materia ambientale*, in *Rivista di diritto industriale* (2014), pp. 324 ss.; A. PISTILLI, *Il greenwashing tra pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta: quando può dirsi atto di concorrenza sleale?,* in *Il diritto industriale* 4 (2022), pp. 381 ss.; F. BERTELLI, *I* green claims *tra diritto del consumatore e tutela della concorrenza,* cit., pp. 286 ss.

[112] Per un commento alla pronuncia v. F. URBANI, *La prima pronuncia in materia di contrasto al greenwashing: correttezza informativa e lealtà della concorrenza fra imprese*, in *Rivista delle società*, 2-3 (2022), pp. 663 ss.

Le stesse definizioni di *greenwashing* offerte dalla normativa europea mettono in luce il profilo della acquisizione di un "vantaggio sulla concorrenza in modo sleale"[113], suggerendo come asserzioni infondate in materia ESG possano avere l'effetto, oltreché di pregiudicare gli interessi (di sostenibilità) degli investitori, di creare un pregiudizio alle imprese concorrenti[114]: l'ingiustificata promozione di caratteristiche di sostenibilità dei prodotti offerti potrebbe invero artificiosamente attrarre verso l'impresa autrice della informazione scorretta una porzione di investitori che, in assenza della dichiarazione mendace, avrebbero indirizzato i propri investimenti ad altre attività economiche qualificate come sostenibili (in ipotesi ad altre imprese emittenti titoli obbligazionari connessi a progettualità verdi o sociali). Imprese genuinamente concorrenti nei mercati di strumenti finanziari sostenibili potrebbero dunque subire, per effetto della pratica informativa scorretta, una perdita di quota di mercato e con ciò un danno concorrenziale[115].

Nei mercati finanziari, il pregiudizio concorrenziale derivante da una comunicazione di sostenibilità distorta è evidentemente da ricollegare alla violazione dei sopra richiamati canoni di correttezza professionale "settoriale" di cui al TUF e in particolare all'art. 21 TUF e art. 127 TUB. Come è stato autorevolmente affermato, infatti, "la cura dell'informazione– che contrassegna tali testi (a mezzo di clausole generali e di norme di dettaglio, come pure dettate delle relative fonti regolamentari) – risulta propriamente destinata a beneficio, oltre che della clientela, anche delle imprese concorrenti (esemplari, da quest'angolo visuale gli artt. 116 e 123 Tub), sì che queste meglio possano confrontarsi sul mercato"[116].

Rispetto ad imprese tra le quali sussiste un rapporto di concorrenza economica nel mercato dei prodotti sostenibili, ancor più che nei rapporti verticali tra emittenti e investitori, i principi di correttezza professionale, che costituiscono il parametro di qualificazione della slealtà dell'attività

[113] Cfr. il già citato considerando 11 Regolamento UE 2020/282.

[114] L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, a cura di G. ALPA-G. CONTE, in *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015, pp. 191 ss.

[115] D. LENZI, *La finanza d'impatto e i green e social bonds. Fattispecie e disciplina tra norme speciali e principi generali*, in *Banca Impresa Società*, 1 (2021), pp. 115 ss., p. 153.

[116] Così A. DOLMETTA, *Concorrenza tra banche e diffusione di informazioni denigratorie e vere*, in *Questione Giustizia*, 26 marzo 2018, https://www.questionegiustizia.it/articolo/concorrenza-tra-banche-e-diffusione-di-informazioni-denigratorie-e-vere_26-03-2018.php (ultimo accesso 15 marzo 2024). V. A. DOLMETTA, *Trasparenza nei prodotti bancari. Regole*, Roma-Bologna, 2013, p. 79.

concorrenziale, sembrano doversi calibrare anche sulla aderenza alle norme di trasparenza al mercato imposte dalle norme di settore ora poste dalla CSDR (nel suo impatto di riforma della disciplina dell'informativa di sostenibilità sia delle società quotate sia delle società finanziarie). Le previsioni ivi contenute si pongono infatti come standard di mercato minimi a cui tutte le imprese operanti mercati finanziari devono conformarsi al fine di consolidare la credibilità del mercato dei prodotti sostenibili e la fiducia in esso dei soggetti (in primis le imprese) che vi prendono parte. La difformità ai requisiti normativi così configurati da parte delle società emittenti di strumenti sostenibili sembra pertanto doversi a ragione considerare parametro valutativo utile a inferire la attitudine di dichiarazioni in materia di sostenibilità ad alterare gli equilibri concorrenziali promossi dal legislatore tra imprese operanti in un medesimo mercato.
In definitiva, l'accertamento della violazione dei criteri di correttezza professionale così ricostruito per quanto concerne gli emittenti di strumenti finanziari sostenibili potrà agevolare la verifica dell'idoneità della condotta informativa esaminata a colpire la posizione sul mercato di un'impresa concorrente per il tramite dello sviamento di clientela, a prescindere dall'elemento soggettivo e dall'effettiva sussistenza del pregiudizio patito. Diversamente dalle altre soluzioni rimediali sin qui tracciate rispetto a condotte di *greenwashing*, occorre infatti segnalare che la fattispecie di concorrenza sleale si contraddistingue per la sua funzione preventiva rispetto alla lesione del bene giuridico del corretto dispiegamento delle dinamiche concorrenziali tra imprese; funzione assicurata tramite l'azione inibitoria volta a garantire la pronta cessazione delle condotte sleali del concorrente, a prescindere dalla valutazione sulla risarcibilità del danno, che rimane esito eventuale del giudizio[117].

3.1 L'incerta fisionomia del danno da greenwashing

La ricostruzione sopra svolta del ventaglio dei rimedi in astratto esperibili da parte degli investitori lesi da informazioni inesatte o fuorvianti in materia di sostenibilità dei prodotti collocati sul mercato si scontra con lo scoglio pratico delle concrete prospettive di accertamento e dunque di ristoro dei pregiudizi da "greenwashing" allegati. E ciò a prescindere dal

[117] V. L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa,* cit., pp. 248 ss. In senso critico v. M. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitorie e di risarcimento del danno*, in *Rivista critica di diritto privato*, I (1995), pp. 385 ss.

fatto che la responsabilità per simili condotte sia qualificata, in relazione alle diverse fattispecie prospettate, come una responsabilità di natura (pre)contrattuale o aquiliana.

Una prima criticità in questo senso attiene alla individuazione della natura del danno patito: in tutte le ipotesi rimediali considerate, infatti, il pregiudizio patito potrebbe essere innanzitutto di natura patrimoniale, derivante o dall'impatto diretto (negativo) sul valore dell'investimento di una gestione dei fattori ESG deteriore rispetto a quella dichiarata formalmente attraverso il documento di rendicontazione di sostenibilità (nella forma dunque del danno emergente); o dalle ipotesi di mancato guadagno (nella forma del lucro cessante) costituito dall'incremento del valore finanziario che avrebbe interessato l'investimento laddove il progetto di sostenibilità fosse stato effettivamente realizzato secondo le modalità prefigurate. In queste ipotesi, il danno risarcibile potrebbe essere costituito dal danno differenziale tra il prezzo pagato per sottoscrivere il titolo sostenibile e il prezzo che si sarebbe formato in caso di informazione veritiera, ovvero dall'intero prezzo versato per l'investimento poi risultato divergente dalle aspettative ingenerate dalle informazioni false[118].

La persistente incertezza da un lato nella definizione giuridica delle componenti di sostenibilità, dall'altro nelle metriche di misurazione scientifica dei relativi fattori ESG[119] si pone tuttavia a diretto ostacolo di una chiara quantificazione dei danni patiti dagli investitori di un prodotto fallacemente acquistato come sostenibile, nella duplice prospettiva della materialità dei rischi ESG e della mancata valorizzazione dell'investimento.

Diversa è inoltre la questione, se condotte di adulterazione di informazioni di sostenibilità possano essere idonee a determinare pregiudizi di natura non già strettamente finanziari, quali quelli direttamente connessi al valore dell'investimento attuato, ma di natura non finanziaria, relativi ai danni ambientali o sociali provocati dall'emittente per non aver attuato le misure di sostenibilità promesse attraverso la raccolta di finanziamenti sostenibili, e nei confronti dei quali gli investitori interessati possono vantare interessi "qualificati" appunto dal diretto coinvolgimento finanziario.

Alla luce delle diverse possibili declinazioni del danno da *greenwashing* così delineate appare legittimo chiedersi se le soluzioni acquisite per il ristoro dei danni da falsa informazione finanziaria siano trasponibili nella

[118] La restituzione dell'intero valore dell'investimento corrisposto potrebbe essere ipotizzata in caso di accertamento della nullità del contratto stipulato. V. A. PERRONE, *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta,* cit., p. 1014.

[119] Sul punto G. STRAMPELLI, *L'informazione non finanziaria tra sostenibilità e profitto*, in *AGE*, 1 (2022), pp. 145 ss., p. 148.

nuova dimensione delle informazioni di sostenibilità[120]. A questo riguardo, la necessità di criteri di valutazione del danno nuovi appare suggerita dalla considerazione della natura peculiare dell'informazione di sostenibilità a partire dalla quale viene a materializzarsi (eventualmente) il pregiudizio da *greenwashing*.

Sul versante oggettivo, non può mancarsi di osservare come, diversamente dalle informazioni finanziarie per lo più rivolte al passato o comunque, anche se di natura prospettica, maggiormente vincolate, sotto il profilo matematico, ai dati pregressi, le informazioni relative alla gestione dei fattori ESG si proiettano nel futuro, con un gradiente di imprevedibilità potenzialmente molto alto rispetto all'andamento passato (si pensi all'imponderabilità delle calamità climatiche, ovvero degli assetti geopolitici). La natura incerta della stima futura su cui si basano le asserzioni di sostenibilità amplia i margini di scusabilità dell'errore sui fatti futuri prospettati, restringendo, per l'effetto, l'area di possibile rilevanza dell'elemento soggettivo della colpa del soggetto a cui è da imputare la rappresentazione del profilo di futura sostenibilità oggetto della dichiarazione risultata poi infondata o disattesa. Per superare le criticità in punto di prevedibilità della mancata realizzazione delle prestazioni ESG prospettate in connessione all'investimento sollecitato occorrerebbe dunque che gli investitori fornissero la prova del dolo dell'emittente nel rappresentare un fatto accertabile come falso o irrealizzabile già nel momento in cui la stessa dichiarazione viene resa, sì da ingannare l'investitore e limitare la sua capacità di prendere delle decisioni informate. L'incertezza fisiologica caratterizzante le dichiarazioni di sostenibilità rende ugualmente incerta la determinazione del nesso causale della diretta incidenza della informativa resa sul pregiudizio subito dall'investitore per effetto dell'investimento falsamente prospettato. In particolare, lo stesso nesso causale sembra difficilmente ravvisabile laddove l'esito diverso, rispetto a quello inizialmente prospettato, del progetto di sostenibilità finanziato sia conseguenza non già della fallacia dell'informativa associata all'investimento promosso, bensì di una circostanza eccezionale, per così dire di forza maggiore, che si sia frapposta al legame eziologico tra la rappresentazione iniziale ed il reale svolgimento del progetto finanziato.

In questo senso, determinante ai fini del rilevamento del nesso causale tra informativa di sostenibilità e pregiudizio eventualmente lamentato da parte di investitori di strumenti finanziari sostenibili appare

[120] Cfr. P. GIUDICI, La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari, Milano, 2008, p. 217.243.

l'accertamento circa la mancata rispondenza delle informazioni di sostenibilità rese alla realtà d'impresa esistente nel momento in cui le stesse informazioni sono state rese e l'investimento è stato incoraggiato. Nel caso in cui, infatti, *ab origine*, le informazioni di sostenibilità rese risultassero in forte discrepanza con i mezzi e le politiche generali dell'impresa nel momento della collocazione dello strumento finanziario sostenibile sul mercato, le medesime informazioni potrebbero considerarsi, di per sé, idonee a causare il danno da investimento una volta che questo si sia rivelato diverso da come l'investitore lo aveva valutato; e ciò a prescindere da eventuali fatti posti al di fuori del raggio d'azione di impresa volti a deviare ulteriormente l'andamento dell'investimento dagli obiettivi inizialmente prefissati. Diversamente dovrebbe invece considerarsi il caso in cui le informazioni di sostenibilità fossero risultate compatibili con gli assetti organizzativi e amministrativi per la gestione dei rischi ESG d'impresa esistenti al momento dell'emissione dello strumento finanziario, sì da rendere ragionevole il conseguimento degli obiettivi dichiarati in connessione all'investimento. In siffatta ipotesi, sembrerebbe più verosimile che la eziologia del danno patito dall'investitore sia da ricercarsi in fonti diverse da quelle dell'informativa resa.

Secondo la ricostruzione proposta, pertanto, a fini della verifica del nesso causale tra l'informazione distorta e il danno da investimento rivelatosi non sostenibile, parrebbe utile il raffronto, in punto di coerenza, tra informazioni rese in relazione allo specifico investimento e le informazioni relative alle più generali linee di gestione dei fattori di sostenibilità avviate dall'impresa emittente, come raffigurate nella nuova rendicontazione di sostenibilità contenuta nella relazione sulla gestione ed ora esposte a più stringenti controlli di revisione, anche grazie al requisito di audit esterni.

Sempre in relazione al nesso causale, occorre ricordare che, ai fini della valutazione dell'attitudine lesiva dell'informazione di sostenibilità offerta in relazione ad uno strumento finanziario offerto sul mercato, non possa passare inosservato il grado di specificità e puntualità della stessa informazione resa. È quanto suggerito dalla stessa ESMA nel già citato *Statement* in materia di ESG e prospetto, in cui, come sopra ricordato, si pone il requisito dell'oggettività (*rectius,* della fondatezza oggettiva) dell'informazione di sostenibilità rilasciata sul mercato[121].

Il dato non è indifferente rispetto alla rilevazione della (eventuale) responsabilità dell'emittente, posto che solo una informazione di sostenibilità realmente oggettiva pare idonea a orientare materialmente la

[121] ESMA, *Public Statements- Sustainability Disclosures in Prospectuses,* cit., p. 4.

decisione di investimento[122], ingenerando in costui l'affidamento che l'informazione resa sia veritiera[123]. Siffatto affidamento e, con esso, la rilevanza delle informazioni di sostenibilità rese come eziologicamente determinanti ai fini dell'investimento non sembrano poter essere riscontrate nel caso in cui i tratti di sostenibilità del progetto connesso all'emissione dello strumento finanziario siano stati rappresentati in termini generici, vaghi, o ancora eccessivamente distanti nel tempo[124], quand'anche questi siano rappresentati da un soggetto dotato di un certo grado di professionalità.

Muovendo infine da un piano di analisi oggettivo (circa la natura dell'informativa di sostenibilità e la sua attitudine causale alla produzione di un danno da investimento) ad un diverso versante soggettivo, deve rilevarsi come la complessità della definizione delle coordinate del danno da informazioni fuorvianti sulla sostenibilità sia ulteriormente aggravata dalla nuova figura di investitore che subisce in ipotesi il pregiudizio derivante dall'investimento erroneamente sostenibile. Di contro all'immagine di investitore "razionalmente" attratto da investimenti sostenibili, forgiata dalla recente normativa europea in materia di rendicontazione di sostenibilità[125], il canale dei finanziamenti legati a obiettivi di sostenibilità sembra aprire a nuove forme di irrazionalità degli investitori che potrebbero rendere ulteriormente difficoltoso l'iter di accertamento di responsabilità da *greenwashing* degli emittenti. Come dimostrato da recenti studi di economia comportamentale, le preferenze di sostenibilità degli investitori sono tutt'altro che fisse, ma soggette ad oscillazioni determinate da contingenze relative a quegli stessi fattori ambientali o sociali a cui dovrebbero riferirsi gli investimenti effettuati[126]. La mutevolezza delle stesse preferenze di sostenibilità potrebbe dare adito

[122] See J. ARMOUR- L. ENRIQUES- T. WETZER, *Green Pills: Making Corporate Climate Commitments Credible,* cit., pp. 311-313.

[123] AL. BRIGUGLIO, *Informazione non finanziaria inesatta e ragionevole affidamento,* cit., pp. 299 ss.

[124] È quanto sostenuto dalla giurisprudenza statunitense, v. *James v. Exxon Mobil Corp.*, 452044/2018, 2019 WL 6795771 (N.Y. Sup. Ct. Dec. 10, 2019), §§ 34, ove si afferma: "no reasonable investor […] would make investment decisions based on speculative assumptions of costs that may be incurred 20+ or 30+ years in the future."

[125] Considerando 11 CSRD, ove si mette in luce la "consapevolezza" degli investitori sui rischi di sostenibilità.

[126] È stato ad esempio dimostrato che le preferenze di sostenibilità e dunque l'interesse verso l'acquisto di obbligazioni verdi sia maggiore in costanza di calamità naturali, per poi diminuire a mano a mano che queste ultime diventano più distanti nel tempo. V. M. G. LANFEAR, A. LIOUI, M.G. SIEBERT, *Market Anomalies and Disaster Risk: Evidence from Extreme Weather Events*, *Journal of Financial Markets*, 46 (2019), pp. 100477 ss.

a comportamenti opportunistici di investitori, volti ad esporre gli emittenti ad azioni di risarcimento del danno (anche bagatellari, ma potenzialmente foriere di rischi reputazionali)[127] in caso di "annebbiamento" delle preferenze di sostenibilità dinnanzi all'andamento negativo del titolo acquistato.
Alla luce di quanto precede, sembra pertanto potersi concludere come una maggiore attenzione delle autorità di vigilanza al piano del private enforcement e delle concrete prospettive di risarcimento del danno da false informazioni di sostenibilità sia richiesto non solo dall'oggettiva difficoltà di ricostruzione degli elementi costitutivi di simile danno, ma anche dai rischi a cui eventuali azioni in tal senso potrebbero esporre gli emittenti, a tutto discapito della effettività degli obiettivi di transizione sistemica dei mercati dei capitali.

4. La prospettiva mancante del private enforcement per danni da investimento sostenibile: una chiave per la vigilanza

Come si è tentato di dar conto nelle presenti pagine, la creazione di mercati di capitali europei "unificati", tra l'altro, (anche) dal comune obiettivo di mobilitazione di finanziamenti verso progetti volti alla gestione dei fattori di sostenibilità si è sin qui articolato nelle due principali fasi i) della valorizzazione delle preferenze di sostenibilità degli investitori e ii) della vigilanza sul processo di formazione delle informazioni sulla sostenibilità ii.i) relative all'emittente, come riaffermato nel nuovo regime di rendicontazione di sostenibilità di cui alla CSRD, e ii.ii) e relative ai singoli prodotti finanziari collocati sul mercato, come da ultimo riflesso nella normativa in materia di uno standard europeo sulle obbligazioni verdi.
I rischi di distorta informazione nell'offerta di prodotti presentati come sostenibili e nella successiva esecuzione del progetto connesso all'investimento, all'attenzione delle autorità di vigilanza europee e non solo, rendono tuttavia legittimi i dubbi sull'effettività delle risposte regolatorie ad oggi azionate. In questo senso, la sovrastruttura di una vigilanza preventiva che sta andando a delinearsi sulla qualità delle informazioni ESG potrebbe non essere sufficiente ai fini di una corretta internalizzazione di informazioni strutturalmente diverse da quelle finanziarie entro il complesso assetto di mercati dei prodotti sostenibili.

[127] ESMA, *Progress Report on Greenwashing Response to the European Commission's request for input on "greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies"*, cit., p. 14.

Del resto, i limiti della somministrazione di una mole di informazioni, ampia seppur sottoposta al vaglio dell'Autorità competente, rispetto ad una tutela effettiva della "libera" scelta" di investimento e dai rischi potenzialmente derivanti dalla stessa, sono stati ripetutamente messi in luce sia dalla dottrina più risalente in relazione alle informazioni finanziarie "tradizionali"[128], sia da studi più recenti in materia di informazioni sostenibili[129].

I limiti tradizionali relativi alla capacità segnaletica delle informazioni rilasciate in relazione agli strumenti finanziari emessi sui mercati sembrano invero ulteriormente aggravati, nel caso di informazioni di sostenibilità, le quali si proiettano in una dimensione futura, largamente dipendente anche da fattori extra-sistemici posti al di fuori della diretta sfera di azione dell'impresa, quali le politiche pubbliche ovvero calamità naturali, più di quanto non avvenga per le informazioni di natura strettamente finanziaria; e le quali fondano interessi di sostenibilità ugualmente soggetti a forti oscillazioni "umorali".

La mutata nozione di informazione finanziaria rilevante, come combinata con dati afferenti alla sfera ESG, dischiude pertanto nuovi spazi speculativi sia lato impresa sia lato investitori, suscettibili di incidere negativamente sulla concorrenza tra emittenti e sulla competitività dei mercati di capitali europei nella nuova fisionomia sostenibile, con pregiudizio ultimo di quella porzione di investitori realmente interessata a funzionalizzare le proprie opzioni di investimento alla generazione di un profitto "responsabile" rispetto alla tutela di fattori ESG.

In questo delicato contesto, l'azione delle Autorità di regolazione di settore appare invero quanto mai indispensabile ad arginare i rischi alla fiducia e all'integrità della nuova idea di mercato posti dal variegato fenomeno del *greenwashing*. Il raggio di vigilanza relativo ai prodotti finanziari sostenibili potrebbe tuttavia spingersi ben oltre i confini della verifica sulle informazioni di sostenibilità condivise ed assumere un ruolo di maggiore proattività e di indirizzo delle evoluzioni di mercato. A tal fine, parrebbe opportuno, a parere di chi scrive, dare maggiore rilievo, in sede regolatoria e di vigilanza, al profilo della informativa dei prodotti sostenibili offerti dalla prospettiva delle condizioni di offerta dei medesimi.

---

[128] V. ex multis, U. MORERA, *Legislatore razionale versus investitore irrazionale: quando chi tutela non conosce il tutelato*, in *AGE*, 1 (2009), pp. 77 ss.

[129] T.M.J. MÖLLERS, *European Green Deal: Greenwashing and the Forgotten Good Corporate Citizen as an Investor*, in *Columbia Journal of European Law*, 2 (2022), pp. 203 ss.

La delineazione di un quadro regolatorio – e di aspettative di vigilanza corrispondenti – relative al profilo esecutivo e ristorativo dei finanziamenti sostenibili appare un'area di intervento necessaria, giacché ancora del tutto scoperta, per la creazione di condizioni di mercato concorrenziali, volte a garantire la massima libertà nelle scelte non solo di investimento[130], ma anche di disinvestimento, attraverso una maggiore uniformazione e confrontabilità delle offerte di investimento con declinazioni ESG.
Secondo quanto prospettato, si tratterebbe pertanto di spostare l'asse della tutela del momento (invero essenziale) della vigilanza pubblica sull'informativa di sostenibilità resa, al diverso versante della predisposizione di norme, anche di secondo livello, volte a integrare *ex lege* le pratiche negoziali relativi agli investimenti sostenibili mediante previsioni utili ad assicurare un più certo esercizio di rimedi di *private enforcement*.
L'idea che le incertezze e la frammentazione (a livello nazionale) dei rimedi esperibili da parte degli investitori indebolisca sul nascere le mire europee di unione dei mercati dei capitali non è certo nuova[131]; la stessa sembra tuttavia riproporsi con forza maggiore rispetto al segmento più giovane e strutturalmente più incerto, anche in punto di prassi di vigilanza, dei prodotti finanziari sostenibili e della relativa informativa.
A maggior ragione in questo recente ramo innovativo del mercato dei capitali europeo, il presidio dei rischi di distorsione delle scelte di investimento sembra sollecitare un duplice approccio di vigilanza, incentrato sul controllo general-preventivo delle informazioni riguardanti le nuove categorie di prodotti sostenibili e, a valle, sulla portata deterrente delle prospettive rimediali esperibili di contro a derive patologiche del rapporto di investimento scaturenti dalle originarie anomalie informative[132].
A riguardo, potrebbe ad esempio ipotizzarsi la dichiarazione di nullità, per contrarietà alla norma imperativa di comportamento ex art. 21 TUF, di clausole che escludono a priori la responsabilità dell'emittente per la

[130] M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari,* cit., p. 27 ss.
[131] Per una riflessione recente sul punto v. R. VEIL - M. WIESNER, *Harmonisation of Prospectus Liability. The Listing Act as an Opportunity for a Major Step Towards a Capital Markets Union*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2 (2023), pp. 529 ss.
[132] O. CHEREDNYCHENKO, *Public Regulation, Contract Law, and the Protection of the Weaker Party: Some Lessons from the Field of Financial Services*, *European Review of Private Law*, 22, 5 (2014), pp. 663 ss., p. 671. V. anche Y. *SVETIEV*- A. OTTOW, *Financial supervision in the interstices between public and private law,* in *European Review of Contract Law*, 10, 4 (2014), pp. 496 ss.

mancata realizzazione dei progetti di sostenibilità promossi[133]. Al contempo, potrebbe essere utile la previsione di obblighi di informazione continua sullo stato di svolgimento del progetto finanziato.

Ancora, per evitare condotte opportunistiche sia lato emittente, sia lato investitore, potrebbe essere opportuna la declinazione di clausole che attribuiscono agli investitori il diritto ad un rimborso accelerato ovvero ad un tasso di interesse maggiorato in caso di violazione degli obblighi di sostenibilità dell'emittente. Ancora, potrebbe essere richiesta la destinazione di parte dei proventi raccolti a soggetti terzi, anche pubblici, attivi nella fornitura di servizi ambientali o sociali vicini al progetto di sostenibilità promosso con l'emissione dello strumento finanziario[134]. Ciò consentirebbe di mantenere fede alle promesse connesse all'investimento fatte dall'emittente e alle preferenze di sostenibilità manifestate in origine dagli investitori, senza mancare di accordare all'investitore un ritorno finanziario per il disinvestimento.

L'introduzione di covenant, volti a disciplinare l'ipotesi della elusione delle dichiarazioni di sostenibilità inizialmente offerte, potrebbe essere utile a predeterminare per via contrattuale alcune delle criticità sopra tracciate in punto di ricostruzione del danno da falsa informazione ESG, assicurando al contempo rimedi flessibili, e conformi alle specificità strutturali del progetto di sostenibilità. La espressa qualifica della responsabilità per deviazione dalle dichiarazioni rese alla stregua di un inadempimento contrattuale agevolerebbe innanzitutto l'investitore in punto di onere della prova che potrà limitarsi alla dimostrazione dell'esistenza del contratto (contenente le dichiarazioni non veritiere) e dei danni subiti, e prescindere dalla difficile prova dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità.

Per le ragioni segnalate pare, dunque, che l'integrazione contrattuale offra, quantomeno in astratto, un utile strumento di consolidamento della fiducia del mercato rispetto alle promesse di sostenibilità degli emittenti, fornendo una leva ulteriore, direttamente proveniente dalla sfera dei destinatari dell'informativa ESG, per il riallineamento delle istanze di innovazione dei mercati di capitali sostenibili (a cui ora è data precedenza) con quelle di tutela dei soggetti che vi partecipano.

---

[133] Cfr. F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari- Discipline e forme di tutela*, Milano, 2004, p. 390, il quale accenna alla possibilità di una nullità relativa per violazione di norme imperative in materia di conflitto di interessi.

[134] J. ARMOUR- L. ENRIQUES- T. WETZER, *Green Pills: Making Corporate Climate Commitments Credible,* cit., pp. 326 ss.

Abstract (ENG): The phenomenon of greenwashing stems from a breach of substantial adherence by issuers to the rules of the sustainable finance framework. As the study demonstrates, with respect to the so-called green defaults, further consideration must therefore be given to the ex post corrective attitude, but also deterrent effect, of general civil law remedies, genetically aimed at resolving conflicts between private parties arising precisely as a result of the (real) failure to pursue the public interest objectives set forth in the sectoral financial regulations. After a description of the framework of sustainable financial products and the related risks of greenwashing, with particular attention to the specific case of the new European green bonds regulation, the analysis examines the criticalities of the general civil law remedies for investor protection in sustainable capital markets, foreshadowing some possible solutions at the level of private regulatory law.

Keywords (ENG): Capital markets; greenwashing; green bonds; supervision; private enforcement; private regulatory law.

***JUS*-ONLINE 2/2024**
ISSN 1827-7942

CHIARA PRUSSIANI*

Bisogni sociali e finalità di tutela nella prospettiva delle strette relazioni di vita**

English title: *Social needs and protection purposes from the perspective of close relationships*

DOI: 10.26350/18277942_000178

Sommario: 1. Le strette relazioni di vita: descrizione del fenomeno. 2. Le proposte di regolamentazione rimaste incompiute e i recenti orientamenti della dottrina. 3. I riferimenti sparsi nell'ordinamento. 4. Prospettive di epifania tra solidarietà e sostenibilità sociale. 5. Considerazioni ricostruttive intorno ai termini di rilevanza del fenomeno.

1. Le strette relazioni di vita: descrizione del fenomeno

Nel linguaggio corrente, la formula "convivenze" viene utilizzata per compendiare una vasta casistica di rapporti interpersonali. Il riferimento più praticato è quello per indicare le convivenze similconiugali, tradizionalmente note come "convivenze *more uxorio*" e, dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76, come "*convivenze di fatto*" in senso proprio [1]. Si riportano a tale alveo i rapporti di coppia che reiterano, sul piano fattuale, il modello di vita coniugale; dunque, si estrinsecano in guisa di un vincolo amoroso, postulando la condivisione di scelte intime ed esistenziali tra due persone non unite da vincoli pregressi di coniugio, ovvero di parentela o affinità [2]. La realtà sociale conosce, però, anche "altre" forme di "convivenza", che nascono da "*strette relazioni di vita*" [3] diverse da quelle

* Università Cattolica del Sacro Cuore - chiara.prussiani@unicatt.it
** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.
[1] Il riferimento è alla legge 20 maggio 2016, n. 76, recante la "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*".
[2] Le convivenze similconiugali sono aperte alla sessualità, quale "*componente fisiologica*" del rapporto di coppia. Non di meno, la vita sessuale potrebbe anche mancare o declinarsi senza il carattere della esclusività, purché i conviventi si riconoscano come unico "*punto di riferimento affettivo*" e condividano un'intimità caratteristica soltanto dei rapporti di coppia: così G. BUFFONE, *Nozione ed elementi costitutivi*, in G. BUFFONE - M. GATTUSO - M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5,6,7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017, p. 448.
[3] L'espressione "*relazioni strette*" o "*rapporti stretti di vita*" è ripresa da S. RIONDATO, *Introduzione a «famiglia» nel diritto penale italiano*, in *Diritto penale della famiglia*, a

sentimentali, ma non per questo sono animate da legami meno profondi. Il fenomeno è rimasto poco esplorato, sebbene abbia origini non recenti; ancora oggi, si presenta al di fuori di schemi formalizzati con lineamenti che attendono una più compiuta definizione.

La presente analisi si prefigge di sondare le esperienze di vita convissuta che si svolgono al di fuori del matrimonio e, più generale, dello schema paraconiugale, per cercare di ricostruirne la fisionomia e capire quale spazio abbiano a disposizione all'interno dell'ordinamento [4].

Lo scenario è composito. Una scriminante di fondo è l'integrazione dei sessi, giacché si possono distinguere relazioni per cui questo elemento assume rilevanza, e quelle che invece ne prescindono [5]. La scelta, in questa sede, è di indagare i rapporti che non si identificano costitutivamente in forza di un'intesa sessuale, né di un legame amoroso. Pur dentro questo perimetro, lo spaccato si presenta variamente assortito: trovano posto fattispecie sorrette da vincoli di parentela o affinità; si fanno spazio, altresì,

---

cura di ID., nel *Trattato di diritto di famiglia*, dir. P. ZATTI, 2ª ed., Milano, 2011, pp. 67 ss.

[4] Su questo tema, di recente, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Tracce di rilevanza giuridica delle convivenze solidali nel secolo europeo della vecchiaia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1 (2023), pp. 160 ss.; prima, ID., *La convivenza di diritto civile come alternativa alla prestazione sociale di residenzialità*, in *Doveri di solidarietà e prestazioni di pubblica assistenza*, a cura di ID., Napoli, 2013, pp. 235 ss. Tra gli altri, si vedano anche F. BRUNETTA D'USSEAUX - A. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Milano, 2000; L. D'ADAMO, *Le convivenze senza matrimonio: diversità di modelli e presupposti di tutela*, in *Vita notarile*, 2001, pp. 1650 ss.; E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Familia*, 4 (2002), pp. 959 ss., sp. 975 ss.; G. AUTORINO STANZIONE - P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive* de iure condendo, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico,* dir. G. AUTORINO STANZIONE, I, Torino, 2011, pp. 203 ss.

[5] Traccia questa partizione A. PALAZZO, *Le convivenze: diversità di modelli e ruolo dell'integrazione dei sessi*, in *Matrimonio, matrimonii*, a cura di F. BRUNETTA D'USSEAUX - A. D'ANGELO, cit., pp. 135 ss. Sembra quasi superfluo precisare che le intese meramente erotiche, che non perseguono altro scopo se non la soddisfazione di reciproci bisogni sessuali, rimangono indifferenti all'ordinamento. A reclamare riconoscimento sono, piuttosto, quelle relazioni che si definiscono poliamorose, o poliaffettive, che, a differenza delle convivenze similconiugali, coinvolgono più persone spogliandosi del connotato della esclusività di coppia: sul tema, A. VERCELLONE, *Più di due. Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4 (2017), pp. 607 ss. Questo fenomeno non è da confondere con quello relativo alla poligamia (o poliandria), che rimane impostata su di un modello di vita coniugale ancorché instaurata con due o più *partner*; al riguardo, Trib. Ancona 2 novembre 2019, n. 1861, in https://dejure.it/#/home (ultimo accesso 7 maggio 2024) ribadisce che "*Il nostro ordinamento aderisce ad una visione monogamica del matrimonio e non ammette che chi non abbia libertà di stato possa contrarre nuovo vincolo matrimoniale. Trattandosi di impedimento che risponde a principi di ordine pubblico, lo stesso vale anche per lo straniero, a prescindere dal fatto che il suo ordinamento ammetta la poligamia*".

le aggregazioni di "amicizia" in senso lato, che hanno lo scopo di alimentare il sostegno materiale e/o affettivo tra i rispettivi componenti. Nel tentativo di fornire una rappresentazione quanto più esaustiva possibile, si tratteggia una cornice affollata da relazioni che possono essere spontanee, poiché nascono su base volontaria; necessitate dallo stato di bisogno, di supporto economico o dell'altrui assistenza; ancora, costituite all'interno di agglomerati organizzati, se non addirittura istituzionalizzati, volti a raggruppare persone che condividono i medesimi interessi e cooperano per realizzare un progetto comune. Non è chiaro se possano essere ricondotte alle strette relazioni di vita anche le fattispecie che si dispiegano, non già in via fattuale, ma sulla scorta di un apposito titolo negoziale, in base al quale il rapporto è suscettibile di qualificarsi come gratuito o di scambio. In questa seconda eventualità, le parti potrebbero assumere l'impegno di prestarsi aiuto reciproco e vicendevole, oppure l'uno potrebbe obbligarsi ad accudire l'altro in cambio di una controprestazione economica. È questo il caso, ad esempio, della relazione tra il/la badante e l'assistito, che si esplica sulla base di uno specifico contratto di lavoro; ovvero, della relazione che nasce, e si giustifica, in forza di un contratto di mantenimento, o vitalizio improprio. Si potrebbero, poi, aggiungere anche i casi di convivenza derivanti da misure di amministrazione di sostegno, curatela o tutela, dove la variabile è data dallo stato di capacità dei conviventi e, conseguentemente, dalla adozione di apposite misure di protezione [6].

Nel concreto, si hanno di fronte relazioni tra soggetti che, da un lato, condividono le spese e il lavoro domestico; dall'altro lato, si accudiscono reciprocamente assistendosi nella cura della persona, ovvero offrendosi compagnia e conforto. In questi frangenti, la relazione risponde a esigenze di convenienza economico-organizzativa, ovvero a bisogni di natura fisica o spirituale. Le motivazioni possono essere le più disparate, ma al fondo si scorge una finalità comune, che presenta una valenza spiccatamente solidaristica. L'unione sorge con lo scopo di consentire ai suoi componenti di prestarsi mutuo soccorso nel fronteggiare le difficoltà quotidiane e condurre una vita dignitosa.

Dentro al panorama così tratteggiato prende vita il fenomeno del c.d. *cohousing*, che affonda le radici nei sistemi della Scandinavia e di altri Paesi del Nord Europa, oltre che di Stati Uniti, Canada, Giappone e

[6] Si tende, invece, a escludere la convivenza tra studenti fuori sede o colleghi di lavoro, perlopiù ai fini della mera divisione delle spese relative al mantenimento e alla gestione della casa.

Australia. Questa figura, pur essendo approdata nel nostro ordinamento, non riceve ancora un inquadramento certo né una disciplina organica. Stando alle prime elaborazioni che affiorano in sede pretoria, il *cohousing* sembrerebbe delineare un modello coabitativo ispirato a "*reciproca diretta cooperazione*" tra persone "*che, senza essere legate da vincoli o legami parentali, scelgono di risiedere in un'unica unità immobiliare della quale condividono gli spazi comuni*". L'esperienza si presta a diverse declinazioni, potendo trovare applicazione tanto nelle relazioni tra giovani quanto tra anziani, anche per fronteggiare situazioni di disagio o disabilità. In ogni caso, individua un "*fenomeno spontaneo di aggregazione*", che si definisce secondo "*le direttrici dell'incoraggiamento della socialità, dell'aiuto reciproco, dei rapporti di buon vicinato, della riduzione della complessità della vita, della sua migliore organizzazione con conseguente diminuzione dello stress, della riduzione dei costi di gestione delle attività quotidiane*". Dunque, si caratterizza per "*un alto livello di condivisione delle scelte,* [...] *legami di collaborazione e socialità,* [...] *condivisione di molti spazi e servizi";* al fondo, si connota all'insegna della "*volontarietà della condivisione abitativa, in condizione di piena autosufficienza e senza l'intermediazione di soggetti terzi esterni a detta esperienza*" [7].

Di fronte a un assetto come quello dianzi descritto, si intuisce che le strette relazioni di vita ben possono coinvolgere una pluralità di soggetti, aprendosi alla dimensione di gruppo o di comunità. La fluidità della società moderna porta così ad emersione situazioni relazionali che si allontanano dal paradigma di coppia, mettendo in tensione la fisionomia della convivenza similconiugale, quale convivenza socialmente tipica, sia sotto il

[7] T.A.R. Lazio (Roma) 3 febbraio 2022, n. 1286, in *One Legale* (https://www.wolterskluwer.com/it-it/solutions/one/onelegale?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=IT-SEM-GoogleAds-Performance-Legale-[SEARCH]-BrandPuro&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw3ZayBhDRARIsAPWzx8oURbr0l54WJAiEMGOHMsy2jvPO659Q2AHetSFxJZFmJsGbQM06t5AaAhXbEALw_wcB - ultimo accesso 7 maggio 2024). Il *cohousing*, così tratteggiato, si mantiene distinto dalla coabitazione "*intermediata da una organizzazione terza che si fa carico anche di erogare prestazioni tipiche dei servizi sociali*", ovvero "*prestazioni di assistenza e sostegno* [...] *rientranti nei servizi alla persona*". Le fattispecie di residenzialità in strutture con fine socio-assistenziale, per quanto concerne il versante del diritto pubblico, ricadono sotto la previsione normativa di specifici requisiti circa l'organizzazione dell'ambiente e la somministrazione di alimenti e bevande. Non di meno, sarebbe interessante indagare se, in ambito privatistico, si prestino a dar luogo a loro volta a relazioni primarie meritevoli di essere apprezzate al pari di quelle che nascono su base volontaria.

versante del legame sentimentale, sia sotto il versante della dualità del rapporto.
Il tema è delicato e serve cautela. Si rende opportuno soppesare il significato del termine "convivenze" che viene invocato quando si discorre di strette relazioni di vita [8], precisando che questa terminologia non appare del tutto appropriata, giacché rischia di ingenerare accostamenti equivoci o fuorvianti rispetto al fenomeno delle convivenze paraconiugali.
Intanto, la convivenza è tale in quanto non venga confusa con la mera coabitazione. La coabitazione si risolve nella condivisione della medesima dimora, senza ulteriori implicazioni; può essere abituale, provvisoria oppure occasionale. La convivenza, al contrario, implica la comunione di vita e interessi tra coloro che vi prendono parte, così da escludere che possa trattarsi di un fenomeno episodico. Non si trascura che l'attuale costume sociale volge ad ammettere la convivenza similconiugale anche quando questa non si svolga sotto il medesimo tetto. Secondo un'interpretazione recente, la vita quotidiana dentro le stesse mura domestiche sembrerebbe costituire un "*dato recessivo*" [9]; posizioni più rigorose ribadiscono la necessità che i soggetti coinvolti nella relazione condividano quanto meno un punto di ritrovo abituale, ancorché non adibito a dimora quotidiana [10].
Rispetto alle strette relazioni di vita, si deve allora fare i conti con l'interrogativo se possa assecondarsi un tale atteggiamento, o si debba invece tenere ferma la coabitazione quale elemento essenziale perché si possa riconoscere rilevanza al rapporto [11].
Non tutte le convivenze, poi, sono significative per l'ordinamento. Si richiede che i conviventi esprimano "*una qualche [...] opzione volitiva di imprimere alla coabitazione e alla comunanza di vita [...] una sorta di "valore aggiunto" in senso qualificativo della convivenza stessa*" [12]. A fare la differenza è il fatto di trovarsi davanti a un sostrato condiviso di vita, esperienze e interessi, così da far ritenere il rapporto "primario", ovvero "qualificato" in termini differenziali nella sfera sociale del soggetto. Allo

[8] Parla di "*altre convivenze*" e, precisamente, di "*convivenze solidali*" P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Tracce di rilevanza giuridica delle convivenze solidali nel secolo europeo della vecchiaia*, cit.
[9] Su tutti, Cass., ord., 13 aprile 2018, n. 9178, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9 (2018), pp. 1242 ss., nt. R. MAZZARIOL, *Coabitazione e registrazione anagrafica: due requisiti non essenziali per la configurabilità di una "convivenza di fatto"*.
[10] B. TOTI, *La coabitazione tra i partners: discrimen tra relazione affettiva e famiglia di fatto*, cit., pp. 1058 ss., sp. 1061.
[11] Solleva il dubbio già E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, cit., p. 975.
[12] A. PISCHETOLA - D. MURITANO, *Accordi patrimoniali tra conviventi e attività notarile*, 2009, Milano, pp. 1 ss., sp. 10.

stesso tempo, sembra imprescindibile che la relazione si colori all'insegna della stabilità, o quanto meno persegua tale vocazione in termini di durata[13].

L'eterogeneità delle ipotesi in esame rende palese, in ultimo, la difficoltà di sondare i presupposti al sussistere dei quali si possono riguardare relazioni tanto diverse dentro una visione unitaria, ovvero si rende opportuno adottare approcci diversi. L'ordinamento si mostra tanto più lacunoso quanto più la persona coinvolta sia priva di una rete di legami di parentela, affinità o adozione, non risulti sottoposta a misure di protezione né, ad un tempo, sia posta in carico ai servizi sanitari e sociali. Non si nega, invece, che i rapporti che si sviluppano dentro la trama familiare costituiscono oggetto di maggiore attenzione da parte del diritto positivo; non di meno, spesso lo sono a prescindere dalla sussistenza di un rapporto di convivenza, ovvero anche solo di coabitazione [14]. Quel che interessa è capire fino a che punto sia consentito propendere per una tutela differenziata al fine di privilegiare il nucleo di solidarietà che può rinvenirsi all'interno di un rapporto familiare, a discapito di altri nuclei di pari intensità che possono scorgersi nell'ambito di rapporti di diversa natura.

2. Le proposte di regolamentazione rimaste incompiute e i recenti orientamenti della dottrina

Le strette relazioni di vita, diverse da quelle similconiugali, individuano un'area priva di una sistemazione giuridica. Non sarebbe però corretto asserire che l'ordinamento è finora rimasto insensibile alle istanze di tutela provenienti da questa realtà di rapporti. Una tale affermazione troverebbe più d'una smentita.

Da una sommaria ricognizione emerge, anzitutto, il contributo proveniente dalla legislazione regionale. Non sono pochi i provvedimenti che enunciano un certo *favor* per la platea di "convivenze" istituite con finalità di solidarietà o mutuo aiuto, talora anche con prescrizioni programmatiche o di dubbia precettività [15]. Affiora un certo interesse nella materia relativa

[13] A. PISCHETOLA - D. MURITANO, cit.

[14] Si pensi, a titolo d'esempio, alla tutela alimentare e successoria tra familiari prevista dal codice civile.

[15] Riguardo al quadro normativo regionale, si vedano le osservazioni di V. MARANO, *Le unioni non matrimoniali: problemi e prospettive di disciplina normativa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1 (2002), pp. 197 ss., sp. 207 ss. A titolo esemplificativo, si ricorda la legge reg. Valle d'Aosta 27 maggio 1998, n. 44 recante "*Iniziative a favore delle famiglie*", con la quale è stata riconosciuta "*come formazione sociale primaria e soggetto di fondamentale interesse pubblico la famiglia comunque formata, fondata su*

all'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica: a titolo d'esempio, si ricorda l'esperienza della regione Lazio, che, con la legge 6 agosto 1999, n. 12, si è assunta l'impegno di porre rimedio al sottoutilizzo delle unità abitative in regime di edilizia residenziale pubblica promuovendo "*forme di convivenza solidale* [...] *dirette a fronteggiare: a) comprovate situazioni di fragilità socio-economica o di non autosufficienza; b) necessità di assistenza materiale e morale di persone affette da handicap psicofisici o da disturbi psichiatrici o anziane sole con particolari situazioni socio-economiche o a rischio di isolamento sociale*" (art. 12-*bis*, rubricato "*Convivenza solidale*") [16].

Mantenendo il *focus* sulle fonti territoriali, si rammenta altresì il contributo di alcuni Comuni italiani, che in passato hanno provveduto a istituire un "registro delle unioni civili", con la funzione di certificare pubblicamente una condizione soggettiva di convivenza. L'iscrizione non aveva l'effetto di creare un nuovo *status* civile, ma di attestare una condizione giuridicamente rilevante per il singolo Comune, cui l'ente ricollegava una serie di benefici sociali di competenza locale. Tra le iscrizioni previste, si faceva menzione della registrazione delle c.d. unioni di mutuo aiuto, definite in genere quali unioni "*tra due persone coabitanti da almeno un anno per motivi di reciproca assistenza morale e/o materiale ed aventi dimora abituale nel Comune*" [17].

Spostando l'attenzione sul piano delle fonti statali, nel tempo si sono succeduti diversi progetti di legge volti a regolare il fenomeno delle "convivenze" *tout court*. Tra questi, un numero non esiguo ha lambito i confini delle relazioni di solidarietà: viene in evidenza, per fare un esempio,

---

legami socialmente assunti di convivenza anagrafica, di solidarietà, di mutuo aiuto, di responsabilità nella cura delle persone che la compongono e nell'educazione dei minori".

[16] La disposizione prevede, altresì, che "*In caso di decesso o di decadenza dell'assegnatario dall'assegnazione nel corso della convivenza solidale, la persona o le persone con lui conviventi da almeno quattro anni, previa verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi e dei criteri stabiliti dalla presente legge e dal regolamento di cui all'articolo 17, comma 1, possono subentrare al medesimo se, entro trenta giorni dal decesso o dalla decadenza, presentano richiesta di autorizzazione ad una nuova convivenza solidale ai sensi del presente articolo, in mancanza della quale l'ente gestore competente avvia le procedure per il rilascio dell'alloggio*" (comma 5).

[17] Sul punto, R. DI MAIO, *I registri delle unioni civili*, in *Fam. pers. succ.*, 1 (2007), pp. 59 ss., sp. 63; altresì, S. CANATA, *La legalizzazione della vita di coppia: panorama europeo e prospettive di riforma in Italia*, in *Fam. pers. e succ.*, 3 (2010), pp. 198 ss., sp. 209 e prima V. MARANO, *Le unioni non matrimoniali: problemi e prospettive di disciplina normativa*, cit., pp. 215 ss. Non di meno, si segnala che le delibere comunali adottate in materia sono state in larga misura dichiarate illegittime per incompetenza delle amministrazioni locali ad intervenire nella materia.

il Disegno di legge n. 909 del 3 luglio 2013, che prevedeva di introdurre uno statuto normativo flessibile e leggero di diritti essenziali anche per le unioni basate su esigenze solidaristiche, denominandole "*unioni di mutuo aiuto*" [18]. Tali proposte, tuttavia, non si sono concretizzate. L'*iter* legislativo, come è noto, si è concluso con l'approvazione della legge 20 maggio 2016, n. 76, che ha inquadrato dentro un assetto normativo soltanto le convivenze paraconiugali. Infatti la novella, al comma 36, raccorda la figura dei conviventi di fatto al riscontro di "*legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale*", espungendo dal perimetro applicativo qualunque relazione fondata su "*reciproci rapporti di parentela, affinità o adozione*", ovvero avente natura diversa da quella sentimentale [19].
Malgrado questa battuta d'arresto, le strette relazioni di vita continuano a reclamare riconoscimento. Spunti interessanti si rinvengono nella legislazione speciale, ancorché si tratti di interventi mirati a rispondere ai bisogni di alcune porzioni della società, che si identificano perlopiù con persone affette da disabilità e anziane. Sotto il primo versante, si segnala la

[18] Il Disegno di legge n. 909 recante "*Normativa sulle unioni civili e sulle unioni di mutuo aiuto*" – XVII Legislatura, come espressamente dichiarato nel documento, si presenta affine alla *Ley catalana de 28 de diciembre de 1998, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua* (legge della Catalogna n. 19 del 28 dicembre 1998) *e della Norvegian Joint Osso hold Act* (legge norvegese 4 luglio 1991, n. 45), nonché al progetto di riforma del diritto di famiglia canadese elaborato dalla *Law Commission* nel 2000, nell'ambito del programma *Recognizing and Supporting Close Personal Relationships Between Adults*. Tra gli altri, si rammenta il Disegno di legge n. 1339 in materia di "*Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi (DICO)*" – XV Legislatura, il quale si rivolgeva ai rapporti tra "*persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale*", così da includere i legami fondati su vincoli diversi dalla *affectio coniugalis*, ancorché intercorrenti tra due soggetti, e non più di due: per un commento, G. GRASSO, *Tiziano e Duchamp: sul disegno di legge in tema di «Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi»*, in *Fam. pers. e succ.*, 8/9 (2007), pp. 723 ss. e S. CANATA, *La legalizzazione della vita di coppia: panorama europeo e prospettive di riforma in Italia*, cit., pp. 198 ss. Di qualche tempo dopo, l'iniziativa volta a introdurre nell'ordinamento i c.dd. "*contratti di unione solidale*" o "*accordi di unione solidale*", quali figure di accordi tipici, conclusi tra due persone anche dello stesso sesso, concepiti per dare veste a svariate forme di convivenza: cfr. il Disegno di legge n. 589 – XV Legislatura recante "*Disciplina del contratto d'unione solidale*" e il Disegno di legge n. 3231 – XVI Legislatura recante "*Modifiche al codice civile in materia di disciplina dell'accordo di unione solidale*". Per una veloce rassegna dei disegni di legge presentati nel corso delle legislature al fine di approntare una disciplina alle relazioni tra conviventi, G. OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Fam. e diritto*, 2 (2015), pp. 165 ss.
[19] Chiaramente F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4 (2016), pp. 676.

legge 22 giugno 2016, n. 112 recante "*Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*" (c.d. "*Dopo di noi*"), che ha previsto la costituzione di un fondo per l'assistenza alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare, destinandolo, *inter alia*, alla realizzazione di "*interventi innovativi di residenzialità per le persone con disabilità grave di cui all'articolo 1, comma 2, volti alla creazione di soluzioni alloggiative di tipo familiare e di co-housing, che possono comprendere il pagamento degli oneri di acquisto, di locazione, di ristrutturazione e di messa in opera degli impianti e delle attrezzature necessari per il funzionamento degli alloggi medesimi, anche sostenendo forme di mutuo aiuto tra persone con disabilità*"[20]. Sul secondo versante, si evidenzia l'approvazione della legge 23 marzo 2023, n. 33, contente "*Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane*", che, ai sensi dell'art. 2, lett. m), nel quadro dei principi e criteri direttivi per una riforma delle misure di sostegno a favore delle persone vulnerabili, ha incluso la "*riqualificazione dei servizi di semiresidenzialità, di residenzialità temporanea o di sollievo e promozione dei servizi di vita comunitaria e di coabitazione domiciliare (cohousing), nei limiti delle compatibilità finanziarie di cui alla presente legge*".

Nell'attesa che il legislatore torni a prendere posizione con interventi di più ampio respiro, una parte della dottrina apre all'applicazione a favore dei soggetti legati da relazioni qualificate su base non sentimentale di tutele analoghe a quelle dettate per i conviventi similconiugali [21]. L'ipotesi si fa

[20] Nella stessa direzione, si muove la legge reg. Lazio 17 giugno 2022, n. 10 "*Promozione delle politiche a favore dei diritti delle persone con disabilità*", che afferma l'impegno a sostenere "*interventi sperimentali nelle politiche dell'abitare ricorrendo a forme di cohousing, case protette e convivenze solidali di cui all'articolo 12 bis della legge regionale 6 agosto 1999, n. 12 […], privilegiando progetti di vita che garantiscano, anche dal punto di vista abitativo, modelli inclusivi piuttosto che segreganti, in tutti i casi in cui la tipologia di disabilità lo consenta secondo quanto previsto dalla l. 112/2016*".

[21] Argomenta a sostegno della estensione delle prerogative riconosciute ai *conviventi di fatto* a favore delle parti che compongono le unioni di mutuo aiuto, S. POLIDORI, *Le convivenze di fatto e i loro presupposti di rilevanza*, in *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017 - Corte d'Appello di Lecce)*, a cura di F. DELL'ANNA MISURALE - F.G. VITERBO, Napoli, 2018, p. 131, secondo il quale "*Esistono […] alcune unioni di mutuo aiuto che possono, astrattamente, descrivere una comunione di vita equiparabile a quella di una famiglia, sebbene priva dell'affettività di coppia. Si pensi a due sorelle, oppure due amiche, rimaste vedove e senza figli, che vivono insieme per sostenersi vicendevolmente nelle esigenze quotidiane; in questi casi si può creare un legame che attinge i connotati della solidarietà familiare, e forse potrebbe non essere inopportuna una legge ad hoc, sulla falsariga di quanto previsto in altri paesi europei. Nell'attesa, non sembra preclusa una*

concreta riguardo alle prerogative che, pur rivolgendosi ai *conviventi di fatto*, trovano una *ratio* più profonda nella finalità di promuovere i sodalizi di vita a prescindere dal numero e dal genere dei rispettivi componenti. Si pensi, a titolo d'esempio, al diritto di visita nelle carceri, ovvero al diritto di accesso e assistenza presso le strutture sanitarie in caso di malattia del *partner*: sulla premessa che simili previsioni mirano a promuovere la solidarietà che governa le relazioni sociali, non si fatica ad ammettere che ne possano godere anche coloro che siano legati da rapporti diversi da quelli di convivenza similconiugale.
Un tale approccio appare però scivoloso, giacché, ove portato alle estreme conseguenze, potrebbe condurre ad assimilare alla convivenza tradizionale rapporti che sono invece diversi per conformazione intrinseca; assimilazione che, peraltro, risulterebbe per buona parte rimessa all'interprete. Il passo, per questa via, è breve perché si giunga ad annacquare il nucleo identificativo delle convivenze così come finora conosciute e della relativa disciplina, rendendo fumosa la percezione del confine tra fattispecie che sottendono rapporti e interessi diversi.

3. I riferimenti sparsi nell'ordinamento

Di là delle prospettazioni enunciate, non sembra si possa contestare che alcune delle tutele divisate nell'ordinamento si prestano ad essere comuni a formazioni sociali aventi diversa geometria. L'approccio non è tanto quello di chi constata le tutele a favore dei conviventi paraconiugali, e da queste risale a quelle valide anche per "altri conviventi". Si prende atto bensì che l'ordinamento contiene prerogative che, per come concepite, sono o possono ritenersi già in sé rivolte a un bacino di "conviventi" più

cauta estensione ermeneutica, semmai limitata a quelli, fra i diritti sociali che la legge Cirinnà riserva ai conviventi di fatto, che siano compatibili con l'assenza di un legame affettivo di coppia"; ID., *Costituzione e presupposti delle convivenze di fatto*, in *Legami di coppia e modelli familiari*, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO - F. RUSCELLO, nel *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, dir. P. ZATTI, I, Milano, 2018, pp. 133 ss., sp. 150. Sul tema, si rinvia anche a P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Tracce di rilevanza giuridica delle convivenze solidali nel secolo europeo della vecchiaia*, cit., pp. 160 ss., il quale, pur escludendo un'equiparazione generalizzata alle convivenze di fatto, ipotizza la possibilità di estendere a quelle che chiama convivenze solidali la portata applicativa di alcuni istituti divisati nella legge n. 76/2016, ovvero di assumere questi ultimi come parametro di riferimento al fine di elaborare lo statuto minimo ad esse riferibile. Con riferimento alle unioni poliamorose, A. VERCELLONE, *Più di due. Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore*, cit., pp. 627 ss., ivi inclusi ampi riferimenti bibliografici, ove l'Autore esplora le opzioni di applicabilità diretta, ovvero di interpretazione estensiva o analogica, della disciplina sulle convivenze similconiugali alle unioni poliaffettive.

ampio, che trascende la dimensione del rapporto di coppia; ciò sulla base di quanto emerge dal dato testuale, ovvero dal percorso interpretativo che le corti hanno compiuto per arrivare ad una loro definizione. Di seguito, si proverà a sintetizzare i riferimenti che acquistano maggiore significatività. Spunti interessanti si colgono sul terreno delle norme sociali e giuslavoristiche, ove l'interesse primario è rappresentato da una finalità assistenziale a sostegno del soggetto debole. In questo contesto, il legislatore è solito calibrare i benefici estendendoli non solo ai componenti della famiglia nucleare, coniuge e figli, ma anche ai parenti e affini entro un certo grado; altresì, ci si avvede di una certa apertura verso il "convivente" in senso lato. Si pensi, per fare un esempio, alla disposizione di legge che attribuisce la priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale alla "*persona convivente*", senza ulteriori qualificazioni, con un soggetto affetto da totale e permanente inabilità lavorativa nei termini individuati dall'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, che abbia necessità di assistenza continua non essendo in grado di compiere gli atti della vita quotidiana [22]. Qui, non vi è spazio per dubitare che la "*persona convivente*" sia legata al soggetto debole da un legame diverso da quello affettivo che anima la convivenza paraconiugale, giacché, a seguito della modifica introdotta con d. lgs. 30 giugno 2022, n. 105, il *convivente di fatto* è fatto oggetto di separata menzione [23].

[22] Cfr. art. 8, comma 4, del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

[23] Un'altra fattispecie degna di nota è quella che riguarda l'istituto del permesso mensile retribuito, disciplinato dall'art. 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 "*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*", quale misura volta a sostenere la continuità e l'assistenza del disabile in ambito familiare a tutela della salute psico-fisica di quest'ultimo. La disposizione, ove ritaglia la platea dei soggetti destinatari, è stata più volte rimaneggiata; oggi, si rivolge ai lavoratori dipendenti, pubblici o privati, che siano genitori di minore portatore di *handicap* in situazioni di gravità; parenti o affini, entro un certo grado; coniugi o uniti civilmente di una persona disabile e, per mano dell'art. 3 d. lgs. 30 giugno 2022, n. 105, altresì conviventi di fatto ai sensi dell'art. 1, comma 36, della legge n. 76/2016. Quel che più interessa, la novella è stata preceduta dalla sentenza della Corte costituzionale 23 settembre 2016, n. 213, con la quale i giudici hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 3, della legge, n. 104 del 1992, nella parte in cui, al tempo, non includeva il "convivente" tra i soggetti legittimati a fruire in via ordinaria del permesso mensile retribuito. Il percorso argomentativo della Corte evidenzia una contraddittorietà logica "*nella esclusione del convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile. E ciò in particolare – ma non solo – nei casi in cui la convivenza si fondi su una relazione affettiva, tipica del "rapporto familiare", nell'ambito della platea dei valori solidaristici postulati dalle "aggregazioni" cui fa riferimento l'art. 2 Cost.*", così lasciando intravedere un possibile approccio neutrale favorevole a far assumere rilevanza anche alle convivenze non

Uno spiraglio potrebbe intravedersi anche rispetto al trattamento previdenziale di reversibilità, che, ad oggi, nel nostro ordinamento compete al coniuge (o unito civilmente), ai figli ovvero ad altri appartenenti alla famiglia parentale. La prestazione pensionistica di reversibilità spetta in costanza di due presupposti, la "*vivenza a carico*" e lo "*stato di bisogno*", da riferire al soggetto istante nei rapporti con il *de cuius*. Tali presupposti lasciano trasparire che la prestazione, alla radice, è preordinata ad assicurare ai superstiti la continuità del sostentamento dopo il decesso del lavoratore, quale esigenza di protezione che, in sé considerata, sembra andare oltre il vincolo coniugale, ovvero il legame parentale in senso stretto. Su queste basi si raccolgono sollecitazioni, per quanto finora disattese, volte a estendere la pensione di reversibilità anche ai conviventi, *in primis* a quelli similconiugali. La stessa Corte costituzionale, nel suo argomentare, riconosce che "*la nozione di famiglia, presa in considerazione dal regime generale previdenziale* [...], *non é quella ristretta alla famiglia che si costituisce con il matrimonio, con i vincoli di consanguineità e di affinità. La tutela previdenziale riguarda anche quei rapporti assistenziali che si atteggiano in modo simile a quelli familiari a condizione che il lavoratore defunto provvedesse in vita, in via non*

similconiugali. Rileva questo aspetto, pur mostrandosi critico, F. ASTONE, *Aspettative verso convivente e aspettative verso il coniuge: prove di equiparazione ragionata*, in *Giur. cost.*, 5 (2016), pp. 1788 ss. Si possono citare anche altri riferimenti normativi, con particolare riguardo alle convivenze che sorgono all'interno della rete dei legami familiari. Si veda la legge 13 agosto 1980, n. 466 recante "*Speciali elargizioni a favore di categorie di dipendenti pubblici e di cittadini vittime del dovere o di azioni terroristiche*", che assicura un ristoro ai beneficiari superstiti nel caso di soggetti che, in servizio alla pubblica amministrazione, al ricorrere delle circostanze individuate, siano colpiti da un evento imprevedibile da cui derivi la loro morte o lesione agli stessi; tra i beneficiari superstiti, l'art. 6 comprende, oltre a coniuge, figli e genitori, anche i fratelli e le sorelle se conviventi a carico con la vittima. La norma attribuisce dunque significatività a una convivenza parentale ai fini della erogazione di una prestazione assistenziale; anche tale forma di convivenza, infatti, concorre a delimitare la categoria di persone che "*in qualche modo godevano e comunque contavano sul reddito del soggetto colpito dall'evento*", così risultando meritevoli di tutela ai sensi degli artt. 4, 32 e 38 Cost.: sul punto, Cass., Sez. un., 25 settembre 2018, n. 22753; successivamente, App. Lecce, sez. Lavoro, 16 luglio 2019, n. 820, entrambe in *One legale (https://www.wolterskluwer.com/it-it/solutions/one/onelegale?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=IT-SEM-GoogleAds-Performance-Legale-[SEARCH]-BrandPuro&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw3ZayBhDRARIsAPWzx8oURbr0l54WJAiEMGOHMsy2jvPO659Q2AHetSFxJZFmJsGbQM06t5AaAhXbEALw_wcB* - ultimo accesso 7 maggio 2024). In altri frangenti, l'ordinamento estende la tutela anche ai familiari superstiti non conviventi o non a carico, come è per il caso dei superstiti di vittime del terrorismo e della criminalità organizzata *ex* art. 82 della legge 23 dicembre 2000, n. 388.

occasionale, al sostentamento di soggetti classificabili come "familiari". [...] *Non si richiede essenzialmente nemmeno la convivenza. Invero la convivenza non esclude la possibile autonomia socio-economica del soggetto che, pertanto, non beneficia del trattamento previdenziale, mentre la mancanza di convivenza non esclude anche la sopportazione del carico. Quello che si richiede é proprio quest'ultima condizione, intendendosi per "vivenza a carico" la cura del sostentamento del "familiare" in modo continuativo e non occasionale, in adempimento di uno specifico obbligo giuridico o di un mero dovere*" [24].

Ricercando spunti nel codice civile, si apre uno scorcio nella materia delle misure di protezione dei soggetti privi in tutto o in parte di autonomia. La disciplina codicistica, per come formulata dopo la legge 9 gennaio 2004, n. 6, riconosce al convivente, insieme a parenti e affini entro i gradi indicati dalla legge, la legittimazione a chiedere l'applicazione delle misure stesse, nonché la eleggibilità ad amministratore di sostegno, curatore o tutore. Letteralmente si fa uso dell'espressione "*persona stabilmente convivente*" [25], sotto la quale si è soliti riportare il convivente *more uxorio*, e, dopo la legge n. 76 del 2016, il convivente di fatto (commi 47-48). Una parte dell'opinione insiste per ricondurvi, altresì, i soggetti stabilmente conviventi, ancorché non familiari in senso stretto, ovvero non coinvolti in un rapporto similconiugale [26]. Un ambiente nel quale si avverte il bisogno

[24] Corte cost. 28 luglio 1987, n. 286.

[25] Cfr. artt. 406, 408, 417 e 424 CC.

[26] Tra i primi, S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1 (2004), pp. 29 ss., sp. 45; poi, G. BONILINI e C. COPPOLA, *Art. 408. Scelta dell'amministratore di sostegno*, in *Commentario al Codice civile. Della famiglia*, a cura di G. DI ROSA, III, Torino, 2018, pp. 1543 ss. Di avviso contrario, U. ROMA, *La nozione di stabile convivenza e convivenza nella disciplina dell'amministratore di sostegno, dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 10 (2006), pp. 508 ss. In giurisprudenza, si segnala Trib. Reggio Calabria, decr., 12 maggio 2007, in *One Legale* (https://www.wolterskluwer.com/it-it/solutions/one/onelegale?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=IT-SEM-GoogleAds-Performance-Legale-[SEARCH]-BrandPuro&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw3ZayBhDRARIsAPWzx8oURbrol54WJAiEMGOHMsy2jvPO659Q2AHetSFxJZFmJsGbQM06t5AaAhXbEALw_wcB - (ultimo accesso 7 maggio 2024), secondo cui "*sebbene la locuzione " persona stabilmente convivente con il beneficiario" appaia prima facie riferita ai rapporti di convivenza paraconiugale (cd. convivenza more uxorio), tuttavia la genericità della formula si presta a ricomprendere nel concetto di stabile convivenza anche soggetti che siano legati al beneficiario da legami particolarmente significativi, tali da connotare la convivenza stessa da vincoli di solidarietà e reciproco aiuto*". Sulla scorta della interpretazione fornita, in quel caso il giudice tutelare ha esteso la legittimazione a proporre il ricorso per la nomina di amministratore di sostegno ai genitori affidatari,

di allargare la platea dei soggetti legittimati a richiedere l'apertura di una misura di protezione (in particolare, l'amministrazione di sostegno) è quello delle congregazioni religiose, i cui membri raggiungono sempre più spesso un'età avanzata in condizioni di solitudine dal contesto familiare d'origine. È diffusa, in questo spaccato di società, la necessità di valorizzare il vincolo che lega i confratelli e/o le consorelle non come semplice condivisione di convinzioni religiose, ma più in generale come esperienza di vita all'interno della medesima congregazione; e, certamente, una simile lettura sarebbe conforme alla disciplina delle misure di protezione, che mira ad abbracciare coloro che abbiano conoscenza diretta della persona beneficiaria e, quindi, siano in grado di interpretare al meglio la sua volontà e i suoi bisogni [27].

Un altro terreno fertile per ipotizzare forme di tutela a favore delle persone legate da strette relazioni di vita si ravvisa intorno alla disciplina degli immobili adibiti ad uso abitativo [28]. A tale proposito, viene in evidenza la

---

sebbene non espressamente indicati dagli artt. 406 e 417 cc., facendoli rientrare "*nell'ampio concetto di persona stabilmente convivente con il beneficiario*".

[27] È pur vero, in ogni caso, che il ricorso proposto da un soggetto privo di legittimazione ad agire può essere riguardato come una "segnalazione" da trasmettere al pubblico ministero, il quale, ove ritenga, è abilitato ad esercitare in proprio il potere di iniziativa: P. LODDO, *L'amministratore di sostegno*, Padova, 2019, pp. 147 ss. In argomento, si segnala la vicenda relativa alla domanda di amministrazione di sostegno proposta da una suora nell'interesse di una consorella: come riportato da C. SAINI e F. CASSESE, *Caso 1. Ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno – legittimazione attiva – persona stabilmente convivente – artt. 406 e 417 c.c.*, in *op. ult. cit.*, 155 ss., in quell'occasione, l'autorità giudiziaria ha rilevato il difetto di legittimazione; il diniego è stato poi confermato in sede di reclamo, motivando come la "*persona stabilmente convivente, di cui all'art. 417 c.c., sia solo la persona che abbia creato con l'interessato un particolare vincolo di natura familiare*", e non anche i soggetti legati da "*rapporti amicali o di convinzioni religiose o altro*".

[28] Restando all'interno del codice civile, appare degno di nota il riferimento contenuto all'art. 1023, che delinea il concetto di famiglia su cui è parametrato il diritto reale di abitazione. Segnatamente, la norma codicistica estende il riconoscimento alle persone che convivono con l'*habitator* "*per prestare a lui o alla sua famiglia servizio*", ovvero ai terzi conviventi che rendono al titolare del diritto prestazioni di collaborazione domestica ovvero assistenziale. Volgendo lo sguardo alla legislazione speciale, si raccolgono ulteriori spunti anche nella materia degli alloggi in edilizia popolare. Si evidenzia che la normativa prevede, ai fini del subentro nel diritto alla assegnazione dell'alloggio, una nozione ampia di nucleo familiare, che in genere ricomprende, oltre al coniuge e ai figli anche adottivi, il convivente *more uxorio*, gli ascendenti, i discendenti, i collaterali e gli affini entro un certo grado, purché la stabile convivenza di questi soggetti sia dimostrata nelle forme di legge per un periodo minimo fissato dai regolamenti prima della data di pubblicazione del bando di concorso. In questi termini, la tutela si declina a favore di un bacino di soggetti legati da vincoli familiari in senso ampio, che trascendono il rapporto di coppia. Non mancano poi casi in cui la stessa legge regionale estende la nozione di nucleo familiare stabilendo che "*Sono considerati componenti del nucleo familiare anche persone non legate da vincoli di parentela o affinità, qualora la*

disciplina delle locazioni portata dalla legge 27 luglio 1978, n. 392. L' art. 6, comma 1, della legge, già nella sua versione originaria, stabiliva che "*In caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi ed i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi*". Esprimendosi in questi termini, il legislatore ha inteso tutelare la convivenza di un aggregato esteso di persone, che, andando oltre i confini della famiglia nucleare e parentale, ricomprenda anche gli estranei, potendo gli eredi essere tali, nonché i parenti senza limiti di grado e finanche gli affini, a condizione che risultino "*abitualmente*" conviventi con il conduttore. La Corte costituzionale, con la sentenza 7 aprile 1988, n. 404, ha poi dichiarato l'illegittimità della norma laddove non ricomprendeva, nell'elencazione dei successori nel contratto di locazione per morte del conduttore, chi al titolare originario del contratto fosse legato *more uxorio* nella stabile convivenza. Si può concludere, pertanto, che oggi la legge appresta tutela ai conviventi abituali del conduttore, pur in presenza di rapporti di natura diversa che li legano a quest'ultimo (coniugio, convivenza *more uxorio*, parentela o affinità, finanche mera istituzione di erede). Quel che più interessa, la Corte costituzionale ha ricostruito la *ratio legis* in termini di

convivenza sia istituita da almeno due anni prima della data di pubblicazione del bando di concorso e sia finalizzata alla reciproca assistenza morale e materiale e purché i componenti siano inseriti nello stato di famiglia e producano idonea documentazione rilasciata dal Comune": cfr. art. 2 della legge reg. Puglia 20 dicembre 1984, n. 54, la quale, come rileva il giudice amministrativo in T.A.R. Puglia (Bari) 9 luglio 2008, n. 1706 e T.A.R. Puglia (Bari) 11 luglio 2008 nn. 1963-1964, tutte in *One legale* (https://www.wolterskluwer.com/it-it/solutions/one/onelegale?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=IT-SEM-GoogleAds-Performance-Legale-[SEARCH]-BrandPuro&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw3ZayBhDRARIsAPWzx8oURbrol54WJAiEMGOHMsy2jvPO659Q2AHetSFxJZFmJsGbQM06t5AaAhXbEALw_wcB - ultimo accesso 7 maggio 2024), apre lo spazio ai rapporti di "convivenza solidale". D'altra parte, si rilevano anche segnali di indirizzo contrario: cfr. Cass., ord., 8 giugno 2018, n. 14903, secondo cui "*in relazione alla normativa vigente nella regione Liguria, che presenta tratti sovrapponibili a quella esistente in Campania [...] «in tema di assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, il "convivente di fatto" - titolare, ai sensi della L.R. Liguria n. 10 del 2004, art. 12, del diritto al subentro nell'ipotesi di decesso dell'originario assegnatario - è il solo convivente "more uxorio", con esclusione del coabitante per ragioni di lavoro, di servizio o di ospitalità, atteso che la "ratio" delle disposizioni sul subentro nel godimento degli alloggi di edilizia residenziale pubblica è ispirata a principi di solidarietà familiare»*"; prima, Cass., ord., 19 ottobre 2017, n. 24665, entrambe in *One legale* (https://www.wolterskluwer.com/it-it/solutions/one/onelegale?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=IT-SEM-GoogleAds-Performance-Legale-[SEARCH]-BrandPuro&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw3ZayBhDRARIsAPWzx8oURbrol54WJAiEMGOHMsy2jvPO659Q2AHetSFxJZFmJsGbQM06t5AaAhXbEALw_wcB - ultimo accesso 7 maggio 2024).

salvaguardia del bene primario dell'abitazione e dell'abituale convivenza che ivi si svolge, proclamando l'apertura a forme estese di convivenza [29]. A tutti gli effetti, l'oggetto assunto a tutela dalla legge è dunque "*quel dovere di solidarietà sociale, che ha per contenuto l'impedire che taluno resti privo di abitazione, e che qui si specifica in un regime di successione nel contratto di locazione, destinato a non privare del tetto, immediatamente dopo la morte del conduttore, il più esteso numero di figure soggettive, anche al di fuori della cerchia della famiglia legittima, purché con quello abitualmente conviventi*" [30].

Un ulteriore richiamo può essere indirizzato ai contratti di locazione che contengono, oltre al divieto di sublocazione, anche clausole che vietano l'ospitalità non temporanea e protratta nel tempo di persone estranee al nucleo familiare anagrafico, così esercitando il controllo sulle relazioni che si svolgono dentro le mura domestiche del conduttore. Il giudice civile non ha esitato a sanzionare simili previsioni con la nullità, riconoscendo come le stesse si pongano in conflitto con "*l'adempimento dei doveri di solidarietà che si può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per venire incontro ad altrui difficoltà, oltre che con la tutela dei rapporti sia all'interno della famiglia fondata sul matrimonio sia di una convivenza di fatto tutelata in quanto formazione sociale, o con l'esplicazione di*

[29] Resta, comunque, da sottolineare che, secondo la giurisprudenza di legittimità, "*la convivenza con il conduttore defunto, cui è subordinata la successione nel contratto di locazione, costituisce una situazione complessa, caratterizzata da una convivenza "stabile ed abituale", da una "comunanza di vita", preesistente al decesso, non riscontrabile qualora il pretendente successore si sia trasferito nell'abitazione locata soltanto per assistere il conduttore stesso e quindi per ragioni transitorie*": *ex multis*, Cass. 11 febbraio 2008, n. 3251, in *De Jure (*https://dejure.it/#/home - ultimo accesso 7 maggio 2024).

[30] Nell'ambito della stessa sentenza, si ricorda che la Corte costituzionale ha dichiarato altresì l'illegittimità dell'art. 6, comma 2, laddove non prevedeva la successione nel contratto di locazione al conduttore che abbia cessato la convivenza a favore del già convivente, quando vi sia prole naturale. Successivamente la Corte costituzionale, con sentenza 18 maggio 1989, n. 252, ha invece dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1, nella parte in cui non prevedeva la successione nel contratto di parenti ed affini del conduttore, con lui abitualmente conviventi, anche nell'ipotesi di abbandono dell'immobile o di recesso dal contratto da parte del titolare della locazione; in quel frangente, la Corte ha motivato affermando che sarebbe "*contrario alla* ratio legis *tutelare l'ipotesi del volontario abbandono dell'immobile o del recesso dal contratto da parte del conduttore in favore di parenti od affini*", giacché ciò "*sarebbe fonte di una forte attenuazione del diritto del locatore al di fuori di situazioni che impongono la solidarietà sociale. Il diritto del locatore, infatti, verrebbe a subire gli effetti compressivi di comportamenti non sempre necessitati, quando non arbitrari, del conduttore*".

rapporti di amicizia" [31]. In tale frangente il diritto vivente si impegna, ancora una volta, ad accordare protezione a tutti i soggetti coinvolti in rapporti non solo di coppia, ma anche affettivi in senso lato o di mera amicizia.

Una casistica interessante si va, poi, formando rispetto alle previsioni contenute nei regolamenti di condominio, con cui vengono apposte restrizioni al godimento dei singoli condomini sulle rispettive unità immobiliari di proprietà esclusiva. Non è raro il caso di clausole che prescrivono di "*adibire gli appartamenti ad uso di civile abitazione o di studi o uffici professionali privati*", nonché sanciscono "*il divieto di destinare gli stessi a stanze ammobiliate d'affitto, pensioni e locande*"; più in generale, vietano di svolgere "*industrie, professioni, laboratori, commerci, arti e mestieri*" a tutela dell'igiene, della tranquillità e del decoro del condominio, altrimenti subordinando un tale utilizzo all'adozione di un'apposita delibera assembleare. Simili clausole, secondo l'avviso del giudice civile, sono da ritenersi legittime [32], pur quando vincolino al punto di "*consentire le sole abitazioni private, e non anche l'uso ad abitazioni collettive di carattere stabile, ivi comprese le residenze assistenziali rivolte agli anziani, in forma di case di riposo, case famiglia o anche comunità alloggio*" [33]. Sennonché, non è sempre facile discernere

[31] Cass. 18 giugno 2012, n. 9931, che a sua volta si richiama a Cass. 19 giugno 2009, n. 14343; più recentemente, App. Roma 12 maggio 2023, n. 3396, tutte in *One legale* (https://www.wolterskluwer.com/it-it/solutions/one/onelegale?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=IT-SEM-GoogleAds-Performance-Legale-[SEARCH]-BrandPuro&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw3ZayBhDRARIsAPWzx8oURbrol54WJAiEMGOHMsy2jvPO659Q2AHetSFxJZFmJsGbQM06t5AaAhXbEALw_wcB - ultimo accesso 7 maggio 2024).

[32] Le restrizioni al godimento della proprietà esclusiva previste nei regolamenti condominiali costituiscono servitù atipiche reciproche, con cui "*al fine di imprimere determinate caratteristiche all'edificio, si impongono limitazioni (il "peso" di cui all'art. 1027 c.c.) alla libertà di utilizzazione delle porzioni di proprietà esclusiva, attinenti non all'attività personale dei condomini, bensì alla proprietà del singolo immobile, incidendo oggettivamente, in modo negativo, sulla sua funzione ed arrecando vantaggio agli immobili contigui*". Tali clausole devono essere approvate da tutti i condomini, mentre la loro opponibilità ai terzi, in mancanza di espressa adesione, è subordinata all'adempimento dell'onere di trascrizione: cfr. Cass. 6 dicembre 2021, n. 38639, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3 (2022), pp. 549 ss., con nota di C. RENDINA, *Regolamento condominiale c.d. contrattuale: questioni ermeneutiche.*

[33] Cass., ord., 14 maggio 2018, n. 11609, in *One legale* (https://www.wolterskluwer.com/it-it/solutions/one/onelegale?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=IT-SEM-GoogleAds-Performance-Legale-[SEARCH]-BrandPuro&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw3ZayBhDRARIsAPWzx8oURbrol54WJAiEMGOHMsy2jvPO659Q2AHetSFxJZFmJsGbQM06t5AaAhXbEALw_wcB - ultimo

se ricorra l'esercizio di un'attività imprenditoriale, quale potrebbe essere la gestione di una casa di cura e riposo alla stregua di attività alberghiera, oppure una coabitazione in regime di stabile residenza, soprattutto quando le persone anziane sono ospitate all'interno dei locali di un appartamento in condominio per una durata minima non breve. In simili frangenti, si cerca comunque di assicurare tutela a favore delle convivenze che si vengono a instaurare, ritenendo configurata un'esperienza di *cohousing* laddove il dato concreto consenta di considerare "*prevalente, rispetto alla messa a disposizione dell'alloggio, il carattere socio assistenziale*" e, altresì, si ravvisi la destinazione *"a creare una abitazione confortevole e duratura per anziani autosufficienti*" [34].

Altri orizzonti si aprono, infine, nel campo della responsabilità aquiliana, quando sia in gioco il risarcimento dei danni derivanti dalla morte, ovvero dalla lesione materiale, cagionata al convivente per condotta illecita del terzo. Questa prerogativa, di cui si ritengono da tempo titolari i conviventi

accesso 7 maggio 2024); poi, Cass. 6 dicembre 2021, n. 38639, cit. Se è pur vero che le comunità alloggio per anziani devono soddisfare *"i requisiti edilizi previsti proprio per gli alloggi destinati a civile abitazione*", si ritiene che "*non contrasta con la diversa considerazione che le medesime comunità alloggio si connot*[ino] *come strutture a ciclo residenziale, le quali prestano servizi socioassistenziali ed erogano prestazioni di carattere alberghiero*". L'attività delle case di cura e di riposo per anziani, pur perseguendo una funzione socio-assistenziale, ben si presta infatti a essere organizzata in forma di impresa commerciale per conseguire la remunerazione di fattori produttivi; quando è così, la scelta di adibire l'immobile a casa di riposo ricadrebbe nel divieto divisato nei regolamenti condominiali.

[34] App. Genova 8 ottobre 2021, n. 1019, in *One legale* (https://www.wolterskluwer.com/it-it/solutions/one/onelegale?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=IT-SEM-GoogleAds-Performance-Legale-[SEARCH]-BrandPuro&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw3ZayBhDRARIsAPWzx8oURbrol54WJAiEMGOHMsy2jvPO659Q2AHetSFxJZFmJsGbQM06t5AaAhXbEALw_wcB - ultimo accesso 7 maggio 2024). Nell'eventualità riferita nel testo, il giudice civile è orientato a escludere profili di contrasto con le previsioni del regolamento condominiale: da un lato, si considera conservata la destinazione d'uso dell'immobile a civile abitazione; dall'altro, si assume che "*ogni anziano (e, prima ancora, ogni persona)* […] *ha il diritto costituzionalmente garantito di beneficiare dell'assistenza socio-sanitaria necessaria a salvaguardare la propria salute*". Tanto basterebbe a negare che la presenza di uno o più anziani nelle abitazioni poste in condominio possa considerarsi "*una sicura fonte di pregiudizio all'igiene, alla tranquillità e al decoro del condominio*". Cfr. Trib. Roma 30 settembre 2021, n. 15142, in *One legale* (https://www.wolterskluwer.com/it-it/solutions/one/onelegale?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=IT-SEM-GoogleAds-Performance-Legale-[SEARCH]-BrandPuro&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw3ZayBhDRARIsAPWzx8oURbrol54WJAiEMGOHMsy2jvPO659Q2AHetSFxJZFmJsGbQM06t5AaAhXbEALw_wcB - ultimo accesso 7 maggio 2024);.

more uxorio [35], è oggi sancita positivamente per i conviventi di fatto [36]. Più in generale, la stessa prerogativa è estesa a chiunque intrattenga (o intrattenesse) con la vittima, lesa o deceduta per fatto illecito del terzo, un rapporto di reciproco sostegno morale e materiale, caratterizzato da una certa solidità, almeno in termini prognostici, così da attribuire rilievo alla sfera relazionale della persona in quanto tale. Infatti, il diritto vivente allarga la legittimazione ad agire in sede risarcitoria ai "*prossimi congiunti*" della vittima primaria, definiti "*quali soggetti danneggiati iure proprio a cagione del carattere plurioffensivo dell'illecito*", uniti alla vittima stessa da "*un saldo e duraturo legame affettivo […]*", "*a prescindere dall'esistenza di rapporti di parentela o affinità giuridicamente rilevanti come tali*", con la precisazione che "*la convivenza non ha da intendersi necessariamente come coabitazione, quanto piuttosto come stabile legame tra due persone, connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti*" [37]. In questo campo, la giurisprudenza civile ha finanche riconosciuto agli enti religiosi la legittimazione a richiedere il risarcimento del danno qualora un appartenente alla loro congregazione resti vittima del fatto illecito di un terzo [38].

4. Prospettive di epifania tra solidarietà e sostenibilità sociale

Le comunioni di vita che traggono origine da relazioni non sentimentali spingono, come si è visto, per uscire dal cono d'ombra. Si affaccia allora la

[35] *Ex multis*, Cass. 29 aprile 2005, n. 8976, in *Giur. it.*, 2 (2006), p. 246, nt. G. MANDIROLA, *Danno riflesso e diritti del convivente* more uxorio.
[36] Cfr. art. 1, comma 49, della legge n. 76 del 2016.
[37] *Ex multis*, Cass. 21 marzo 2013 n. 7128, in *Diritto&Giustizia*, 22 marzo 2013 (2013), pp. 522 ss., nt. R. SAVOIA, *La convivenza non è determinante per il risarcimento del danno non patrimoniale del congiunto*.
[38] App. Torino, 5 marzo 1964, in *Giur. it.*, I, 2 (1964), secondo cui "*La Congregazione religiosa è legittimata ad agire per il risarcimento del danno derivante dalla morte di una suora*". Si veda anche Trib. Torino 14 marzo 1970, in *Giur. It.*, I, 2 (1970), secondo cui "*In virtù del rinvio al diritto canonico, operato dal Concordato, il rapporto esistente fra i membri di una congregazione religiosa e la congregazione stessa è assimilabile a un vincolo familiare; tuttavia il sorgere di tale diverso rapporto non recide i vincoli esistenti fra il religioso ed i suoi consanguinei, di guisa che quando un religioso venga a mancare per fatto imputabile a un terzo, sia la congregazione, sia i familiari del religioso stesso hanno diritto a un congruo risarcimento*". Per ulteriori riferimenti, C. VALLE, *Tutela aquiliana per compromissione della relazione* more uxorio *(incestuosa), in Nuova giur. civ. comm*., 7/8 (2007), pp. 872, in nota a Trib. Venezia, 31 luglio 2006.

questione se tale novero di rapporti sia meritevole di riconoscimento, in conformità all'assiologia costituzionale, ed entro quali termini.
Nello sforzo di estrapolare le coordinate che potrebbero guidare, o quanto meno, ispirare l'approccio al tema, pare opportuno muovere dalla considerazione che le relazioni in esame delineano un arcipelago di rapporti liberi nella forma, struttura e intensità. Le relazioni di vita non sentimentali si candidano così a trovare sostegno all'art. 2 Cost., laddove l'ordinamento si proclama aperto ad accogliere le più diverse formazioni sociali, impegnandosi ad assicurare al loro interno le istanze inviolabili della persona [39]. Il punto è di intendere quando una stretta relazione di vita sia idonea ad assumere tale rilievo. Una formazione sociale, secondo la giurisprudenza costituzionale, è "*ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico*" [40]. Le aggregazioni, anche di fatto, possono dunque assurgere al livello di tutela costituzionale ove siano teleologicamente orientate a fungere da luogo di armonico sviluppo della personalità di ognuno. Stabilire la soglia minima di rilevanza resta comunque un'operazione delicata, che sconta il vaglio di liceità dell'unione in relazione all'ordine pubblico; proprio su questo terreno, dovranno concentrarsi gli sforzi dell'interprete.
Le comunioni di vita, in particolare quelle animate da finalità di mutua assistenza, possono poi aspirare a trovare copertura all'art. 2 Cost. anche per la parte in cui l'ordinamento garantisce l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà. Infatti tali comunioni di vita costituiscono, per loro stessa natura, manifestazione concreta di comportamenti solidaristici nei rapporti tra privati; in questi termini, si è avuto dimostrazione che sono apprezzate anche nella prassi. Resta inteso che il principio solidaristico opera in sinergia con altri principi costituzionali: da un lato, va coordinato con il principio di uguaglianza e non discriminazione; dall'altro lato, si

[39] In questo senso, si può leggere la Relazione al Disegno di legge n. 909 del 3 luglio 2013, cit., nella quale era rappresentato l'intento di assicurare un riconoscimento minimo "*a forme di convivenza, che rappresentano del resto espressioni significative non soltanto del pluralismo su cui si basa necessariamente ogni Stato di diritto, ma anche e soprattutto del principio personalistico che ispira la nostra Costituzione. Consentire a ciascun cittadino di scegliere la forma di convivenza che meglio risponda alle proprie esigenze, senza per questo subire discriminazione alcuna – come espressamente sancito dall'articolo 2 del presente disegno di legge – costituisce infatti un dovere fondamentale, cui uno Stato democratico di diritto quale il nostro non può sottrarsi*".
[40] Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138.

contempera alla luce delle istanze di proporzionalità e ragionevolezza che innervano il nostro ordinamento [41].

Nell'attuale assetto, la solidarietà sembra saldarsi strettamente al principio di sostenibilità [42]; proprio questo principio potrebbe offrire un ulteriore indice di riconoscimento delle strette relazioni di vita. La sostenibilità è transitata, nel breve periodo, dal piano della politica e dell'etica a quello più strettamente giuridico, assumendo i contorni di un vero e proprio principio di diritto. Originariamente, ha trovato la sua genesi sul terreno dell'ecologia, dove si declina come impegno a preservare le risorse naturali per i bisogni delle future generazioni [43]. Oggi, si articola sempre più in accezioni afferenti al settore economico-finanziario [44] e lambisce, altresì, il piano della organizzazione sociale [45]. Sembra così emergere una nozione di

[41] In tema, S. POLIDORI, *Ragionevolezza, proporzionalità e «giusto rimedio»: le tendenze evolutive e un'occasione perduta (dalla Cassazione)*, in *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, a cura di G. PERLINGIERI - A. FACHECHI, II, Napoli, 2017, pp. 907-927. Non può mancare, altresì, il richiamo a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 137; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in AA. VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016 - Atti del 12° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile* (S.I.S.Di.C.), Napoli, 2018, pp. 283 ss.

[42] Per maggiori ragguagli, su tutti, D. PORENA, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2017. Si veda anche la recensione di L. BARTOLUCCI, *Recensione a D. PORENA, Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, in *Nomos*, 1 (2018), p. 9.

[43] Cfr. art. 3-*quater*, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Oggi l'art. 9, comma 3, Cost., dopo la riforma con legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1, recita che la Repubblica "*Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*".

[44] L'art. 41 Cost., a seguito della già menzionata riforma con legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1, contiene ora il riferimento alla salute e all'ambiente. Questa revisione è dai più apprezzata come recepimento, a livello costituzionale, del principio della sostenibilità nel campo della libertà di iniziativa privata e, in generale, dell'autonomia privata.

[45] È appena il caso di precisare che, in dottrina, si parla del triangolo della sostenibilità per indicare che questo principio investe tre dimensioni, ambientale, economica e sociale: cfr. L. DAVICO, *Sviluppo sostenibile. Le dimensioni sociali*, Roma, 2004, pp. 19 s. Queste linee direttrici trovano conferma nell'Agenda 2030 per uno sviluppo sostenibile, che traccia il programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità, sottoscritta nel settembre 2015 dai Paesi membri dell'ONU. L'Agenda fissa diciassette obiettivi "*interconnessi e indivisibili*", nei quali si articolano e, al contempo, si "*bilanciano le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile: la dimensione economica, sociale ed ambientale*". Sotto il profilo sociale, emerge l'impegno a costruire un mondo "*aperto e socialmente inclusivo che soddisfi anche i bisogni dei più vulnerabili*". Il tutto attraverso un'azione comune volta a perseguire il traguardo di una crescita universale, in uno spirito di solidarietà globale, affinché possano trarne beneficio sia le generazioni di oggi sia quelle del futuro. Rispetto agli obiettivi e ai traguardi prefissati, sondano le possibili applicazioni del principio di sostenibilità, dal lato della materia giuslavoristica, V. FERRANTE, *Diritti dei lavoratori e sviluppo sostenibile*, in *Jus*, 3 (2022), pp. 349 ss.;

sostenibilità avente portata generale, che spinge l'ordinamento ad avanzare nella tutela della identità e dignità della persona umana, anche all'interno della sfera relazionale. Specialmente quando siano in gioco i diritti inviolabili dell'uomo, la sostenibilità sollecita a costruire una società fondata sui valori primari di giustizia, equità, uguaglianza e pari opportunità.

Secondo l'accezione comunemente accolta, la sostenibilità imprime la spinta a cercare soluzioni a lungo termine, ponderando le scelte regolatorie in funzione del benessere non solo della collettività attuale, ma anche delle generazioni a venire. Gli obiettivi si coniugano a politiche di prevenzione e responsabilità, ispirate alla cura degli interessi e dei bisogni intergenerazionali. La sostenibilità, ad un tempo, induce a misurarsi con sfide su scala globale, "*a livello di grandi numeri e di risultati complessivi*" [46]. Pone dinanzi a "*questioni che superano la dimensione territoriale, anzi ne sono in qualche misura indipendenti, e debbono essere quindi governate in una prospettiva globale*" [47]. Se quanto fin qui detto è vero, basta poco per avvedersi che la sostenibilità, soprattutto ove applicata al campo dei rapporti sociali, si presta a declinarsi anche in termini "*capillari, fino a permeare i comportamenti individuali e le relazioni puntuali all'interno della società*", così da aprire "*una prospettiva concreta di recupero delle ragioni sostanziali della persona*" [48]. Significa che, quando lo sguardo volge all'assetto dei rapporti sociali, l'uomo non è più visto soltanto come il destinatario finale di politiche "*green*" e di innovazione tecnologica finalizzate a consegnare alle future generazioni un ecosistema in equilibrio e un'economia efficiente, ma diviene il centro dell'azione pubblica. La prospettiva inevitabilmente si accorcia e la sostenibilità invita ad adottare scelte regolatorie con effetti immediati e diretti sulla realtà quotidiana.

Nel prisma di uno sviluppo sostenibile, potrebbe allora trovare spazio il riconoscimento dei rapporti animati da mutuo aiuto. Su questo terreno il diritto privato, in quanto diritto che governa i rapporti *inter privates*, potrebbe giocare un ruolo importante al fine di orientare l'ordinamento

da quello dell'attività di impresa, G. PRESTI, *La sostenibilità nel diritto dell'impresa e delle società: l'auspicabile ritorno della regolazione pubblica*, in *Jus*, 3 (2022), pp. 371 ss.

[46] Presentazione, in *Jus*, 2022, 257 s.

[47] F. ZECCHIN, *Sviluppo sostenibile delle catene di fornitura internazionali e diritti inviolabili*, in *Jus*, 3 (2022), pp. 399.

[48] Presentazione, cit., p. 258.

verso obiettivi di sostenibilità [49]. Soprattutto, se si considera che il dibattito intercetta un bisogno di solidarietà che è presente, in forma diffusa, nei diversi luoghi e a diversi livelli del tessuto sociale [50].

5. Considerazioni ricostruttive intorno ai termini di rilevanza del fenomeno

Nel convergere verso l'apertura alle relazioni qualificate su basi diverse da quelle sentimentali, gli aspetti da soppesare non sono pochi, e così anche le perplessità.
Si è chiamati a dirimere la perenne tensione tra libertà e responsabilità. Nell'ambito di rapporti improntati a serietà e reciproco affidamento, si rende avvertito il bisogno di proteggere i soggetti coinvolti, soprattutto quando versino in posizione di debolezza. Non di meno, quanto più il legislatore si ingerisce nella sfera delle parti, tanto più si rischia di sacrificare l'autonomia privata.
Si profila la scelta tra due opzioni: rendere la disciplina eteronoma automaticamente applicabile, ovvero rimettere alle parti l'onere di rendere un'apposita dichiarazione in tal senso. La riflessione ricalca, per buona parte, gli itinerari già battuti dalla dottrina riguardo alle convivenze similconiugali. Non si omette, però, di osservare che le ipotesi di nuova estrazione si declinano secondo tratti peculiari, che richiedono un approccio ispirato a diversa sensibilità. Nel primo caso le relazioni non sentimentali, sulle orme di quanto si è verificato per le convivenze paraconiugali, acquisterebbero rilevanza sol che si realizzino in concreto i presupposti. Una tale conclusione, come è implicito, presuppone di avere chiare le sembianze che le strette relazioni di vita devono esibire perché siano riconoscibili come tali. Così però non è, giacché le relazioni di cui si discorre sono suscettibili di concretizzarsi secondo fattezze e contenuti diversi. Il rischio è che si finisca per attrarre dentro la disciplina legale soggetti che preferirebbero muoversi sul piano della condotta spontanea. Per ovviare a ciò, l'alternativa è di subordinare il riconoscimento a

[49] In questi termini, F. ZECCHIN, *Sviluppo sostenibile delle catene di fornitura internazionali e diritti inviolabili*, cit., p. 398, il quale accoglie con favore l'allargamento del concetto di sostenibilità alle condizioni di vita degli esseri umani e, in tale direzione, riconosce un ruolo di rilevanza al diritto privato.
[50] Per fare un esempio, sta diventando sempre più urgente assicurare la tutela del genitore, in condizioni di fragilità per motivi di età o salute, giacché a carico dei figli sembrerebbe mancare la previsione di un generale obbligo di cura e assistenza: su tutti, M.N. BUGETTI, *La solidarietà tra genitori e figli e tra figli e genitori anziani*, in *Familia*, 3 (2017), pp. 313 ss.

un'espressa manifestazione d'intenti, così da valorizzare l'autodeterminazione dei soggetti coinvolti. Neppure questa seconda opzione va però esente da profili critici, poiché finisce per rimettere alla parte forte la scelta se attribuire o meno rilevanza al rapporto, a scapito delle ragioni di quella più debole.

Quand'anche si ipotizzi di agganciare il riconoscimento delle strette relazioni di vita ad una manifestazione esterna, si profila l'alternativa tra la predisposizione di appositi adempimenti, ovvero il ricorso a quelli esistenti.

Supponendo di ragionare secondo gli istituti già presenti nel nostro ordinamento, si suggerisce la tesi che questi rapporti vadano registrati, o quanto meno siano registrabili, come *famiglie anagrafiche*. La famiglia anagrafica, si ricorda, costituisce un "*insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune*"[51]. Richiamando il concetto di famiglia anagrafica, si vuole significare che i soggetti devono nutrire un legame solidaristico tanto significativo da poter essere considerato affettivo [52]. Il riferimento riporta sul terreno frequentato da chi, da tempo, si interroga intorno alla definizione di famiglia, ovvero di mera vita familiare [53]. La famiglia individua un concetto, pregiuridico o metagiuridico, tutt'altro che univoco, che non può essere esaurientemente indagato in questa sede. Mantenendoci aderenti al piano normativo, la nozione riceve una declinazione "pluralistica", ad assetto variabile, che impone all'interprete di ponderare il riferimento alla dimensione familiare in relazione al settore

[51] Cfr. art. 4 del D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 recante "*Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente*". A tale concetto il legislatore aggancia, altresì, la prova della convivenza di fatto ai sensi dell'art. 1, comma 37, della legge n. 76/2016.

[52] P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La convivenza di diritto civile come alternativa alla prestazione sociale di residenzialità*, cit., p. 236, nota n. 7, ove l'Autore si richiama a un parere pubblicato su *Lo stato civile italiano*, 17 gennaio 2012, n. 586247. Più approfonditamente, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Tracce di rilevanza giuridica delle convivenze solidali nel secolo europeo della vecchiaia*, cit., 16.

[53] Sul punto, si veda A. GORASSINI, *Il nuovo ordine della famiglia nel terzo millennio*, in *La famiglia all'imperfetto*, a cura di A. BUSACCA, 2016, pp. 15 ss. Il diritto al rispetto della vita familiare è espressamente sancito all'art. 8 CEDU, così da ricomprendere non soltanto le relazioni che nascono all'interno della famiglia fondata sul matrimonio, ma anche altri legami che si volgono fuori dal vincolo di coniugio: per un approfondimento sul tema, si veda la *Guida all'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo Diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza*, a cura della Cancelleria della Corte europea dei diritti umani, aggiornata al 31 agosto 2021, in *www.echr.coe.int* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

di riferimento e alle istanze perseguite in sede di politica del diritto; per questo motivo, non è facile da intendere nella sua esatta portata [54]. Pur limitando il discorso al concetto di famiglia anagrafica, non può non avvertirsi un certo stridore quando nella materia delle comunioni di vita non sentimentali ci si imbatte nell'utilizzo di espressioni che evocano, anche solo latamente, la dimensione familiare. Il rinvio alla "*famiglia anagrafica*" non appare convincente neppure ove si metta conto che tale registrazione raggruppa anche le persone legate da "*vincoli di matrimonio*", "*unione civile*" ovvero da una convivenza similconiugale, sicché si finirebbe, ancora una volta, per assimilare sotto il medesimo titolo agglomerati diversi. Riferendoci alle comunioni di vita solidale, si prende atto che dentro a questi nuclei si fa esperimento della condivisione di vita domestica; tuttavia, possono mancare altri elementi che connotano l'accezione di famiglia, come l'intimità sessuale e l'apertura alla prole [55]. Se

[54] Basta osservare che, mentre l'ordinamento anagrafico fa propria una definizione estesa di famiglia, che può comprendere persone legate da vincoli di parentela, affinità, adozione, tutela o semplicemente affettivi (non di meno, può essere costituita anche da una sola persona), senza nulla precisare in ordine alla natura della affettività richiesta, il codice civile, per converso, abbraccia la nozione di famiglia nucleare composta dai genitori uniti in matrimonio e i figli. Entrambi i concetti di famiglia, quello anagrafico e quello civilistico, convivono nel nostro sistema ma a diversi fini, giacché la nozione dettata dal regolamento anagrafico vale perlopiù a individuare i soggetti destinatati di servizi pubblici a livello locale: sulla distinzione tra questi due concetti, T.A.R. Veneto, 27 agosto 2007, n. 2786, in *One legale* (https://www.wolterskluwer.com/it-it/solutions/one/onelegale?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=IT-SEM-GoogleAds-Performance-Legale-[SEARCH]-BrandPuro&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjw3ZayBhDRARIsAPWzx8oURbrol54WJAiEMGOHMsy2jvPO659Q2AHetSFxJZFmJsGbQM06t5AaAhXbEALw_wcB - ultimo accesso 7 maggio 2024). A seguito delle riforme che si sono susseguite fino ai giorni nostri, il codice civile si è comunque aperto ad un modello di famiglia nucleare parentale, che include al proprio interno anche le relazioni parentali e di affinità configurando il tutto come una rete di protezione e di solidarietà. Restando all'interno del codice civile, si scoprono poi altre accezioni di famiglia: come si è detto nel testo, la nozione di famiglia rilevante ai fini della delimitazione del raggio applicativo dei diritti reali d'uso e abitazione include anche soggetti terzi estranei, che rendano i propri servizi al titolare del diritto e alla sua famiglia (art. 1023 CC); per riportare altri esempi, si può fare un cenno alla definizione di familiare collaboratore nell'impresa, che comprende anche i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo (art. 230-bis CC); ancora, si fa notare che l'obbligo alimentare si estende ai collaterali in secondo grado ed agli affini in primo grado (art. 433 CC). Altra e diversa, poi, è la nozione di famiglia fiscale, che identifica il nucleo produttivo di reddito e rileva pertanto a fini impositivi o, ancora, di nucleo familiare ai fini della assegnazione degli alloggi di residenza in edilizia popolare.

[55] Distingue le "*convivenze solidali*" dall'arcipelago delle nuove famiglie P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Tracce di rilevanza giuridica delle convivenze solidali nel secolo europeo della vecchiaia*, cit., pp. 160 ss. Nella stessa direzione, si veda anche G. AUTORINO STANZIONE - P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, cit., pp. 205 s.

il legame affettivo è presente alla base dei più disparati sodalizi umani, diverse possono essere le componenti del rapporto, quali il grado di intimità, la progettualità e le potenzialità per il futuro, l'ufficialità e la vincolatività che ne deriva tra i suoi membri, e ancora la stabilità del legame nel tempo. Nel concreto, non è comunque escluso che i rapporti possano combinare fattori di diversa natura, così da addensare sfumature tra cui non è sempre facile districarsi [56]: un esempio di convivenza familiare, seppure in senso ampio, si rinviene nelle unioni solidali che nascono all'interno di rapporti di parentela o affinità.

Per altro verso, si potrebbe avanzare l'idea di registrare le strette relazioni di vita come mere *convivenze anagrafiche*, definite in guisa di un "*insieme di persone normalmente coabitanti per motivi religiosi, di cura, di assistenza, militari, di pena e simili, aventi dimora abituale nello stesso comune*" [57]. Le convivenze anagrafiche talora nascono dalla condivisione del medesimo programma religioso, ideologico, culturale o educativo (come è per il caso di comunità di recupero, conventi, seminari); talaltra sorgono come forzoso rimedio per assicurare cura e assistenza alla persona (come è per il caso delle residenze per anziani). Secondo alcuni, la convivenza anagrafica potrebbe essere idonea a ospitare al suo interno legami di reciproca solidarietà e assistenza [58]. Per altro verso, vi è chi

[56] Sul punto, è interessante osservare che la possibilità di configurare la relazione tra il domestico e l'assistito come famiglia anagrafica è trattata nelle Avvertenze, note illustrative e normativa AIRE, Metodi e Norme, serie B - n. 29 - ed. 1992, redatte dall'Istat e dal Ministero dell'Interno, secondo cui "*Un particolare cenno merita la posizione dei domestici, autisti, giardinieri e simili che coabitano con la famiglia del datore di lavoro. Per essi il precedente regolamento prevedeva l'istituzione di una particolare scheda individuale nell'ambito della stessa famiglia anagrafica come "membri aggregati". L'attuale regolamento non consente una normativa particolare, per cui saranno iscritti in una scheda di famiglia a parte, a meno che non dichiarino di essere legati da tempo alla famiglia predetta da vincoli affettivi, nel qual caso costituiranno famiglia anagrafica unica*".

[57] Cfr. art. 5 del D.P.R. n. 223 del 1989, che, ai commi 2 e 3, precisa: "*2. Le persone addette alla convivenza per ragioni di impiego o di lavoro, se vi convivono abitualmente, sono considerate membri della convivenza, purché non costituiscano famiglie a se stanti. 3. Le persone ospitate anche abitualmente in alberghi, locande, pensioni e simili non costituiscono convivenza anagrafica*".

[58] Al limite, si collocano le convivenze tra religiosi che si svolgono al di fuori della dimensione comunitaria e dei luoghi istituzionalmente deputati ad accoglierli (monasteri, conventi, ecc.), assumendo le fattezze di piccoli gruppi che riproducono un *menage* familiare (per fare un esempio, un gruppo di confratelli o consorelle che convivono in un appartamento); a queste condizioni, la convivenza potrebbe avere i requisiti per reclamare il riconoscimento come famiglia anagrafica.

sostiene invece che essa, reggendosi sul dato della coabitazione per motivi sociali, darebbe luogo soltanto a forme di vita comune contingenti [59].
Da parte la questione di capire come possa dispiegarsi l'attenzione dell'ordinamento nei confronti delle comunioni di vita non sentimentali[60], vi è da decifrare anche il tenore delle prerogative cui i soggetti possono essere ammessi a godere. L'idea è di valorizzare la finalità socio-assistenziale delle strette relazioni di vita, alla stregua di un'iniziativa privata che serve di rinforzo a un tessuto sociale coeso. Si osserva che le esperienze di comunione *inter privates*, pur condotte all'interno delle mura domestiche, concorrono a offrire un importante sostegno alla persona. Si coglie nei rapporti non sentimentali una primordiale cellula di cooperazione sociale, che l'ordinamento può avere interesse a promuovere nel prisma del principio di sussidiarietà orizzontale, secondo una lettura integrata tra il piano di organizzazione dei servizi sociali e la finanza pubblica in supporto alle funzioni dello Stato sociale.
Da questo angolo visuale, si punta a rafforzare la tutela delle istanze fondamentali della persona. Si avverte la priorità di assicurare tutela al singolo, che dentro le relazioni interpersonali si valorizza *uti socius*. I cambiamenti demografici in corso sottolineano, infatti, l'esigenza di riguardare il soggetto, oltre che come individuo, secondo la prospettiva tradizionalmente privatistica, anche come componente di aggregati sociali in cui realizza sé stesso insieme ad altri. Resta però inteso che il *focus* ricade sulla persona, mentre rimane sullo sfondo la formazione sociale cui afferisce, che non pare meritevole in sé di protezione. Il traguardo che ci si pone risponde all'obiettivo di realizzare il connubio tra solidarietà e sostenibilità dentro a un sistema pluralistico, improntato al principio personalista. Questa visione sembra trovare conforto, seppure in nuce, anche nei pochi e disordinati frammenti normativi che si reperiscono nell'ordinamento e che, poco sopra, abbiamo cercato di enfatizzare per

[59] L. BARBIERA, *Le convivenze. Tipi e statuti*, Milano, 2011, p. 5.
[60] Nello sforzo di delineare il fenomeno delle "convivenze solidali", P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Tracce di rilevanza giuridica delle convivenze solidali nel secolo europeo della vecchiaia*, cit., pp. 160 ss. ha enucleato alcuni elementi identificativi, delimitando il perimetro alle sole convivenze volontarie e stabili, reciprocamente e spontaneamente solidali, che si volgono presso la medesima residenza, con la possibilità che siano coinvolti anche soggetti non pienamente autonomi e capaci. L'Autore esclude, per il resto, che possano farsi rientrare nell'alveo delle convivenze solidali le relazioni tra un soggetto e il lavoratore addetto alla loro cura, ovvero tra soggetti che abbiano stipulato un accordo di vitalizio improprio; allo stesso modo, guarda sotto diversa lente le convivenze che dipendono dalla accoglienza all'interno di strutture eterogestite, pubbliche o private.

ricavare un primo sostrato di tutele valido anche per le "convivenze" non sentimentali.
Se quanto detto finora individua il possibile piano di rilevanza delle strette relazioni di vita per l'ordinamento, ci si domanda, come si accennava anche all'inizio di questo lavoro, se le stesse possano essere regolate in maniera più articolata dai soggetti che le compongono. Lo strumento a disposizione è quello negoziale, con il quale l'autonomia privata potrebbe predisporre clausole relative ai rapporti patrimoniali interni, alla disponibilità della dimora comune o, ancora, ai profili di solidarietà *post* fine rapporto, salvo capire i limiti entro cui ad essa è consentito esprimersi[61].
Rimane, in ultimo, da chiarire il criterio secondo cui coordinare i rapporti con le fattispecie che assumono connotazioni similconiugali, o addirittura vengono formalizzate all'interno del vincolo matrimoniale o dell'unione civile. Senza cadere in ripetizioni inutili, si rammenta che i riferimenti normativi che si prestano a rivolgersi alle strette relazioni di vita, come è emerso nel corso di questa analisi, sono perlopiù comuni a quelli già previsti per i conviventi paraconiugali. Quanto appena detto non deve però far pensare che l'indirizzo sia nel senso di avallare un avvicinamento tra queste diverse situazioni relazionali. Piuttosto, nel tracciare le linee di uno sviluppo aperto ad ospitare i legami interpersonali qualificati, si dovrà edificare un sistema integrato e graduato di tutele, nel rispetto delle peculiarità di ogni aggregato. In quest'ottica, le strette relazioni di vita potranno individuare il nucleo indefettibile perché l'ordinamento si renda disponibile a garantire la persona nella sua dimensione sociale. Si ipotizza, cioè, che chi si impegna in una convivenza, quale esperienza di comunione di vita e interessi anche non sentimentale, potrà essere ammesso a godere di una soglia minima di tutele. Non di meno, si fa salva l'ipotesi che la persona possa accedere a livelli di tutela più stratificati sulla scorta del diverso apprezzamento che ne fa il legislatore, laddove il rapporto si carichi di una significatività che va oltre il piano della collaborazione a fini assistenziali, attingendo alla sfera intima dei soggetti e proiettandosi nel futuro con una connotazione di progettualità.

[61] Mostra una chiara apertura ad ammettere i componenti delle convivenze solidali alla sottoscrizione di accordi di convivenza P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Tracce di rilevanza giuridica delle convivenze solidali nel secolo europeo della vecchiaia*, cit., pp. 164 ss., il quale, ad un tempo, ribadisce che le clausole pattizie dovranno rispettare il limite della adeguatezza e proporzionalità.

Abstract (ENG): The paper investigates “close relationships” between persons that establish strong bonds of solidarity in a different way from the scheme of marriage or nonmarital partnerships. After regulatory proposals which, over time, remained ignored, the Author looks into the current framework to hypothesize a minimum threshold of protection for such relational situations. The issue is to point out the constitutional basis, as well as the terms and limits, to recognize “close relationships”.

Keywords (ENG): close relationship, solidarity, social sustainability.

***JUS*-ONLINE 2/2024**
ISSN 1827-7942

IVAN LIBERO NOCERA*

Per una maggiore autonomia testamentaria nella prospettiva di una biunivoca solidarietà endofamiliare**

English title: *For greater testamentary freedom in the perspective of a two-way intra-family solidarity*

DOI: 10.26350/18277942_000179

Sommario: 1. Premessa. 2. La crescente rilevanza dei legami affettivi e la conseguente necessità di una revisione della legittima. 3. I riflessi sulla successione necessaria dell'aumentata aspettativa di vita. 4. L'iniquità dell'assetto vigente a fronte delle attuali multiformi articolazioni della famiglia. 5. Segue. La predominante posizione successoria del coniuge alla luce dei possibili scenari dei rapporti familiari. 6. Una rimeditazione quantiativa della legittima in ossequio ai principi di solidarietà endofamiliare e di autoresponsabilità. 7. La riduzione della quota di legittima come mezzo per realizzare un'effettiva solidarietà endofamiliare. 8. Dilatazione della quota disponibile e gratitudine. 9. Riflessioni conclusive attraverso la lente del principio di autodeterminazione nell'individuazione dei legami familiari.

1. Premessa

Se il diritto è lo specchio della società[1], l'effige che questo specchio restituisce del diritto ereditario, e in particolare della successione necessaria, non interpreta in modo efficace le attuali forme di organizzazione della vita affettiva e di articolazione familiare nonché l'odierna composizione della ricchezza, costituita in misura maggiore dal reddito dell'attività risparmiato o investito più che da beni immobili di provenienza successoria[2]. Ne è testimonianza il sempre maggiore rilievo dell'interesse alla pianificazione successoria, ovvero all'anticipazione dell'assetto futuro dei rapporti, attraverso l'uso di strumenti alternativi a

* Università degli studi di Bergamo (ivan.nocera@unibg.it).
** Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.
[1] Secondo una celebre metafora di P. ZATTI, Familia, familiae*: declinazioni di un'idea*, I. *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 1 (2002), p. 12.
[2] Per un'approfondita disamina sull'impatto dei mutamenti sociali sul diritto successorio e la sua funzione vedansi P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 1 (2009), p. 135 e V. FERRARI, *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, Milano, 1972, p. 49.

quelli tradizionali di devoluzione dell'eredità, in modo da tentare di programmare il passaggio della ricchezza familiare[3].

[3] Si pensi, oltre che ovviamente alla donazione, anche all'assicurazione sulla vita o al *trust* "*inter vivos*" con effetti "*post mortem*". Sull'assicurazione a favore di un terzo vedansi, tra i tanti, con diversi accenti, G. BONILINI – A. ARFANI – L. GHIDONI – M. BOSELLI – F. TROLLI – F.S. MATTUCCI, *Il beneficiario di assicurazione sulla vita a favore di un terzo*, in *Fam. e dir.*, 8/9 (2023), p. 697; C. PETTA, *Assicurazione sulla vita a favore di terzo e assetti successori tra interferenze disciplinari e opportunità applicative*, in *Dir. fam. pers.*, 2 (2022), p. 843; S. GATTI, *L'acquisto del diritto al vantaggio assicurativo da parte del beneficiario di una polizza vita: la designazione generica degli «eredi» tra diritto dei contratti e diritto delle successioni*, in *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali*, Vol. II, *Questioni di diritto positivo*, Napoli, 2022, p. 589; P. CORRIAS, *L'assicurazione sulla propria morte a favore del terzo tra atto oneroso, liberalità indiretta e attribuzione successoria*, in *Riv. dir. civ.*, 4 (2020), p. 723; M. BOSELLI, *L'assicurazione sulla vita a favore degli eredi legittimi, e la successiva disposizione testamentaria istitutiva di erede*, in *Fam. e dir.*, 5 (2019), 463; A. DALMARTELLO, *Clausole di destinazione agli eredi e "diritto proprio" del beneficiario dell'assicurazione sulla vita. Interferenze tra diritto delle assicurazioni e diritto successorio*, in *Riv. dir. priv.*, 3 (2017), p. 399. Sul *trust* in funzione successoria, con sfumature differenti, vedansi recentemente M.N. BUGETTI, Trust *assistenziale a favore del figlio disabile e successione necessaria*, in B. Grasso (a cura di), *Scritti in memoria di Ubaldo La Porta*, 2023, Napoli, p. 107; F. TROLLI, *In tema di* trust *e tutela dei legittimari*, in *Fam. e dir.*, 12 (2023), p. 1112; A. SEMPRINI, *I rapporti fiduciari con funzione successoria. Contributo allo studio dei negozi con efficacia* post mortem, Torino, 2022, p. 79; M. LUPOI, Trust *e successione ereditaria: due casi, tre pareri e un commiato*, in *Trusts e att. fid.*, 6 (2021), p. 625; D. MURITANO – C. ROMANO, *Il* trust *in funzione successoria tra divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, Studio n. 219-2019/C, C.N.N., 2019; F. SCAGLIONE, Trust *e posizione contingente dei legittimari*, in *Trusts e att. fid.*, 4 (2018), p. 377; L.E. PERRIELLO, *I* trust *con funzione successoria*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 3 (2017), p. 121; V. BARBA, *Negozi* "post mortem" *ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 1 (2016), p. 49; M. GIULIANO, *Contributo allo studio dei* trust *"interni" con finalità "parasuccessorie"*, Torino, 2016, p. 327. Più in generale sulle alternative negoziali ai modi tradizionali di devoluzione dell'eredità, senza pretese di esaustività, vedansi, *ex multis*, M. IEVA, *Dai contratti parasuccessori al contratto ereditario: un percorso da completare*, in *Riv. not.*, 6 (2023), p. 1149; C. CICERO, *Contratto e successioni*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, VI, *Interferenze*, Milano, 2022, p. 505; ID., *Il (falso?) problema della contrattualizzazione del diritto successorio*, in *Riv. not.*, 2 (2022), p. 153; V. BARBA, *Divieto di patti successori e contratto* post mortem, in G. PASSAGNOLI- F. ADDIS – G. CAPALDO – A. RIZZI – S. ORLANDO (a cura di) Liber amicorum *per Giuseppe Vettori. Persona e mercato. Quaderni di orientamento sul nuovo diritto dei privati*, 2022, p. 219; A. SEMPRINI, Will-substitutes *e pianificazione successoria: direttive di sistema*, in *Familia*, 5 (2022), p. 663; D. GIGLIO, *Diritto delle successioni e contratto: stato dell'arte e prospettive future*, in *Pers. e merc.*, 1 (2022), p. 97; G. AMADIO, voce «*Contrattualità successoria*», in *Enc. del dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, p. 486; N. LIPARI, *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria, Atti dell'11 Convegno Nazionale Sisdic*, Napoli, 2017, p. 7; G. CHRISTANDL, *Will-Substitutes in Italy*, in A. BRAUN – A. RÖTHEL (a cura di), *Passing Wealth on Death. Will-Substitutes in Comparative Perspective*, Oxford, 2016, p. 131; F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e*

È evidente come l'ordito normativo del codice del 1942, riflesso di una società in cui era ancora maggioritario il paradigma della famiglia patriarcale e l'interesse alla continuità della stirpe[4], non possa più essere adeguato ad una realtà che ha conosciuto dapprima la sostituzione di tale modello con la famiglia nucleare[5], con un mutamento di funzione da produttivo-patrimoniale ad affettivo-assistenziale, e successivamente una fase di crisi della stessa famiglia nucleare[6].
Se, tuttavia, in materia di diritto di famiglia il sistema attuale consegnatoci dal formante legislativo e giurisprudenziale si è evoluto «nel segno della protezione della persona, che prevale sulle ragioni dell'unità del nucleo»[7], la trama della disciplina della successione necessaria è rimasta sostanzialmente immutata nei suoi tratti essenziali e nella sua *ratio*,

strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento, in *Riv. not.*, I (2008), p. 1016; M. IEVA, *Fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008, p. 15.

[4] Sull'evoluzione storica della famiglia e del matrimonio vedasi M. PALADINI, *Famiglia e matrimonio da Domat alle Codificazioni, in R. CALVO (a cura di), Jean Domat. Le ragioni di una riscoperta, Napoli, 2022, p. 115.*

[5] Caratterizzata da monogamia della coppia, dalla durevolezza del rapporto, dall'apertura alla genitorialità. Oltre venti anni fa A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il "nuovo" diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in E. MOSCATI e A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, p. 3, rilevava il «progressivo sgretolarsi del modello sociologico che il legislatore degli anni settanta ha visualizzato quale antecedente della disciplina vigente (che è la famiglia convivente, stabile, tendenzialmente monoreddito, asimmetrica quanto alla ripartizione dei ruoli)».

[6] Sul pluralismo delle esperienze familiari si segnalano, tra la copiosa letteratura, senza pretesa di esaustività, G. ALPA, *La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2 (2023), p. 363; L. ROSSI CARLEO – E. BELLISARIO, *La famiglia*, in E. BELLISARIO – V. CUFFARO - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Famiglia e successioni. Le forme di circolazione della ricchezza familiare*, Torino, 2022, p. 5; E. BILOTTI, *Un nuovo diritto della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 11 (2022), p. 1038; M. PARADISO, *Dal matrimonio alla filiazione. Ritorno al futuro del diritto di famiglia*, cit., p. 1042; A. NICOLUSSI, *Diritto di famiglia e cambiamento*, cit., p. 1048; M. SESTA, *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*, in *Fam. e dir.*, 11 (2019), p. 1050; L. BALESTRA, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giust. civ.*, 1 (2018), p. 245; ID., *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4 (2010), in part. 1105; F.D. BUSNELLI, *Il diritto di famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 6 (2016), p. 1447; P. FEMIA, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, in A. BUSACCA (a cura di), *La famiglia all'imperfetto? Corso di diritto civile 2015-2016*, Napoli, 2016, p. 253; F. RUSCELLO, *La famiglia nella società contemporanea*, in *Vita not.*, 1 (2015), p. 95; ID., *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 3 (2002), p. 516; F. ROMEO, *Famiglia: sostantivo plurale?*, in *Dir. succ. fam.*, 1 (2015), p. 67; M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Dir. fam. pers.*, 3 (2014), p. 1248; G. GIACOBBE, *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, cit., 2009, p. 305.

[7] Così M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2023, p. 27.

individuabile nell'inderogabile esigenza di solidarietà tra i congiunti più stretti con ampia indisponibilità della vicenda successoria[8].

L'attuale assetto della successione necessaria[9], dunque, si rivela inappagante e dimostra una certa vetustà in quanto non più in grado di riflettere le effettive modalità di estrinsecazione della pluralità di relazioni interpersonali aventi matrice affettiva e i correlati interessi da esse emergenti.

Nella consapevolezza dell'impossibilità di offrire un compendio delle riforme della successione necessaria[10] (una tutela meramente obbligatoria e non più reale della quota di legittima[11], l'introduzione della possibilità di diseredare il legittimario per violazione dei doveri di solidarietà nei confronti del *de cuius*[12], una riforma del divieto dei patti successori[13]), il

---

[8] In tal senso, *ex multis*, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.2. Le successioni*, a cura di M. BIANCA e P. SIRENA, Milano, 2022, p. 191; L. FERRI, *Dei legittimari, art. 536-564*, in *Commentario del Cod. Civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, p. 1; L. GATT, Memento mori. *La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam., pers. e succ.*, 6 (2009), p. 553, la quale osserva che «nel sistema privatistico italiano la relazione familiare oltre ad essere un valore in sé stessa ha, altresì, una forza qualificante l'individuo cui fa capo. Essa è indisponibile e riconosciuta ampiamente in molte parti del codice civile e delle leggi speciali con riguardo all'individuo vivente ovvero defunto».

[9] In argomento vedansi le acute riflessioni di V. BARBA, *La successione dei legittimari, Napoli, 2020, p. 11.*

[10] Si veda in tema il panorama sistematico offerto da F.P. PATTI, *Problematiche attuali e prospettive di riforma del diritto successorio*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 4 (2023), p. 968; M. TESCARO, *Considerazioni in forma di decalogo sulla necessità di un complessivo ammodernamento del diritto delle successioni italiano*, in AA. VV., *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali*, cit., p. 763; G. AMADIO, *Per una riforma della successione familiare*, in V. CUFFARO - A. GENTILI (a cura di), *Materiali per una revisione del codice civile*, I, Milano, 2021, p. 325.

[11] Sul tema si vedano le acute riflessioni di A. SEMPRINI, *Legittima per equivalente: sistema ed evoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6 (2021), p. 1444; ID., *La legittima per* equivalente, Napoli, 2019, *passim*; ID., *La legittima per equivalente*, in *Dir. delle successioni e della famiglia*, *Quaderni*, Napoli, 32 (2019), p. 45; ID., *La progressiva erosione della legittima in natura*, in *Dir. fam. pers.*, 3 (2017), p. 1054.

[12] Sul punto vedansi le riflessioni di A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (Riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimati)*, in *Pers. e danno*, 15 maggio 2007, 5, p. 18 e di M. COMPORTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Familia*, 1 (2003), p. 27.

[13] L'ultimo concreto tentativo di riforma della legittima, che tuttavia non ha avuto seguito, era stato avviato con il disegno di legge recante delega al governo per la revisione del codice civile approvato dal Consiglio dei Ministri n. 48 del 28 febbraio 2019 e presentato al Senato in data 19 marzo 2019 (d.d.l. S. 1151) prevedeva all'art. 1: «Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e integrazione del codice civile, approvato con regio decreto 16 marzo 1942, n. 262, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] c) trasformare la quota riservata ai legittimari dagli articoli

presente lavoro tenterà di riassumere alcune ragioni per cui si ritiene maggiormente auspicabile il dimezzamento delle quote di riserva di cui agli artt. 537 e ss. CC, sì da evitare che queste assorbano un'eccessiva porzione del patrimonio del *de cuius*, dilatando specularmente la sua autonomia[14].
Si tratterebbe di una novella idonea a individuare un efficiente punto di equilibrio tra tutti gli interessi in gioco, in quanto, senza obliterare del tutto la salvaguardia dei prossimi congiunti del *de cuius*, i quali continuerebbero a beneficiare di una legittima in natura, amplierebbe le maglie dell'autonomia dell'ereditando. Invero, la previsione di quote riservate incide sull'agilità dispositiva del *de cuius* non solo con riferimento alla sua

536 e seguenti del codice civile in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, garantita da privilegio speciale sugli immobili che ne fanno parte o, in mancanza di immobili, da privilegio generale sui mobili costituenti l'asse ereditario; d) consentire la stipulazione di patti sulle successioni future intesi alla devoluzione dei beni del patrimonio ereditario in essi determinati ai successori ivi indicati, ovvero a permettere la rinunzia irrevocabile di successibili alla successione generale o in particolari beni, restando inderogabile la quota di riserva prevista dagli articoli 536 e seguenti del codice civile; e) introdurre misure di semplificazione ereditaria, in conformità al certificato successorio europeo; [...]». Su tale proposta di riforma vedansi le riflessioni di F. PADOVINI, *La revisione del codice civile: semplificazione ereditaria e certificato successorio*, in *Famiglie transfrontaliere: regimi patrimoniali e successori*, a cura di I. RIVA, Torino, 2021, p. 139; G. DI LORENZO, *La successione necessaria nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1 (2020), p. 188; S. DELLE MONACHE, *La legittima come diritto di credito nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *Nuovo dir. civ.*, 3 (2019), p. 37; A. SPATUZZI, *Verso una successione diversamente "necessaria"?*, in *Not.*, 4 (2019), p. 401; V. CUFFARO, *Quota di riserva e patti successori*, in L. BALESTRA-V. CUFFARO-C. SCOGNAMIGLIO-G. VILLA, *Proposte di riforma del codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 590.

[14] Si vedano per tutti L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, Milano, 2000, t. II, p. 45: «Nella successione testamentaria le disposizioni in favore dei legittimari costituiscono un limite all'autonomia privata» e G. AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 6 (1968), p. 1197, il quale scrive: «non è più però ora possibile escludere dalla successione chi abbia diritto a quota di riserva, tanto vero che ove dal *de cuius* se ne faccia nel testamento diseredazione o preterizione, la legge interviene a garantire il soddisfacimento di quei diritti riservati con l'azione di riduzione che mira a far ridurre nei limiti della quota disponibile la devoluzione dei beni fatta ad estranei, ed a far prelevare dall'asse a quel modo devoluto la parte riservata da conseguirsi appunto *contra testamentum* dai legittimari». Per una rimeditazione dei reciproci rapporti – sia logici che assiologici – tra successione legittima, necessaria e testamentaria vedasi S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano 2008, p. 31. Per un panorama del dibattito sulla discussa rilevanza costituzionale della limitazione alla libertà testamentaria vedasi A. BUCELLI, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella successione necessaria*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, *Quaderni della Riv dir. civ.*, (2007), p. 289. Anche nell'ordinamento tedesco è presente un analogo dibattito D. HENRICH, *Autonomia testamentaria v. successione necessaria*, in *Familia*, 2001, I, p. 411.

libertà di testare ma anche riguardo alla sua facoltà, sempre più avvertita[15], di disporre in vita a titolo gratuito dei propri beni, da cui il fiorire di strumenti di fonte convenzionale per tentare di mitigare il rischio in capo ai donatari e ai loro aventi causa di essere destinatari delle azioni di riduzione e restituzione[16].

Per contro, le riforme dello scorso decennio del diritto di famiglia hanno avuto come effetto quello di appesantire il sistema della legittima allargando il novero degli eredi necessari: si pensi alla riforma in materia di stato unico di filiazione di cui alla legge n. 219/2012[17], che ha incluso tra i legittimari di cui all'art. 536 c.c. anche gli ascendenti "naturali"[18] e alla legge n. 76/2016, la quale ha equiparato al coniuge la parte unita civilmente, destinataria dunque pure essa della quota di riserva oltre che

[15] Secondo i dati statistici del Consiglio Nazionale del Notariato (vedasi *Rapporto sui dati statistici notarili* relativo all'anno 2022 a cura del Settore Informatico del Consiglio Nazionale del Notariato disponibile sul sito https://dsn.notariato.it/dsn visionato nel febbraio 2024) le donazioni di beni immobili sono state complessivamente 212.992 nel 2022 e 221.642 nel 2021, in sensibile aumento rispetto al periodo pre-pandemico quando nell'anno 2019 se ne sono registrate 197.519.

[16] In proposito vedansi le riflessioni di F. MAGLIULO, *I principali rimedi adottati nella prassi notarile*, in G. IACCARINO (a cura di) *Successioni e donazioni*, Milano, 2023, p. 2623; ID., *Il problema delle «provenienze donative» tra vecchie questioni e nuove norme*, in AA.VV., *Novità e problemi in materia di circolazione immobiliare*, Milano, 2009, p. 82; M.C. PERCHINUNNO, *La circolazione degli immobili con provenienza donativa tra vecchi e nuovi formanti*, in *Contr. impr.*, 2 (2023), p. 605; V. VERDICCHIO, *Donazioni e aspettativa d'acquisto del legittimario* in pectore, in *Riv. dir. civ.*, 4 (2023), p. 695; ID., *La tutela dei legittimari prima dell'apertura della successione: il problema della donazione dissimulata*, in S. GIOVA - G. PERLINGIERI - L. TULLIO (a cura di), *Autonomia negoziale e successioni* mortis causa, Napoli, 2020, p. 337; ID., *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, Napoli, 2012; V. BARBA, *Circolazione del bene di provenienza donativa e tecniche negoziali per la c.d. stabilizzazione dell'acquisto da parte di terzi*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 3 (2018), p. 98; C. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in AA.VV., *Interferenze*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, VI, Milano, 2006, p. 403; A. PALAZZO, *Provenienze donative, successivi trasferimenti e tecniche di tutela degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 3 (2003), p. 317; M. IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro*, in *Riv. not.*, 6 (1998), p. 1129 e in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 408.

[17] In argomento vedasi la lucida analisi di M. PALADINI*, Profili sostanziali e sistematici della nuova disciplina della filiazione, in Id. - C. CECCHELLA (a cura di), La riforma della filiazione. La legge 10 dicembre 2012, n. 219. 1° quaderno della Scuola di formazione dell'Osservatorio sul diritto di famiglia, 2013, Pisa, p. 35.*

[18] In tema vedansi G. PASSAGNOLI, *I profili successori della riforma della filiazione*, in *Pers. e merc.*, 3 (2014), p. 113; M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 1 (2014), p. 1; M. CINQUE, *Profili successori nella riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2 (2013), p. 657.

dei diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano[19].

L'auspicato dimezzamento della quota di legittima sarebbe, inoltre, di più agevole realizzazione rispetto alle altre ipotizzate revisioni del diritto successorio in quanto, a fronte dei rilevanti riverberi pratici illustrati *infra*, avrebbe un minore impatto sistematico, atteso che la contrazione dell'ammontare delle quote di riserva non muterebbe in alcun modo l'impianto complessivo della disciplina delle successioni.

La prospettiva che questa indagine si propone di assumere, tuttavia, non è quella meramente liberale che - nell'ambito della contrapposizione tra mantenimento delle risorse all'interno della famiglia e attuazione dell'autonomia testamentaria[20] - vorrebbe un ampliamento della porzione disponibile che risponda ad una maggiore concretizzazione del principio di autonomia negoziale. La presente analisi tenterà di mettere in rilievo una possibile differente istanza sottesa alla promozione della volontà del *de cuius*, provando a dimostrare come una più ampia latitudine della libertà del *de cuius* nel disporre dei propri beni e calibrarne la distribuzione possa

[19] Il comma 21 dell'articolo unico della legge n. 76/2016 prevede, in particolare, che alle parti dell'unione civile si applicano gli articoli da 463 a 466 (dell'indegnità); da 536 a 564 (Dei legittimari – dei diritti riservati ai legittimari – della reintegrazione della quota riservata ai legittimari); da 565 a 586 (Delle successioni legittime); da 737 a 751 (Della collazione) e da 768-*bis* a 768-*octies* (Del patto di famiglia) del Codice civile. Inoltre, il comma 20 dell'articolo unico della legge n. 76/2016 permette di applicare alle persone che hanno contratto unione civile tutte le disposizioni inerenti al matrimonio che siano contenute in altre leggi, diverse dal Codice civile e dalla legge sull'adozione. Vedansi in proposito V. BARBA, *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, in *Dir. succ. fam.*, 4 (2018), p. 13; ID., *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, in AA.VV., *Tratt. dir. fam. Bonilini*, VI, *Unioni civili e convivenze*, Torino, 2017, p. 143 e G. BONILINI, *Unione civile, convivenza di fatto e successione* mortis causa, in R. PANE (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 148.

[20] Sul fondamento del diritto di testare vedansi V. POLACCO, *Delle successioni. Lezioni tenute nella R. Università di Roma negli anni accademici 1922-1923, 1923-1924*, vol I, Roma, 1928, p. 137 e V. BARBA, *Tipicità, patrimonialità, interessi del testatore*, in A.A. V.V., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile, Quaderni della fondazione italiana del notariato*, *Atti dei Convegni di Roma, 18 marzo 2016 – Genova, 27 maggio 2016 – Vicenza, 1° luglio 2016*, Milano, 2016, p. 13, il quale ricorda le contrapposte opinioni di A. BRUNETTI, *Il diritto di testare secondo la teoria integrale del diritto privato*, in *Giur. it.*, IV (1924), p. 162 - per il quale il diritto di testare «costituisce quella condizione, la quale, allorché si verifica l'evento della morte, fa sorgere nello Stato il dovere di distribuire in un determinato modo i beni che furono già di proprietà del disponente» - e di A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940, p. 225, che riduce la posizione di Brunetti a una «fraseologia descrittiva» della successione testamentaria.

riflettere un'esigenza solidaristica e personalistica dell'ereditando[21], alla luce dell'attuale realtà sociale che vede sempre più revocarsi in dubbio la corrispondenza biunivoca tra vincoli di sangue e legami affettivi.
Del resto, com'è stato acutamente osservato: «la convergenza della libertà individuale e della solidarietà è il fine costituzionale; l'ideale, il comportamento - 'modello', è realizzare a un tempo il massimo della libertà e il massimo della solidarietà»[22].

2. La crescente rilevanza dei legami affettivi e la conseguente necessità di una revisione della legittima

Non pare più procrastinabile un ammodernamento delle quote riservate ai legittimari, anacronistiche anche per quanto attiene alla loro ampiezza. L'attuale estensione della legittima, infatti, al pari di alcuni istituti del diritto successorio italiano, a distanza di oltre ottanta anni dall'entrata in vigore del Codice civile del 1942, si mostra intrinsecamente insufficiente e inadeguata a regolamentare una materia che presenta sempre maggiori connessioni, non solo con il diritto di famiglia, ma altresì con il diritto contrattuale e i diritti reali nel processo di trasmissione della ricchezza familiare. È evidente lo scollamento tra le regole del diritto della successione necessaria e le multiformi sollecitazioni provenienti dalla società contemporanea, la quale impone una rivisitazione delle prime.
L'imposizione di limiti rigorosi posti dall'ordinamento all'autonomia testamentaria tramite le rigide quote di legittima, espressione di un'arida "aritmetica giuridica"[23], rivela una visione prettamente patrimonialistica

[21] Sulla fondamentale esigenza di tutela della personalità umana nell'ordinamento giuridico vedansi, *ex multis*, le riflessioni di S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 5; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 11; G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 6 (2002), p. 829. Con specifico riferimento alla rilevanza della persona nella successione *mortis causa* vedasi S. CICCARELLO, *Persona e successione ereditaria*, Napoli, 1994.
[22] In questi termini, A. RUGGERI, *Dignità* versus *vita?*, in *https://www.rivistaaic.it/it/* (ultimo accesso 7 maggio 2024), 1 (2011), p. 9.
[23] In proposito, M. D'AMELIO, *Caratteri generali del diritto di successione per causa di morte nel nuovo codice*, in *Codice civile. Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni, Commentario*, a cura di A. AZARA, M. D'AMELIO, F. DEGNI, P. D'ONOFRIO, E. EULA, C. GRASSETTI, A. MANCA, F. MAROI, S. PUGLIATTI, G. RUSSO, F. SANTORO-PASSARELLI, diretto da M. D'AMELIO, Firenze, 1941, p. 8, si esprimeva in tal senso: «Questa aritmetica giuridica sembra la parte più arida e quasi meccanica del diritto successorio e racchiude, invece, un senso così vivo di giustizia, una valutazione così attenta dei rapporti familiari che il legislatore in questo momento ci si presenta come l'ideale buon padre di famiglia».

dei rapporti familiari[24], frustrando le istanze sollevate dall'odierno contesto sociale[25]. Queste, al contrario, vanno nel senso di considerare i rapporti patrimoniali come meramente strumentali per la realizzazione di quelli personali, sì da assegnare priorità al valore della persona e della sua autonomia, al di là dei legami di sangue[26].

Nell'attuale temperie, invero, il fenomeno ereditario esprime sempre più il complesso delle vicende di rapporti giuridici, senza essere limitato alla regolazione dei soli interessi patrimoniali, ma ammantando sempre più

[24] Sul punto vedansi le lucide riflessioni di P. PERLINGIERI, *"Depatrimonializzazione" e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1 (1983), p. 1, ora in P. PERLINGIERI, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 175, il quale già in precedenza - in P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 11 - aveva evidenziato la «progressiva e sempre più spiccata sensibilità del diritto privato contemporaneo, in tutte le sue componenti (legislativa, dottrinale, giurisprudenziale), a dati non confinabili in schemi e logiche di indole economica, anche - si noti - nei settori istituzionalmente riservati ai rapporti patrimoniali». In senso analogo vedansi, altresì, A. DE CUPIS, *Sulla "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2 (1982), II, p. 482; C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 3 (1980), p. 644.

[25] Si vedano sul punto le approfondite riflessioni di F.P. PATTI, *Problematiche attuali e prospettive di riforma del diritto successorio*, cit., p. 968; A.M. GAROFALO, *La riforma della successione necessaria e le quote di riserva facoltative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1 (2021), p. 61; ID., *A proposito di riforma del diritto successorio*, in *Dir. fam. e succ.*, 1 (2018), p. 95; G. AMADIO, *La riforma della successione necessaria*, in AA.VV., *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2020, p. 343; ID., *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 4 (2007), p. 803; A. SPATUZZI, *Verso una successione diversamente "necessaria"?*, cit., p. 401; P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria, Atti dell'11 Convegno Nazionale Sisdic*, Napoli, 2017, p. 513; V. BARBA, *Tipicità, patrimonialità, interessi del testatore*, cit., p. 13; G. BONILINI, *Sulla novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Ricerche giuridiche*, 1 (2013), suppl., p. 283; A. BUCELLI, *Dei legittimari*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2012, *sub* art. 563 c.c., p. 32; M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 5 (2011), p. 493; L. GATT, Memento mori. *La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, cit., p. 540; A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contr. impr. Eur.*, 1 (2009), p. 427; M. PARADISO, *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria*, in S. PAGLIANTINI-E. QUADRI-D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, III, Milano, 2008, p. 2055; A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (Riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimati)*, cit., p. 1; S. DELLE MONACHE, *Scenari attuali in materia di tutela del legittimario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II (2008), p. 57; ID., *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, I (2007), p. 815; M. IEVA, *La tutela dei legittimari: oscillazioni fra contrapposte istanze sociali*, in *Riv. not.,* 2 (2017), p. 215.

[26] In argomento vedansi le lucide considerazioni di G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 1 (2018), p. 1 e di V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2 (2016), p. 345; ID., *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2 (2015), p. 333.

tutte le situazioni esistenziali che rinvengono nella morte di un individuo il loro fondamento causale[27].

Nel solco dell'ormai diffuso processo di "giuridificazione per mezzo della giurisdizione"[28], l'impulso al rinnovamento emergente dal corpo sociale è stato, negli ultimi anni, raccolto dal *medium* della Corte costituzionale, chiamata a farsi arbitro di un delicato equilibrio tra diritto ed esperienze di vita, dotando di effetti giuridici ciò che già avviene con pienezza sul piano dei rapporti affettivi[29], nella «incessante ricerca di soluzioni più aderenti alla complessità del reale»[30].

Dalla disamina di recenti sentenze[31] in materia di adozione del maggiorenne, di attribuzione del cognome e di adozione del minore in casi

---

[27] In proposito, si rinvia all'approfondita disamina di V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, *passim*.

[28] In questi termini si vedano le risalenti ma ancora attuali riflessioni di M. TARUFFO, *Note sui modi della giuridificazione*, in *Pol. dir.*, 3 (1987), p. 581 ss.

[29] In tema, vedansi le acute riflessioni di V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali (tra limiti di diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito)*, Napoli, 2015.

[30] In questi termini, Corte Cost., 28 settembre 2023, n. 183, in *Fam. e dir.*, 2 (2024), p. 121, nt. M. DOGLIOTTI, *Questa è l'adozione da preferire!*, la quale, in materia di adozione legittimante, ha affermato che «la tutela dell'identità del minore (e con essa il suo interesse a preservare positive relazioni di natura affettiva) non è compatibile con modelli rigidamente astratti e con presunzioni assolute, del tutto insensibili alla complessità delle situazioni personali, che possono in concreto smentire la "generalizzazione posta a base della presunzione stessa". Non sarebbe, dunque, coerente con le citate istanze una presunzione assoluta che postulasse immancabilmente una corrispondenza biunivoca fra la radicale cancellazione di ogni relazione socio-affettiva del minore con i propri familiari d'origine e il suo interesse a crescere serenamente nella nuova famiglia adottiva».

[31] Vedasi, tra le ultime, la sentenza della Corte Cost., 18 gennaio 2024, n. 5 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell' art. 291, comma 1, CC, nella parte in cui, per l'adozione del maggiorenne, non consente al giudice di ridurre, nei casi di esigua differenza e sempre che sussistano motivi meritevoli, l'intervallo di età di diciotto anni fra adottante e adottando, in cui si legge che «Le abitudini di vita acquisite e le relazioni affettive instaurate tra persone maggiori di età, stabilizzate nel tempo, ricevono riconoscimento giuridico in quanto descrivono storie personali di crescita e integrazione, come già ritenuto da questa Corte nella sentenza n. 79 del 2022, che ha riconosciuto l'incidenza dei rapporti affettivi sull'identità personale. La valorizzazione di una storia affettiva, per la parte in cui ha già trovato solida espressione sociale, riflette l'esistenza di un maturato percorso di identità personale, che non può essere privato del dovuto riconoscimento giuridico, pena la violazione dell'art. 2 Cost.». Sul tema vedansi le riflessioni di A. SPANGARO, *Ancora sul divario di età nell'adozione di maggiorenne*, in *Fam. e dir.*, 4 (2021), p. 370. Inoltre, la Corte Cost., 4 luglio 2023, n. 135, in Nuova Giur. Civ. Comm., 2 (2024), p. 340, nt. S. TROIANO, *Automatismo vs. libertà di scelta nella determinazione del cognome dell'adottato maggiore di età* e in *Fam. e dir.*, 10 (2023), p. 805, nt. G. BONILINI, *Il cognome dell'adottato maggiore di età*, in tema di attribuzione del cognome nell'adozione di persona maggiore di età ha osservato che «l'adozione del maggiore d'età può accogliere: il caso dell'adottando maggiorenne, che già viveva nel

particolari, si osserva come la Consulta valorizzi le situazioni soggettive individuali e gli effetti relazionali delle scelte personali piuttosto che la conservazione dei valori di unità e stabilità del gruppo congiunto da legami di sangue, con conseguenti criticità sistematiche determinate dall'arduo contemperamento tra le istanze concrete di tutela e la tenuta dell'ordinamento giuridico.

Si è anticipato che una maggiore autonomia del futuro *de cuius* sarebbe rispettosa dei principi solidaristico e personalistico, attesa la crisi dell'equilibrio tra libertà dispositiva dell'ereditando e il tradizionale solidarismo familiare su cui si fonda il rapporto tra quota disponibile e quota legittima: oltre alla classica circostanza in cui un anziano è stato assistito solo da uno dei figli, avendo interrotto i rapporti con gli altri, si consideri la diffusione dei legami che rinvengono il loro tratto comune nell'elemento sostanziale del vincolo fondato su legami solidaristici o sentimentali (es. convivenze solidali[32], convivenze *more uxorio* e consorzi

nucleo familiare di chi lo adotta, in ragione di un affidamento non temporaneo deciso nel momento in cui era minorenne, o ancora quello del figlio maggiorenne del coniuge (o del convivente) dell'adottante che vive in quel nucleo familiare. Parimenti, può ricomprendere situazioni in cui persone, spesso anziane, confidano in un rafforzamento – grazie all'adozione – del vincolo solidaristico che si è di fatto già instaurato con l'adottando, oppure che vogliono semplicemente dare continuità al proprio cognome e al proprio patrimonio, creando un legame giuridico con l'adottando, con cui, di norma, hanno consolidato un rapporto affettivo». Ancora si rammenta la sentenza della Corte Cost., 28 marzo 2022, n. 79, la quale ha riconosciuto all'adozione del minore in casi particolari l'idoneità a far nascere relazioni di parentela con i familiari dell'adottante, commentata da M.C. VENUTI, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4 (2022), p. 567; M. SESTA, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *Fam. dir.*, 10 (2022), p. 904; M.C. CARBONE, *Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giuridico della "familiarità sociale"*, in *www.giurcost.org* (ultimo accesso 7 maggio 2024); G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione giustizia* 7 giugno 2022 (https://www.questionegiustizia.it/ - ultimo accesso 7 maggio 2024); N. CHIRICALLO, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in *Familia*, 3 (2022); R. TREZZA, *I correttivi "funzionali" all'istituto dell'adozione in casi particolari*, cit., 16 maggio 2022; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in *Osservatorio AIC*, 5 (2022). In tale pronuncia la Consulta ha evidenziato che «la disciplina censurata lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità».

[32] In argomento si vedano le riflessioni di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Tracce di rilevanza giuridica delle convivenze solidali nel secolo europeo della vecchiaia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1 (2023), p. 160. In proposito, valga richiamare le "*relaciones convivenciales de ayuda mutua*" disciplinati nel *Código civil de Cataluña* agli artt. 240-

poliaffettivi[33]) o le convivenze tra fratelli o sorelle o tra parenti in altro grado comunque non legittimari. Del resto, coerentemente con tale dato di realtà, nella trama normativa degli ordini di protezione la selezione tra legittimati attivi e passivi è effettuata sulla base del parametro sostanzialistico del legame affettivo[34].

Per contro, l'ordinamento contempla che, per differenti ragioni, un soggetto possa divenire legittimario dell'ereditando in assenza di vincoli né di sangue né di coniugio o addirittura contrariamente al volere di quest'ultimo. Si pensi, per la prima ipotesi, oltre all'adozione legittimante, ai diritti successori che l'adottato in casi particolari (che non recide il legame con la propria famiglia di origine) può vantare nei confronti degli ascendenti dell'adottante in seguito all'articolata pronuncia della Corte costituzionale n. 79 del 28 marzo 2022[35], la quale ha riconosciuto l'espansione dei legami parentali tra il figlio adottivo e i familiari del genitore adottante che condividono il medesimo stipite. Per la seconda ipotesi si consideri la fattispecie al centro della sentenza della Corte

1 e ss., in cui si legge che «due o più persone che convivono nella stessa dimora abituale e che condividono, senza corrispettivo e con la volontà di mantenersi e aiutarsi reciprocamente, le spese comuni o il lavoro domestico, o entrambi, costituiscono un rapporto di convivenza di reciproca assistenza, che è regolato dagli accordi che hanno stipulato o, in mancanza, dalle disposizioni del presente Titolo». In proposito si veda A. GIMÉNEZ COSTA - C. VILLÓ TRAVÉ, *La regulación catalana de una nueva situación convivencial: las relaciones convivenciales de ayuda mutua*, in *Act. Jur. Iberoamericana*, 3 *ter* (2015), p. 153.

[33] In argomento vedansi G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, in *Dir. succ. fam.*, 3 (2018), p. 821; U. MATTEI, *Conclusione. Il poliamore e i beni comuni*, in E. GRANDE - L. PES (a cura di), *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Torino, 2018, p. 232; A. VERCELLONE, *Più di due. Unioni plurime e convivenze: verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore*, cit., p. 121; M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Napoli, 2016, p. 163.

[34] Invero, «è proprio il riferimento alla convivenza che propizia in definitiva una prevalenza della sostanza del rapporto (pur sempre, giova aggiungere, qualificato da certi connotati), sulla sua forma giuridica», come osservato da E. CAMILLERI, *Ordini di protezione contro gli abusi familiari, bilanciamento degli interessi e primato della Persona*, in *Giust. civ.*, 1 (2022), p. 157. Più in generale, sugli ordini di protezione contro gli abusi familiari, vedasi, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Illeciti, violenze e rimedi nelle relazioni familiari*, in A. CORDIANO - R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli, 2024, p. 237.

[35] In proposito, sia consentito il riferimento a I.L. NOCERA, *Adopción en casos especiales y unidad del status filiationis en el derecho italiano: ¿cómo repercute en el plano sucesorio?*, in *Act. Jur. Iber.*, 17-*bis* (2022), p. 2312 e G. PACINI, *L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.com*, 18 luglio 2022. Per i commenti a tale sentenza si rinvia alla nota 31.

costituzionale n. 161 del 24 luglio 2023[36] secondo la quale l'uomo non può revocare il suo consenso dopo la fecondazione di un ovulo nell'ambito della procreazione medicalmente assistita costringendolo «a diventare genitore contro la sua volontà», nonostante la sopravvenuta disgregazione dell'iniziale progetto di coppia dopo pochi anni dall'avvenuta fecondazione.
Atteso che la concreta esperienza sociale sottoposta all'indagine del giurista restituisce la presenza di una pluralità di aggregazioni familiari o para-familiari i cui assetti relazionali non possono più definirsi in base a criteri puramente biologici né possono essere ricondotti alle tradizionali categorie di "ascendenza" e "discendenza", occorre, quindi, ipotizzare prospettazioni alternative all'attuale assetto della successione necessaria, sì da favorire la fisiologica dinamica che vede la scienza giuridica conformarsi alle esigenze della società, in modo da far assolvere al diritto ereditario una sua nuova ed effettiva funzione sociale collegata alla promozione della persona umana.
Invero, gli attuali meccanismi della successione necessaria rischiano di svolgere una «funzione tutt'altro che sociale»[37], realizzando una socialità soltanto «oligarchica»[38] allorché la titolarità della ricchezza - eventualmente comprensiva anche di un'impresa - sia trasmessa a nuovi soggetti unicamente in ragione di un astratto *status* familiare, a prescindere dalla loro adeguatezza per la gestione di un complesso produttivo che importa rilevanti responsabilità, anche con riferimento alla

[36] Pubblicata in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 6 (2023), p. 1348, nt. M. D'AMICO – B. LIBERALI, *La tutela della "corporalità" e dell'"investimento fisico ed emotivo" femminili: una scelta davvero a tutela della donna (e dell'embrione)?* e a p. 1353, nt. E. QUADRI, *Impianto di embrioni crioconservati e sopravvenuti mutamenti della situazione esistenziale delle parti*, e in *Giur. it*, 10 (2023), p. 2028, nt. F. COLELLA, *La non irragionevolezza della irrevocabilità del consenso dell'uomo alla PMA resiste alla prova dei mutamenti del quadro normativo e della sopravvenuta crisi della coppia.* La sentenza conclude che «Non sfuggono, tuttavia, a questa Corte la complessità della fattispecie e le conseguenze che la norma oggetto del presente giudizio, in ogni caso, produce in capo all'uomo, destinato a divenire padre di un bambino nonostante siano venute meno le condizioni in cui aveva condiviso il progetto genitoriale».
[37] Così, E. CALÒ, *L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria,* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1 (1997), p. 164. In senso analogo, A. PALAZZO, *Il diritto delle successioni: fondamenti costituzionali, regole codicistiche ed istanze sociali*, in *Vita not.*, 1 (2004), p. 117.
[38] In questi termini L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento, I. Profilo negoziale dell'atto, Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, pp. 9 e 28. P. SCHLESINGER, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in AA. VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p. 137, nel cogliere l'eccesso quantitativo delle quote di legittima osservava: «al di fuori dei ristretti limiti della "disponibile" non sarebbe ammissibile attribuire all'imprenditore facoltà di scelta del successore dal sapore dinastico!».

tutela dei correlati posti di lavoro e alla capacità dell'impresa di produrre e diffondere ricchezza[39].
Del resto, anche la dottrina che riconosce alla successione necessaria un'implicita copertura costituzionale negli artt. 29, 30 e 31 Cost. a protezione della famiglia nucleare e dell'infanzia in particolare ha cura di precisare che «a trovare protezione costituzionale sarebbe, infatti, solo una "successione necessaria materiale" che - indipendentemente dalla natura e dall'ampiezza dei diritti attribuiti - offra un adeguato sostegno patrimoniale a coniuge e figli minori del *de cuius*»[40], rimettendo al legislatore la determinazione del *quantum* e del *quomodo* della tutela[41].

3. I riflessi sulla successione necessaria dell'aumentata aspettativa di vita

Prendendo le mosse dall'insegnamento carneluttiano che invita alla «osservazione immediata della realtà»[42], si evidenzia che la disamina dei dati statistici consegna un panorama sociale e demografico del tutto mutato rispetto a quello del 1942, con delle chiare indicazioni di tendenza,

[39] È alquanto illusoria la posizione di chi, nel vigore del precedente codice, rinveniva nella quota di riserva una scelta razione da parte del legislatore come funzionale alla conservazione del patrimonio di famiglia in capo ai legittimari in quanto «i legami di parentela che al *de cuius* li uniscono, li indicano come i soggetti più idonei a continuarne la personalità economica» (in questi termini L. SALIS, *La successione necessaria nel diritto civile italiano*, Padova, 1929, p. 7).
[40] In questi termini, M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, cit., p. 493. Analogamente S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., p. 819 osserva che: «il mantenimento dell'istituto della legittima è reso necessario non solo da indeclinabili esigenze equitative, bensì anche da ben evidenti ragioni di coerenza sistematica. Se il rapporto di filiazione determina, in capo al genitore, il sorgere dell'obbligo di mantenimento dei figli sia legittimi sia naturali (art. 30 Cost., artt. 147, 261, e 277 c.c.), sarebbe mai possibile giudicare coerente la soluzione normativa che – pur in costanza di tale obbligo – consentisse al genitore stesso di escludere i propri figli dalla sua successione?».
[41] In tal senso G. GABRIELLI, *Il regime successorio nella famiglia*, in *Dir. pers. fam.*, 6 (2005), p. 1291.
[42] Così F. CARNELUTTI, *Mio fratello Daniele*, Milano, 1955, p. 61. Analoghe riflessioni sono rinvenibili in F. CARNELUTTI, *La strada*, Roma-Milano 1941, p. 66 e ID., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, V. Più recentemente, G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Pisa, 2015, p. 355 osserva che «se il diritto è un'esperienza comunicativa, la dimensione che lo caratterizza è quella dell'avvicinamento, della tensione verso l'altro, dell'accostarsi alla realtà con scrupolo e attenzione. Compito del giurista è rendersi partecipe dei problemi che gli vengono sottoposti, per adeguare il significato delle norme al contenuto dei rapporti da regolare».

tra tutti l'invecchiamento della popolazione cui fa da *pendant* la denatalizzazione[43].

Negli ultimi lustri si è assistito all'aumento dell'età in cui si contrae matrimonio (per il primo matrimonio gli uomini hanno in media 34,6 anni e le donne 32,5 anni, rispettivamente 2,5 e 3,1 anni in più rispetto al 2008[44]) e alla flessione dei tassi di natalità (il 2023 ha segnato l'ennesimo minimo storico di nascite, per l'undicesimo anno di fila dal 2013, con un calo del 3,6% rispetto al 2022; in confronto al 2008, anno in cui il numero dei nati vivi ha registrato il più alto valore dall'inizio degli anni Duemila si rileva una diminuzione del 34,2%[45]). Inoltre, è significativo osservare come l'età media alla nascita del primo figlio è oggi attestata a 31,6 anni, oltre tre anni in più rispetto al 1995[46].

Tale panorama demografico e sociale incide notevolmente sulla necessità di revisione del diritto successorio, in quanto restituisce un rapporto tra le generazioni radicalmente differente rispetto a quella esistente al tempo del Codice del 1942.

La riduzione delle quote di legittima sarebbe, nondimeno, in primo luogo giustificata in ragione della aumentata aspettativa di vita[47]: nel 2023 la speranza di vita a livello nazionale evidenzia un valore di 81,1 anni per gli uomini e di 85,2 anni per le donne, con un incremento rispetto al 2022 per gli uomini di circa 5 mesi di vita in più[48]; gli scenari demografici prevedono che nel 2041 la popolazione ultraottantenne aumenterà del 35,2% rispetto al 2021, superando i 6 milioni, e quella degli ultranovantenni aumenterà

[43] In proposito, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) contempla interventi esplicitamente rivolti agli anziani. In proposito, vedasi l'analisi di M. TESCARO, *Invecchiamento della popolazione e piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR): riflessioni civilistiche in un contesto interdisciplinare*, in *Nuovo dir. civ*., 3 (2022), p. 27.

[44] Vedasi Comunicato Stampa dell'Istat "*Matrimoni, unioni civili, separazioni e divorzi – anno 2022*", pubblicato il 18 dicembre 2023 e disponibile sul sito *www.istat.it/it/archivio/292309 (*visionato nel febbraio 2024).

[45] Vedasi Comunicato Stampa dell'Istat "*Indicatori demografici - anno 2023*" pubblicato il 29 marzo 2024 e disponibile sul sito *www.istat.it/it/archivio/295586* (visionato nel maggio 2024).

[46] Vedasi Comunicato Stampa dell'Istat "*Natalità e fecondità della popolazione residente - anno 2022*" pubblicato il 26 ottobre 2023 e disponibile sul sito *www.istat.it/it/archivio/289772* (visionato nel febbraio 2024).

[47] Per un'ampia riflessione giuridica sui riverberi del fenomeno dell'invecchiamento e dell'allungamento della aspettativa di vita vedasi C. IRTI, *La persona anziana tra famiglia e società. Problematiche di diritto civile*, Pisa, 2023.

[48] Vedasi Comunicato Stampa dell'Istat "*Indicatori demografici - anno 2023*" pubblicato il 29 marzo 2024 e disponibile sul sito www.istat.it/it/archivio/295586 (visionato nel maggio 2024).

del 69,4% sul 2021, raggiungendo 1,4 milioni[49]. Ciò, oltre a porre il problema del c.d. *ageing testator* - ovvero del testatore anziano vulnerabile che, per fragilità emotiva e perdita di autonomia, può avere una diminuita capacità di discernimento nel testare[50] - rende assai frequente la presenza, al tempo dell'apertura della successione, di legittimari che godano già di un patrimonio adeguato a far fronte ai propri bisogni: a ereditare sono spesso soggetti ultracinquantenni da genitori ottantenni, e non più trentenni da genitori sessantenni (nei primi anni cinquanta la speranza di vita media era di 66 anni[51]), mutando perciò la dinamica cronologica della successione.
Pertanto, la successione necessaria non risponde più ad una funzione solidaristica in quanto assai raramente il patrimonio ereditario costituisce

[49] Vedasi l'edizione 2023 del Rapporto Annuale dell'Istat "*Rapporto annuale 2023 - La situazione del Paese*" pubblicato 7 luglio 2023 e disponibile al sito *Istat.it/it/archivio/286191* (visionato nel febbraio 2024).

[50] In proposito, *ex multis*, vedansi C. CICERO, *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell'olografo*, Napoli, 2023, p. 47; ID., *Il testamento della persona vulnerabile*, in *Giur. it.*, 12 (2023), p. 2601; S. PATTI, in ID. - F.P. PATTI, *Il testamento. Aspetti problematici*, Pisa 2023, p. 183; ID., *Il testamento pubblico della persona anziana «vulnerabile»*, in C. BENICKE – S. HUBER (a cura di), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht*, Bielefeld, 2020, p. 1791; ID., *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 7/8 (2017), p. 1065; ID., *Testamento della persona "vulnerabile", principio di conservazione e ragionevolezza*, in *Familia*, 6 (2017), p. 635; ID., *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 5 (2014), p. 1000; M. CINQUE, *Testamento e affievolimenti della «consapevolezza affettiva»*, in *Riv. dir. civ.*, 6 (2023), p. 1239; ID., *Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità" senile*, in *Dir. succ. fam.*, 2 (2015), p. 361; ID., *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'"*ageing testator*"*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, I (2011), p. 1030; AR. FUSARO, *Persona vulnerabile e forme di condizionamento del volere*, in P. CORRIAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Napoli, 2022, p. 59; EAD., *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019, p. 135; E. BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1 (2020), p. 286; A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1 (2019), p. 42; E. CARBONE, *Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3 (2019), p. 799; C. CARICATO, *La solitudine del testatore anziano*, in *Familia*, 5 (2019), p. 559; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2 (2016), p. 570; A. BUCELLI, *Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2 (2006), p. 719. Più in generale, sul rapporto tra condizione dell'anziano e autonomia negoziale vedansi le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in P. STANZIONE (a cura di), *Anziani e tutele giuridiche*, Napoli 1991, p. 96.

[51] Vedasi F.C. BILLARI - G. DALLA ZUANNA, *La rivoluzione nella culla. Il declino che non c'è*, Milano, 2008, p. 97.

una risorsa indispensabile per porre le fondamenta di una nuova famiglia o per provvedere al sostentamento dei discendenti[52].
Invero, quando i figli raccolgono l'eredità del genitore sono già da tempo divenuti percettori di reddito e ampiamente inseriti nel mondo del lavoro e il coniuge superstite, qualora il regime patrimoniale della famiglia fosse stato quello legale, beneficia comunque della quota sui beni oggetto di comunione legale[53], con un "effetto moltiplicatore"[54] (tant'è che sovente il coniuge rinuncia alla successione per favorire i figli in comune con il *de cuius*, conservando i diritti d'uso e di abitazione[55]). Tanto più che il numero medio di componenti della famiglia è passato da 3,35 del 1971 a 2,13 del 2022 (nelle regioni del mezzogiorno, dove le famiglie sono tradizionalmente più numerose, si registra nel 2022 una media di 2,44 componenti per ciascuna famiglia, ma anche qui è evidente un crollo verticale, atteso che il numero medio si attestava in 3,75 nei primi anni settanta e in 2,92 all'inizio del nuovo millennio)[56] e il tasso di fecondità è

[52] Vedansi sul punto V.G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, in *Juscivile.it*, 10 (2013), p. 704 e M. PARADISO, *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria*, cit., p. 2055.
[53] Tale fenomeno statistico è stato evidenziato dalla dottrina francese e statunitense già negli anni '80 del secolo scorso da M. FAUCHEU-BUREAU, *Le contentieux des successions en France entre 1975 et 1984. Données statistiques et juridiques, in Revue de la recherche juridique — Droit prospectif*, 1 (1987), p. 241; M.P. CHAMPENOIS-MARMIER - M.C. DE ROTON - M. FAUCHEAU, *L'héritage. Recherche de sociologie du droit*, Université de Paris 2, Gennaio 1986, p. 52; J.H. LANGBEIN, *The Twentieth-Century Revolution in Family Wealth Transmission*, *Michigan Law Rev.*, 86 (1987-1988), p. 742.
[54] In tal senso F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, II (2006), p. 5 e, più recentemente, G. AMADIO, *La riforma della successione necessaria*, cit., p. 330, il quale segnala, altresì, il mancato coordinamento con la disciplina della comunione differita, la quale comporta l'acquisto di metà dei risparmi del defunto, *ex* art. 177, lett. b) e c), CC, e di metà dell'eventuale azienda, se costituita durante il matrimonio, o degli incrementi di essa, se costituita in precedenza, *ex* art. 178 CC. In senso analogo, A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, cit., 1, p. 101, osserva che «attualmente i coniugi (per ragioni biologiche di regola di sesso femminile) appaiono troppo tutelati in sede successorio, essendo ammessi a ereditare quote molto alte in via di successione legittima e necessaria, oltre ai noti legati *ex lege* di uso e abitazione (che secondo un orientamento si sommano a tali quote). Senza dire che a queste tutele si aggiungono quelle indirettamente previste dal regime di comunione dei beni».
[55] In argomento, vedasi G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, 2022, p. 129.
[56] Tali dati Istat sono tratti dai Comunicati Stampa "*Previsioni della popolazione residente e delle famiglie - base 1/1/2022*" pubblicato il 28 settembre 2023 e disponibile al sito Istat.it/it/archivio/288443 (visionato nel febbraio 2024) e "*Censimento permanente della popolazione: le famiglie in Italia*" pubblicato 7 marzo 2022 e disponibile al sito *Istat.it/it/archivio/267094* (visionato nel febbraio 2024).

diminuito da 1,44 figli per donna del 2008 a 1,24 del 2022[57], di talché cresce la tendenza alla polarizzazione della ricchezza in capo a un numero di figli sempre più statisticamente ridotto.

Il prolungarsi della vita media costituisce, dunque, il principale vettore delle istanze volte a ridefinire il fondamento economico della delazione ereditaria.

Il sostegno economico che in passato veniva assicurato con l'eredità è ora garantito mediante liberalità, anche indirette, effettuate in vita, che hanno l'effetto di anticipare il momento della solidarietà intergenerazionale ad una fase pre-successoria (benché ovviamente queste dovranno essere tenute in considerazione in sede di distribuzione dell'eventuale *relictum* dopo l'apertura della successione). Pertanto, la successione necessaria di per sé non persegue più, come detto, l'originaria funzione di assicurare alla successiva generazione quanto necessario per agevolare la nascente vita familiare, in un momento in cui le risorse individuali dei giovani coniugi sono ancora limitate, essendo anzi maggiormente avvertita l'esigenza di sostenere la vita familiare della generazione ancora successiva (la c.d. "*generation skipping rule*"[58]), ovvero dei nipoti, esclusi dall'eredità in presenza dei figli del *de cuius*.

Valga, peraltro, osservare che, proprio in ragione dell'aumentata speranza di vita, non è peregrino che l'anziano ereditando ultraottantenne, concorde

[57] Vedasi Comunicato Stampa dell'Istat "*Natalità e fecondità della popolazione residente - anno 2022*" pubblicato il 26 ottobre 2023 e disponibile sul sito *Istat.it/it/archivio/289772* (visionato nel febbraio 2024). Come si legge nell'edizione 2023 del Rapporto Annuale dell'Istat "*Rapporto annuale 2023 - La situazione del Paese*" pubblicato il 7 luglio 2023 e disponibile al sito *Istat.it/it/archivio/286191* (visionato nel febbraio 2024): «Nel panorama europeo, l'Italia è uno dei paesi a più bassa e tardiva fecondità. In Francia, il paese con la più alta fecondità in Europa, il numero medio di figli per donna è pari a 1,84 nel 2021 e, secondo i dati provvisori, nel 2022 è di 1,80, in diminuzione rispetto al 2019 (1,86), ma sensibilmente più alto di quello italiano. In Germania, nel 2021, il tasso di fecondità totale è di 1,58, in aumento rispetto al valore sia del 2020 sia del 2019 (1,53 e 1,54, rispettivamente) e vicino al valore massimo relativo registrato nell'ultimo decennio (1,60 nel 2016). [...] La tendenza ad avere meno figli è un fenomeno che ha investito la gran parte dei paesi europei. Anche Francia e Germania, così come l'Italia, hanno raggiunto il loro minimo storico attorno alla metà degli anni Novanta: la Francia nel 1993, con un tasso pari a 1,66, nel 1994 la Germania con un tasso dell'1,25. Al contrario di quanto accaduto in Italia, però, la ripresa successiva è stata più intensa e veloce; così, se attorno alla metà degli anni Novanta le differenze tra Germania e Italia nel numero medio di figli per donna erano minime, oggi i due paesi di distanziano maggiormente».

[58] Su cui si vedano le riflessioni di F. PENE VIDARI, *Successione legittima e necessaria*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di Diritto Civile*, Milano, 2009, p. 90 e di A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato (note introduttive)*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Bari, 2004, p. 320.

l'unico figlio ultrasessantenne, decida di pianificare la propria successione beneficiando solo uno dei nipoti, con la conseguente lesione in maniera irrimediabile dell'aspettativa di fatto degli altri nipoti, i quali ponevano affidamento sulla circostanza che il proprio genitore, figlio del *de cuius*, ottenesse la propria quota di legittima; invece, quest'ultimo ben potrebbe acconsentire ad essere pretermesso o leso a vantaggio di solo uno dei propri discendenti, impedendo agli altri propri figli - nipoti del *de cuius* - di godere della ricchezza accumulata dalle generazioni precedenti.

È con tale scenario che il diritto ereditario è chiamato, in primo luogo, a confrontarsi al fine di un ammodernamento della successione necessaria.

Per le stesse ragioni demografiche, inoltre, appare ingiustificato che gli ascendenti figurino ancora nel novero dei legittimari in assenza di figli e, peraltro, in concorso con il coniuge o l'unito civilmente sopravvissuto. Tuttavia, apparirebbe iniqua l'assenza di qualsiasi loro tutela successoria[59] come anche la sostituzione della loro quota di legittima con un assegno periodico a carico della quota disponibile nell'ipotesi in cui versino in stato di bisogno[60], specialmente a fronte della circostanza che sovente loro hanno assicurato al figlio poi premorto sostanziosi apporti economici. Sarebbe, invece, preferibile riconoscere agli ascendenti il diritto a conseguire il valore corrispondente ai beni che avevano donato al figlio premorto, entro il limite di un terzo del patrimonio, pari alla quota di legittima ora prevista dall'art. 538 CC[61].

Simile previsione sarebbe simile al *droit de retour* introdotto nel *Code civil* all'art. 738-2 dalla legge n. 2006-728 del 23 giugno 2006 ma, a differenza di questo, con la previsione di una tutela per equivalente, eviterebbe che il patrimonio familiare resti vincolato all'interno della stirpe: il diritto francese, infatti, riconoscendo una quota di riserva unicamente ai discendenti ed al coniuge (al quale, in assenza di discendenti, spetta un quarto del patrimonio, ai sensi dell'art. 914-1), stabilisce che qualora il

[59] Auspicata da M. PALAZZO, *L'autonomia in materia patrimoniale nella vicenda successoria*, in *Giust. civ.*, 3 (2017), p. 524. In senso contrario all'espunzione degli ascendenti dal novero dei legittimari L. GATT, Memento mori. *La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, cit., p. 556 e A. SPATUZZI, *Verso una successione diversamente "necessaria"?*, cit., p. 407.

[60] In proposito, vedansi le considerazioni di G. BONILINI, *Sulla novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, cit., p. 587; ID., *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, cit., p. 743 e G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, cit., p. 811.

[61] In argomento vedansi M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, cit., p. 517; A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, cit., p. 107. Analogamente, S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., p. 821, suggerisce di tradurre la legittima degli ascendenti in un diritto di credito.

defunto non abbia discendenti, i genitori hanno diritto ad ottenere i beni precedentemente donati al defunto, fino a concorrenza, per ciascun genitore, di un quarto della quota di eredità che spetterebbe loro nell'ipotesi di successione legittima, con il riconoscimento di un diritto di credito sull'attivo ereditario solo qualora tali beni fossero stati trasferiti dal figlio a terzi[62].

4. L'iniquità dell'assetto vigente a fronte delle attuali multiformi articolazioni della famiglia

La frattura tra il vigente sistema delle successioni - che guarda ad un concetto di famiglia tendenzialmente rigido fondato sul matrimonio e sulla convivenza dei coniugi fino alla morte - e la realtà sociale è confermata da ulteriori dati demografici di particolare momento.
Oltre alla diminuzione della nuzialità (nei primi otto mesi del 2023 i dati indicano una diminuzione dei matrimoni dello 6,7% rispetto allo stesso periodo del 2022[63], in linea con il *trend* precedente al fisiologico calo nel

[62] Sul punto A.-M. LEROYER, *Introduzione generale al diritto delle successioni in Francia*, in E. ARROYO AMAYUELAS - C. BALDUS - E. DE CARVALHO GOMES - A.-M. LEROYER - Q. LU E J.M. RAINER (a cura di), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, vol. II, *Esperienze straniere*, Napoli, 2019, pp. 560 e 563, spiega che nel 2006 è stata in Francia soppressa la riserva degli ascendenti in quanto «era considerata economicamente controproducente poiché faceva ritornare i beni alle generazioni più anziane, destinate a essere consumatori meno buoni», evidenziando come detta abrogazione sia stata compensata con l'introduzione del *droit de retour* in favore dei soli genitori, benché «in contrasto con la logica della legge, che è quella di favorire le generazioni più giovani» In proposito, si vedano C. PÉRÈS, *Compulsory Portion in France*, in K.G.C. REID-M.J. DE WAAL-R. ZIMMERMANN (eds), *Comparative Succession Law*, III, *Mandatory Family Protection*, Oxford, 2020, p. 78; M. SAULIER, Les droits de retour légaux *nel diritto successorio francese. Critica a una categoria falsamente unitaria*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, vol. II, cit., p. 857; J. HOUSSIER, *Droit des successions et des libéralités*, Parigi, 2018, p. 162; A. FUSARO, *I diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II (2012), p. 747; A.-M. LEROYER, *Réforme des successions et des libéralités. Loi n. 2006-728 du 23 juin 2006*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 3 (2006), p. 613. Sulla possibile applicazione al nostro ordinamento vedasi le considerazioni di G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 744.
[63] Secondo il Comunicato Stampa dell'Istat "*Matrimoni, unioni civili, separazioni e divorzi – anno 2022*", pubblicato il 18 dicembre 2023 e disponibile sul sito *www.istat.it/it/archivio/292309* (visionato nel febbraio 2024): «La transizione alla vita adulta segue percorsi molto diversi rispetto al passato, quando il motivo prevalente di uscita dal nucleo di origine era legato alla necessità di formare una nuova famiglia attraverso le nozze. Secondo i dati dell'Indagine Istat "*Famiglie e soggetti sociali*" del 2016 per le giovani generazioni di uomini (nati tra il 1982 e il 1986) la convivenza *more uxorio* è preferita al matrimonio (22,5% contro 21,8% di coloro che lasciano la casa dei

periodo della pandemia da Covid-19: nel 2019 sono stati celebrati in Italia il 6% di matrimoni in meno rispetto all'anno precedente[64] e, ampliando lo spettro temporale di osservazione, si osserva che in quattordici anni i matrimoni sono diminuiti di un quarto giacché nel 2022 i matrimoni sono stati 189.140, a fronte di 246.613 matrimoni celebrati nel 2008[65]), è di sicuro rilievo il notevole incremento delle seconde o successive nozze (42.918 nel 2022, pari al 22,7% sul totale dei matrimoni[66], mentre erano 34.137 nel 2008, pari al 13,8% del totale[67]), l'aumento delle separazioni e dei divorzi (nel 2019 le separazioni sono cresciute del 15,8% rispetto al 2008[68]), la diffusione delle convivenze *more uxorio* (le quali sono più che quadruplicate dal 1998-1999 al 2018-2019, passando da circa 340.000 a 1.370.000[69]). Inoltre, è un dato significativo ai fini del presente studio il crescente aumento, in un contesto di natalità decrescente, dei figli nati fuori dal matrimonio: mentre nel 2008 questi erano il 19,7% del totale, nel 2022 - oltre ad essere in valore assoluto circa 3.500 in più rispetto all'anno precedente - costituiscono il 41,5% del totale, e in particolare il 35% nati da genitori che non sono mai stati coniugati e il 6,5% nati da coppie in cui almeno un genitore proviene da una precedente esperienza

genitori entro il trentesimo compleanno); seguono le altre motivazioni quali, per esempio, lavoro, studio e autonomia».

[64] Vedasi Comunicato Stampa dell'Istat "*Matrimoni, unioni civili, separazioni e divorzi*" pubblicato il 18 febbraio 2021, disponibile al sito *Istat.it/it/archivio/253756* (visionato nel febbraio 2024).

[65] Vedasi Comunicato Stampa dell'Istat "*I matrimoni in Italia*" pubblicato l'8 aprile 2010 e disponibile sul sito *Istat.it/it/archivio/1786* (visionato nel febbraio 2024).

[66] Vedasi Comunicato Stampa dell'Istat "*Matrimoni, unioni civili, separazioni e divorzi*" pubblicato il 18 febbraio 2021, disponibile al sito *Istat.it/it/archivio/253756* (visionato nel febbraio 2024).

[67] Vedasi Comunicato Stampa dell'Istat "*I matrimoni in Italia*" pubblicato l'8 aprile 2010 e disponibile sul sito *Istat.it/it/archivio/1786* (visionato nel febbraio 2024).

[68] Ivi. Come si legge nel Comunicato Stampa dell'Istat *Matrimoni, unioni civili, separazioni e divorzi – anno 2022*, pubblicato il 18 dicembre 2023 e disponibile sul sito *www.istat.it/it/archivio/292309* (visionato nel febbraio 2024): «Dopo l'aumento registrato tra il 2015 e il 2016 – che ha riguardato in misura più attenuata anche le separazioni – l'andamento fino al 2019 si è mantenuto stabile con piccole oscillazioni. Nel 2020 è stato invece ben visibile l'impatto della pandemia, soprattutto per effetto delle chiusure degli uffici e delle restrizioni alla mobilità, con conseguenze, nel caso dei provvedimenti presso i Tribunali, anche sui procedimenti di separazione o divorzio avviati negli anni precedenti. Tale impatto è stato poi riassorbito nel 2021, quando i livelli sono tornati sostanzialmente quelli pre-pandemici».

[69] Dati tratti dal Comunicato Stampa "*Matrimoni, unioni civili, separazioni e divorzi*" pubblicato il 18 febbraio 2021 e disponibile al sito *Istat.it/it/archivio/253756* (visionato nel febbraio 2024).

matrimoniale[70], tanto da parlare di "privatizzazione della famiglia", in quanto caratterizzata da nuove dimensioni affettive e relazionali anche prive di mandato istituzionale[71].

In tale realtà che vede i rapporti familiari in continua evoluzione[72] per cui, come riconosciuto dalla Corte costituzionale, «l'idea per cui si possa avere una sola famiglia appare smentita proprio dalla riforma della filiazione»[73], l'attuale disciplina positiva - caratterizzata dalla previsione di diritti ereditari riservati al coniuge, anche se separato senza addebito[74], indipendentemente dalla durata del matrimonio e a prescindere dalla circostanza che sia o meno anche genitore dei figli dell'ereditando - appare del tutto discordante con la complessità della dinamica contemporanea dei rapporti familiari[75].

Questi vedono accentuata l'instabilità dei rapporti coniugali e sedimentata nella sensibilità sociale una dimensione plurale delle organizzazioni familiari[76], con la diffusione, oltre che delle convivenze, anche delle c.d.

---

[70] Vedasi Comunicato Stampa dell'Istat "*Natalità e fecondità della popolazione residente - anno 2022*" pubblicato il 26 ottobre 2023 e disponibile sul sito *www.istat.it/it/archivio/289772* (visionato nel febbraio 2024).

[71] In proposito, A. PERINO, *Famiglia***,** in C. CIPOLLA (a cura di), *I concetti fondamentali del sapere sociologico*, Milano, 2011, p. 163, evidenzia che «si assiste a un allargamento semantico del termine famiglia, che non indica più solo i soggetti legati da vincoli di affinità e consanguineità (si pensi, a titolo esemplificativo, alle famiglie ricostituite). La famiglia si trasforma in pura unità degli affetti»

[72] Opportunamente S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., p. 820 osserva che la famiglia: «nasce, e cioè si costituisce con il matrimonio; vede accrescersi il numero dei suoi membri, con il venire al mondo dei figli; sperimento un processo di attenuazione nell'intensità giuridica dei vincoli che corrono tra genitori e figli, quando questi raggiugono la maggior età e conquistano la propria indipendenza; può conoscere, e sempre più frequentemente conosce, il prematuro scioglimento del rapporto tra i genitori ed eventualmente la costituzione, da parte dei medesimi, di nuovi vincoli di coniugio».

[73] In questi termini, Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, punto 8.3, cit.

[74] Peraltro, si rammenta che anche al coniuge divorziato è riconosciuto ai sensi dell'art. 9-*bis*, l. div., il diritto ad un assegno periodico a carico dell'eredità se era titolare dell'assegno divorzile, qualora versi in stato di bisogno, tenendo conto dell'importo di quelle somme, della entità del bisogno, dell'eventuale pensione di reversibilità, delle sostanze ereditarie, del numero e della qualità degli eredi e delle loro condizioni economiche.

[75] Per un'ampia panoramica si rinvia a R. CALVO, *La successione del coniuge. Garanzie individuali e nuovi scenari familiari*, Milano, 2010.

[76] Valga richiamare in proposito le condivisibili riflessioni di S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 3 (2022, p. 507). Sul punto, L. BALESTRA, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giust. civ.*, 1 (2018), p. 255 riferendosi a F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 4 (2002), p. 509, osserva che: «L'immagine, suggestiva e per certi versi abusata, evocata molti lustri or sono da Jemolo ne è risultata vieppiù superata: sempre più diritto, sempre meno isola. Al punto che, nemmeno l'acuta

"famiglie ricomposte"[77] in cui il coniuge o il convivente non è anche il genitore dei figli del *de cuius* e ha altri figli estranei al defunto[78], nonché del concorso nella medesima successione necessaria di nuclei familiari che, pur facendo capo allo stesso *de cuius*, si sono formati in epoche successive. La frammentazione delle possibili situazioni - non a caso si parla in proposito di "caleidoscopio familiare"[79] - e l'incremento di famiglie fondate sugli affetti più che da legami di sangue o di coniugio diverge con il vigente impianto successorio che, oltre a prevedere tuttora la successione legittima dei parenti fino al sesto grado, assegna prevalenza ai vincoli formali, con la conseguenza di una possibile iniqua destinazione del patrimonio del *de cuius*: sia sufficiente pensare al caso in cui il defunto sia un coniuge separato che, dopo la separazione, abbia instaurato uno stabile e duraturo

rivisitazione della metafora ad opera di Busnelli, riecheggiante la figura dell'arcipelago, costituito dall'isola grande – rappresentata dalla famiglia fondata sul matrimonio – a cui si sono affiancate progressivamente le isole minori, è parsa poter riflettere in modo aderente il concreto atteggiarsi delle relazioni aventi matrice familiare». Sul rapporto tra famiglia e successioni nel diritto contemporaneo vedansi, tra gli altri, altresì S. STEFANELLI, *Famiglia e successioni tra eguaglianza e solidarietà*, in *Vita not.*, 1 (2012), p. 475; C. RAGNI, *La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari*, in P. DE CESARI (a cura di), *Persona e famiglia*, in *Tratt. dir. priv. un. eur.*, diretto da G. AJANI - G.A. BENACCHIO, 2008, p. 349; P. RESCIGNO, *Considerazioni in tema di diritto della famiglia e successorio*, in AA.VV., *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*, XXXIX Congresso Nazionale del Notariato, 2002.

[77] Sulla famiglia "ricomposta" o "ricostituita" vedansi N. CIPRIANI, *Successione necessaria e conflitti di interessi nella evoluzione dei modelli familiari*, in *Dir. succ. fam.*, 3 (2017), p. 403; P. LAGHI, *Famiglie «ricomposte» e successione necessaria: problematiche attuali, soluzioni negoziali e prospettive* de iure condendo, in *Contr. impr.*, 4 (2017), p. 1342; E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. Dir.*, 10 (2016), p. 966; ID., *Famiglie che si sovrappongono nel tempo e successione necessaria*, in *Giur. it.*, 8/9 (2012), p. 1945; T.A. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3 (2016), p. 367; G. BILÒ, *Famiglia ricostituita*, in M. SESTA (a cura di) *Codice della famiglia*, Milano, 2015, p. 2394; A. BUCELLI, *Dei legittimari*, cit., *sub* art. 563 CC, p. 35; D. BUZZELLI, *La famiglia "composita". Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli nati da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Napoli, 2012, *passim*; P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Familia*, 1 (2002), p. 1.

[78] Giova precisare che, come ribadito dalla Cass., 28 maggio 2021, n. 15000, in *Corr. giur.*, 12 (2021), p. 1482, nt. G. GIORGI, *Il legato* ex lege *di cui all'art. 540, comma 2, c.c. e i presupposti di operatività*, il presupposto dei diritti di abitazione della casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la arredano è che tali beni siano di proprietà del *de cuius* ovvero in comunione tra lui e il coniuge superstite, di talché se la proprietà apparteneva in comunione al coniuge defunto e a un altro soggetto, diverso dal coniuge superstite, quale il primo coniuge del defunto, non si configurano i diritti di abitazione e di uso in capo al coniuge superstite.

[79] In tal senso C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano 2012, p. 28.

rapporto di convivenza con un altro soggetto[80], il quale potrà essere beneficiato solo nei limiti della quota disponibile.
Siffatta sperequazione risulta vieppiù alla luce dell'orientamento affermatosi a partire dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite n. 4847/2013[81] sulla riserva a favore del coniuge (ora esteso anche alla parte dell'unione civile) dei diritti di abitazione della casa familiare e di uso dei mobili che la corredano ai sensi dell'art. 540 CC.
Questa pronuncia ha fornito un'interpretazione che mortifica l'autonomia testamentaria e si rivela incoerente rispetto alla funzione e al testo dell'art. 540 CC in quanto altera il *quantum* della quota di eredità del coniuge e

[80] Com'è noto, anche dopo la legge n. 76 del 2016, al convivente superstite non è attribuita né la qualità di legittimario - posizione successoria riconosciuta, invece, all'unito civilmente - né di successibile legittimo. Sul punto vedansi G. BONILINI, *La successione* mortis causa *del convivente di fatto*, in *Tratt. dir. di famiglia*, dir. da G. BONILINI, IV, *Unione civile e convivenza di fatto*, Torino, 2022, p. 943; ID., *Unione civile, convivenza di fatto e successione* mortis causa, in R. PANE (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 143; ID., *La successione* mortis causa *della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto*, in *Fam. e dir.*, 10 (2016), p. 980; C. COPPOLA, *I diritti successori del convivente* more uxorio, in *Tratt. dir. di famiglia*, dir. da G. BONILINI, IV, *Unione civile e convivenza di fatto*, Torino, 2022, p. 1003; ID., *La convivenza* more uxorio *condotta fuori del modello legislativamente configurato*, cit., 977; A.A. CARRABBA, *Pianificazione ereditaria tra conviventi e divieto dei patti successori*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, cit., p. 167; V. BARBA, *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, cit., p. 345; F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it.*, 7 (2016), p. 1817. Per una panoramica comparatistica sui diritti del convivente in ambito successorio vedansi l'approfondita analisi di M.C. VENUTI, *I diritti successori della persona unita civilmente e del convivente di fatto: un confronto con il sistema tedesco*, in *Eur. dir. priv.*, 4 (2017), p. 1241 e di F. VIGLIONE, *I diritti successori dei conviventi. Uno studio di diritto comparato*, II ed., Torino, 2017.
[81] Vedasi Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2013, n. 4847, in *Giur. it.*, 8/9 (2013), p. 1779, nt. V. BARBA, *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro*. Si vedano inoltre le lucide considerazioni sempre di V. BARBA, *Trasformazioni della famiglia e successioni* mortis causa, in *Riv. dir. priv.*, 4 (2017), p. 513; ID., *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Riflessioni intorno a una recente sentenza delle Sezioni Unite: quando il dubbio è un omaggio alla speranza*, in *Jus Civile*, 10 (2013), p. 605; ID., *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite*, in *Le corti salernitane*, 3 (2014), p. 333; A. VENTURELLI, *L'imputazione dei diritti di abitazione ed uso del coniuge nelle successioni legittime*, in *Dir. succ. fam.*, 2 (2015), p. 481. Su tale sentenza, vedansi, inoltre, le considerazioni critiche di T. PERTOT, *I diritti di abitazione e di uso ex art. 540, comma 2, c.c. nella successione legittima del coniuge superstite*, in S. SCOLA – M. TESCARO (a cura di), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, vol. I, 2019, Napoli, p. 200; R. CALVO, *I diritti di abitazione e uso del coniuge separato*, in *Fam. e dir.*, 3 (2013), p. 711 e ID., *La successione del coniuge e i chiaroscuri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 8/9 (2013), p. 1779, il quale evidenzia «l'incongruente disparità di trattamento» che discenderebbe dall'applicazione di criteri di calcolo diversi nella successione legittima e in quella necessaria, con riguardo a quale opererebbero, secondo le Sezioni Unite, i criteri di imputazioni previsti dall'art. 540, comma 2, CC.

della quota spettante agli altri successori legittimi concorrenti, con un incremento quantitativo in favore del coniuge[82]. Infatti, prevedere la riserva dei diritti di abitazione e di uso con lo stralcio dal patrimonio relitto del loro valore capitale, per poi procedere alla divisione tra tutti i coeredi, secondo le norme della successione legittima, porta come conseguenza che tali diritti gravano sull'intera eredità e, dunque, indistintamente sulla quota di tutti i successibili, con un meccanismo analogo a quello del prelegato, venendo sottratti dal *relictum* ereditario ma non anche dal patrimonio sul quale sono calcolate le quote riservate ai legittimari[83].

5. *Segue*. La predominante posizione successoria del coniuge alla luce dei possibili scenari dei rapporti familiari

Il cumulo tra l'elevata quota di riserva (mai inferiore a un quarto dell'asse) e i diritti di abitazione e uso derivante dall'esposta interpretazione giurisprudenziale, può, perciò, non solo annullare la quota disponibile ma altresì corrodere la riserva degli altri eredi necessari in quanto tali diritti costituirebbero un'integrazione delle quote *ab intestato*.
Il conseguente significativo favore accordato al coniuge superstite - definito "successore egemone" dalla dottrina[84] - si rivela nell'odierno contesto

[82] Come condivisibilmente osserva V. BARBA, *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Riflessioni intorno a una recente sentenza delle Sezioni Unite: quando il dubbio è un omaggio alla speranza*, cit., p. 639: «Non appena si affermi, infatti, che quei diritti debbano aggiungersi, si finisce, inevitabilmente per dire che la quota di eredità che la legge, in caso di successione *ab intestato*, assegna al coniuge in concorso con altri, non è più pari a ½, ⅓, ⅔ (artt. 581, 582 Cod. civ.), bensì essa diventerebbe pari a ½, ⅓, ⅔ più il valore dei diritti di cui all'art. 540, secondo comma, Cod. civ. In altri termini, si altererebbe non soltanto la misura quota di eredità del coniuge, ma anche, di necessità, la misura della quota spettante agli altri successori legittimi che con il coniuge possono concorrere, generando, attraverso questa ortopedica interpretazione, una vera e propria modificazione del sistema legislativo disegnato dal legislatore».
[83] Per una lettura dell'art. 540 CC differente rispetto a quella data dalle Sezioni Unite, vedansi, con diversi accenti, R. CALVO, *I diritti di abitazione e uso del coniuge superstite, I diritti successori del coniug e superstite*, in V. CUFFARO (a cura di) *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, p. 16; ID., *La successione del coniuge. Garanzie individuali e nuovi scenari familiari*, Milanofiori Assago, 2010, p. 14; C. COPPOLA, *I diritti d'abitazione e d'uso spettanti* ex lege, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, III, Torino, 2009, p. 134; A. BUCELLI, *I legittimari*, Milano, 2002, p. 78 e le sempre attuali pagine di L. MENGONI, *Delle successioni legittime*, in *Commentario al codice civile*, cit., p. 103.
[84] In tal senso L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XLIII, 1, Milano, 1999, p. 149; A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Legislazione, dottrina, giurisprudenza*, Milano,

sociale fonte di particolari iniquità.
In primo luogo, la soluzione fornita dal Supremo Consesso nel 2013 e attualmente dominante in giurisprudenza[85], è ingiustificatamente sbilanciata, a tutto svantaggio dei figli, soprattutto - in caso di secondo matrimonio, anche qualora questo sia di breve durata - di quelli frutto della prima unione, tanto da poter comportare in alcune ipotesi anche l'azzeramento delle quote dei figli[86]. Infatti, poiché secondo l'interpretazione invalsa i diritti di abitazione e di uso devono considerarsi diritti che si aggiungono alla quota spettante al coniuge, sicché i diritti di cui all'art. 540, comma 2, CC sarebbero stralciati, aprendosi la successione legittima sul residuo[87], i figli del primo matrimonio potrebbero rimanere privati della disponibilità del bene immobile che, essendo gravato dal diritto reale minore, sarà di difficile commerciabilità oltre che goduto dal coniuge superstite che non è loro genitore. Tale esito di iper-tutela del coniuge si aggiunge a quello che risulta dalla sua inclusione tra i coeredi aventi diritto a collazione, con la conseguenza che il coniuge superstite può chiedere la collazione delle donazioni ricevute dai figli del primo matrimonio.
Sarebbe, pertanto, preferibile accogliersi una differente interpretazione dell'art. 540 CC, certamente più aderente al tenore e allo spirito del dato positivo, in modo da ritenere che, anche nel caso della successione legittima come in quella necessaria, i diritti d'abitazione e d'uso siano

1984, p. 2290; G. STOLFI, *Commento sub art. 536*, in L. CARRARO - G. OPPO - A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 2, Padova, 1977, p. 820. Si veda altresì A. TULLIO, *I diritti successori del coniuge superstite,* in *Fam. Pers. Succ.* 2 (2012), p. 290.

[85] Vedansi, da ultimo, Cass., 9 febbraio 2023, n. 4008, in *Fam. e Dir.*, 10 (2023), p. 865, su cui le acute considerazioni di G. PACINI, *I diritti del coniuge superstite tra successione necessaria e successione legittima*; Cass., 1° marzo 2021, n. 5564; Cass., 22 giugno 2020, n. 12042; Cass., 11 giugno 2019, n. 15667 e Cass., 13 novembre 2017, n. 26741, tutte in *https://dejure.it/#/home*.

[86] Come osserva D. POLETTI, *A proposito del diritto abitazione del coniuge superstite (e di interessi creditori)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2 (2015), p. 404, il coniuge è «passato dal ruolo di mero conservatore dei beni appartenenti alla famiglia dell'altro alla veste di successore privilegiato, spesso egemone rispetto ai figli». Vedansi altresì le riflessioni di G. PALAZZOLO, *La qualità dei diritti successori del coniuge sopravvenuto, in relazione all'età, nel concorso con i figli di primo letto. Le distonie del coniuge successivo*, nota a Trib. Palermo, 21 gennaio 2008, in *Vita not.*, 2 (2009), p. 740.

[87] Così Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2013, n. 4847, cit. Si vedano inoltre le lucide considerazioni di V. BARBA, *Trasformazioni della famiglia e successioni* mortis causa, cit., p. 513; ID., *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Riflessioni intorno a una recente sentenza delle Sezioni Unite: quando il dubbio è un omaggio alla speranza*, cit., p. 605; A. VENTURELLI, *L'imputazione dei diritti di abitazione ed uso del coniuge nelle successioni legittime*, cit., p. 481.

considerati non già oggetto di due prelegati bensì di due legati *ex lege*, aggiungendosi alla quota di patrimonio riservata al coniuge superstite in quanto legittimario e non alla quota di eredità che la legge gli riconosce in quanto successibile legittimo[88]. La conseguenza di tale differente lettura sarebbe che qualora i diritti riservati assorbano, oltre alla disponibile, altresì tutta la quota spettante al coniuge, questi non avrebbe diritto a partecipare alla divisione del *relictum* che sarebbe diviso tra gli altri legittimari.

Giova, in proposito, osservare che nel B.G.B. il §§ 1932, con riferimento al *Voraus des Ehegatten* (diritto del coniuge all'anticipazione), gradua i diritti del coniuge superstite a seconda che vi siano o meno figli, riconoscendogli i beni appartenenti all'economia domestica coniugale (*Haushalt gehörenden Gegenstände*) qualora il testatore sia morto senza figli, altrimenti, in presenza di figli, il diritto del coniuge a tali beni è limitato nella misura in cui ne abbia bisogno per la gestione di un'adeguata economia domestica[89].

De iure condendo, sarebbe auspicabile che i diritti di abitazione e uso gravino, in via principale, sulla quota di riserva del coniuge e, solo qualora questa sia incapiente, sulla disponibile, come suggerito dalla proposta di legge elaborata dalla Commissione di studio «diritto di famiglia» della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.)[90]. Sarebbe,

[88] In proposito, V. BARBA, *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro* in *Giur. it.*, 2013, p. 1779 e ID., *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Riflessioni intorno a una recente sentenza delle Sezioni Unite: quando il dubbio è un omaggio alla speranza*, cit., p. 333

[89] Vedasi *Codice Civile Tedesco*, traduzione e presentazione a cura di S. PATTI, 2005, Milano – Monaco, 2005.

[90] Vedasi Aa. Vv., *Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile (S.I.S.Di.C.). Commissione di studio «Diritto di famiglia», Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, in *Annali S.I.S.Di.C.*, 6/2021, p. 117, illustrata da G. PERLINGIERI, *Presentazione della proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite. Spunti per una riflessione*, in *Dir. succ. fam.*, 3 (2022), p. 1171, la quale prevede: «*a*) l'imputazione, *ex* art. 540, comma 2, c.c. del valore relativo alla casa familiare e di uso sui mobili che la corredano, alla quota di riserva del coniuge stesso e, solo qualora questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla quota disponibile (in questo modo i figli potranno confidare su una integrale legittima, come tra l'altro dispone l'art. 536 c.c.); *b*) la derogabilità, salvo casi particolari, dell'assegnazione da parte del testatore e la possibilità che i diritti di abitazione e di uso siano soddisfatti con il pagamento dell'equivalente in denaro (così nell'art. 540, comma 3, c.c.); *c*) la valorizzazione dell'autonomia del testatore che, in presenza di più immobili adibiti a residenza della famiglia, ha facoltà di scegliere, conformemente alla normativa europea, su quale sorgeranno i diritti di abitazione e di uso (art. 540, comma 5, c.c.); *d)* il venire meno dei diritti di abitazione e di uso riconosciuti al coniuge qualora questi cessi di abitare

altresì, da salutare con favore la proposta di decadenza dei diritti di abitazione e di uso qualora il coniuge cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o contragga nuovo matrimonio o unione civile, ovvero avvii una stabile convivenza. Pare, invece, eccessivamente pregiudizievole per il coniuge superstite - specialmente se in età avanzata - la proposta, avanzata dalla stessa commissione, di poter convertire i diritti di abitazione e d'uso in equivalente monetario, fatta salva una diversa disposizione del testatore: sarebbe, invero, maggiormente equilibrata la previsione nel senso opposto, consentendo, perciò, la monetizzazione solo qualora sia contemplata nel testamento[91].

Un'incisiva rimeditazione della forte e rigida tutela successoria ora offerta al coniuge potrebbe, inoltre, prevedere che questa sia subordinata ad una durata minima del matrimonio[92] sommata, tuttavia, a quella della convivenza che l'ha preceduto[93], in modo da evitare un eccessivo

stabilmente nella casa familiare o contragga nuovo matrimonio o unione civile, ovvero avvii una stabile convivenza (art. 540, comma 2, c.c.)».

[91] Vedasi sul punto C. CICERO, *Sulla riforma del diritto di abitazione del coniuge e la conservazione dei rapporti affettivi*, in *Riv. not.*, 6 (2021), p. 1288.

[92] L'opportunità di agganciare la quota del coniuge alla durata del rapporto matrimoniale è caldeggiata da G. AMADIO, *La riforma della successione necessaria*, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 318, nota 37; ID., *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, cit., p. 811; S. DELLE MONACHE, *Scenari attuali in materia di tutela del legittimario*, cit., p. 69; ID., *Abolizione della successione necessaria*, cit., p. 822; M. DOSSETTI, *Concetto e fondamento della successione necessaria*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009, p. 69; A.C. JEMOLO, *Sul nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, II (1975), p. 602 seguendo il modello statunitense dell'*elective share* previsto dal §§ 2-202 dell'*Uniform Probate Code* (*UPC*) il quale riconosce al coniuge il diritto ad una percentuale del patrimonio che aumenta del 3% a ogni anno di matrimonio, per poi raggiungere la percentuale è del 50% da quindici anni in poi di matrimonio. Tuttavia, al fine di scongiurare evidenti casi di ingiustificata discriminazione, occorrerebbe sommare al periodo matrimoniale altresì quello di convivenza, in modo da tutelare il coniuge qualora le nozze si siano celebrate dopo un lungo periodo di convivenza. In proposito, opportunamente in tal senso G. BONILINI, *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016. Profili successori e tutela previdenziale*, in *Fam. e dir.*, 11 (2017), p. 1047, osserva: «mi pongo una domanda: sarebbe irragionevole la norma che prevedesse una durata minima, non risibile, della vita matrimoniale, o di quella condotta in seno all'unione civile, onde maturi il trattamento di reversibilità? E non solo quello di reversibilità, giacché la nascita di diritti dovrebbe essere ancorata, quanto ai rapporti di coniugio, etc., non già soltanto al mero atto, che vesta una data situazione affettiva, bensì alla concreta vita familiare condotta per un ragionevole periodo temporale».

[93] Valga segnalare come le Sezioni Unite di cui alla Cass. 18 dicembre 2023, n. 35385, in *https://onelegale.wolterskluwer.it/* abbiano osservato che «Ai fini dell'attribuzione e della quantificazione, ai sensi dell'art. 5, comma 6, L. n. 898 del 1970, dell'assegno divorzile, avente natura, oltre che assistenziale, anche perequativo-compensativa, nei casi peculiari in cui il matrimonio si ricolleghi a una convivenza prematrimoniale della coppia, avente i connotati di stabilità e continuità, in ragione di un progetto di vita

pregiudizio in capo ai figli di prime nozze nell'ipotesi in cui il secondo matrimonio sia stato breve e il coniuge superstite sia ancora giovane[94]. Qualora non fosse integrato tale requisito temporale minimo, potrebbe riconoscersi al coniuge superstite un diritto a tempo determinato, analogo

comune, dal quale discendano anche reciproche contribuzioni economiche, laddove emerga una relazione di continuità tra la fase "di fatto" di quella medesima unione e la fase "giuridica" del vincolo matrimoniale, va computato anche il periodo della convivenza prematrimoniale, ai fini della necessaria verifica del contributo fornito dal richiedente l'assegno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno dei coniugi, occorrendo vagliare l'esistenza, durante la convivenza prematrimoniale, di scelte condivise dalla coppia che abbiano conformato la vita all'interno del matrimonio e cui si possano ricollegare, con accertamento del relativo nesso causale, sacrifici o rinunce, in particolare, alla vita lavorativa/professionale del coniuge economicamente più debole, che sia risultato incapace di garantirsi un mantenimento adeguato, successivamente al divorzio». Dopo pochi giorni, le Sezioni Unite di cui alla Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2023, n. 35969, in *https://onelegale.wolterskluwer.it/*, hanno espresso analogo principio in materia di scioglimento dell'unione civile stabilendo che «Già da tempo la giurisprudenza di legittimità ha preso in considerazione la possibilità di tenere conto della divergenza tra la durata legale del vincolo coniugale e quella della convivenza effettiva (oltre che della parziale sovrapposizione nel tempo tra il rapporto matrimoniale e la costituzione di un nuovo nucleo familiare), ai fini della ripartizione della pensione di reversibilità tra il coniuge divorziato ed il coniuge superstite, ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 9, comma 3: com'è noto, infatti, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 419 del 1999 e dell'ordinanza n. 491 del 2000, con cui fu dichiarata infondata la questione di legittimità della predetta disposizione, nella parte in cui prevedeva, quale criterio di ripartizione, la "durata del rapporto", questa Corte ha ammesso la possibilità di prendere in considerazione ulteriori elementi correlati alla finalità solidaristica dell'istituto, tra i quali il periodo di convivenza prematrimoniale coevo al periodo di separazione che precede il divorzio, ancorché in tale lasso temporale permanga il vincolo coniugale (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 23/07/2021, n. 21247; Cass., Sez. lav., 28/04/2020, n. 9263; Cass., Sez. VI, 26/02/2020, n. 5268)». Pertanto, «in caso di scioglimento dell'unione civile, la durata del rapporto, prevista dall'art. 5, sesto comma, della L. n. 898 del 1970, richiamato dall'art. 1, comma venticinquesimo, della L. n. 76 del 2016, quale criterio di valutazione dei presupposti necessari per il riconoscimento del diritto all'assegno in favore della parte che non disponga di mezzi adeguati e non sia in grado di procurarseli, si estende anche al periodo di convivenza di fatto che abbia preceduto la formalizzazione dell'unione, ancorché lo stesso si sia svolto in tutto o in parte in epoca anteriore all'entrata in vigore della L. n. 76 del 2016».

[94] Già prima della menzionata sentenza di cui alla Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2013, n. 4847, P. PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007, p. 319, osservava: «Qualunque riforma del diritto ereditario, che intenda rimuovere dal sistema i dati normativi ormai obsoleti che sono causa di irragionevolezze interpretative ed applicative, deve prendere le mosse dalla centralità della figura dei figli, ai quali deve essere riconosciuta precedenza incondizionata in considerazione della derivazione costituzionale dei doveri di istruzione, educazione, mantenimento della prole. Deve essere, per converso, sottoposta a revisione critica l'attuale impostazione – niente affatto giustificata dall'ordinamento costituzionale – che attribuisce preminenza assoluta al coniuge».

a quello riconosciuto al convivente dall'art. 1, comma 42, l. n. 76/2016[95].
Ulteriore profilo di dissonanza della riserva a favore del coniuge rispetto alle attuali dinamiche sociali emerge rispetto ai sempre più diffusi rapporti di convivenza e alla posizione del coniuge separato.
Nonostante l'acquisita rilevanza giuridica del fenomeno, la successione del convivente[96], a prescindere dalla durata e dalla stabilità del rapporto, resta totalmente rimessa all'autonomia dell'ereditando, il quale, però, qualora al momento della morte risultasse ancora in stato di separazione, potrebbe vedersi erosa l'intera quota disponibile dall'attuale meccanismo con cui opera la riserva *ex* art. 540 CC a favore del coniuge anche se separato senza addebito in ipotesi da molti anni[97], stante la lettera dell'art. 548 CC[98].
Se appare condivisibile la mancata previsione di una tutela successoria in capo al convivente - altrimenti ciò comporterebbe un'assimilazione della convivenza con il matrimonio[99], quando, invece, la convivenza è colorata da una legittima scelta di libertà e al tempo stesso di precarietà - sarebbe, quantomeno opportuno dare seguito all'orientamento giurisprudenziale

[95] Vedansi P. LAGHI, *Famiglie «ricomposte» e successione necessaria: problematiche attuali, soluzioni negoziali e prospettive* de iure condendo, cit., p. 1374 e F. AZZARRI, *Mutamenti della famiglia e diritto successorio*, cit., p. 1049.
[96] In merito alla successione del convivente si rinvia alle considerazioni di R. PACIA, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2 (2019), p. 419; V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, in *Rass. dir. civ.*, 1 (2015), p. 1; ID., *La posizione del convivente* more uxorio, in V. CUFFARO (a cura di), *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, p. 27. Sulla tutela successoria del convivente *more uxorio* superstite si vedano altresì le osservazioni di G. OBERTO, *Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Fam. e dir.*, 6 (2006), p. 661. Per una panoramica comparatistica si rinvia all'analisi di F. VIGLIONE, *I diritti successori dei conviventi. Uno studio di diritto comparato*, Torino, 2018.
[97] Sostiene una revisione dei diritti ereditari del coniuge successivamente alla crisi matrimoniale M. IEVA, D*ivieto di patti successori e tutela dei legittimari*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007, p. 306.
[98] Si rammenta, infatti, che il coniuge cui non è stata addebitata la separazione con sentenza passata in giudicato ha gli stessi diritti successori del coniuge non separato ai sensi dell'art. 548 CC mentre in ipotesi di addebito ha diritto ad un assegno vitalizio se al momento dell'apertura della successione godeva degli alimenti a carico del coniuge deceduto.
[99] Valga osservare, in proposito, come il Supremo Tribunale Federale brasiliano, nell'ambito dei *Recursos Extraordinários* n. 878.694 e n. 646.721, decisi il 10 maggio 2017 ha equiparato il regime successorio dei conviventi a quella dei coniugi. Sul punto vedasi l'acuta riflessione di E. DE CARVALHO GOMES, *Il regime successorio del coniuge e del convivente di fatto nel diritto brasiliano*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, vol. II, cit., p. 725, e in *Jus civ.*, 2 (2019), p. 81, la quale evidenzia comprensibilmente come conseguenza la perdita di reale utilità del matrimonio in termini di tutele successorie, essendo queste già assicurate dalla convivenza.

secondo cui in caso di cessazione della convivenza in seguito alla separazione personale dei coniugi, l'impossibilità di individuare una casa adibita a residenza familiare qualora il coniuge superstite non abbia continuato ad utilizzare la casa come propria abitazione, fa venire meno il presupposto oggettivo richiesto ai fini dell'attribuzione del diritto reale di abitazione[100]. Pertanto, nell'ipotesi in cui al momento dell'apertura della successione la convivenza sia cessata, con il conseguente difetto di legame tra l'immobile e il concetto di casa familiare, il coniuge superstite separato senza addebito non avrà i diritti di cui all'art. 540 CC, interpretando tale norma come funzionale alla tutela di un interesse non patrimoniale del coniuge superstite[101]. Al contrario, qualora i coniugi pur separati decidano

[100] In tal senso, Cass., 5 giugno 2019, n. 15277, in *Riv. not.*, 2 (2020), p. 353, nt. C. MICHI, *Lo "strano caso" dei diritti di abitazione ed uso del coniuge separato e del legato in sostituzione di legittima*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 6 (2019), p. 1338, nt. M. FARNETI, *Non spetta mai dunque al coniuge superstite separato il diritto di abitare nella casa adibita a residenza familiare?*; Cass., 22 ottobre 2014, n. 22456, in *Riv. not.*, 1 (2015), p. 204, nt. C. CICERO - S. DEPLANO, *Profili evolutivi dell'art. 540, comma 2, c.c.: effettività della destinazione "a residenza familiare" e rilevanza degli interessi extrapatrimoniali del coniuge superstite*; Cass., 12 giugno 2014, n. 13407, in *Riv. not.*, 5, II (2014), p. 1031, nt. G. MUSOLINO, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite nella fattispecie del coniuge separato*. In dottrina, vedansi in proposito i contributi di N. CIPRIANI, *Successione necessaria e conflitti di interessi nella evoluzione dei modelli familiari*, cit., p. 403; A. BENNI DE SENA, *Il coniuge separato senza addebito e il legato di abitazione della casa adibita a residenza familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I (2014), p. 1193 e di G. FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2 (2008), p. 955. Più recentemente, invece, la Cass., 26 luglio 2023, n. 22566, in *Giust. civ.com*, 24 novembre 2023, nt. A. BRUNA, *I presupposti dei diritti* ex lege *di uso e abitazione, accordati al coniuge superstite ex art. 540, comma 2, c.c. in pendenza del giudizio di separazione*, ha sostenuto che l'adibizione della casa a residenza familiare non deve essere necessariamente in atto nel momento di apertura della successione, in quanto «i presupposti per la nascita del diritto mancherebbero solo qualora, dopo la separazione, la casa fosse stata abbandonata da entrambi i coniugi o avesse comunque perduto ogni collegamento, anche solo parziale o potenziale, con l'originaria destinazione familiare. In tal caso, essendo cessata l'adibizione a residenza della famiglia, i diritti di abitazione e di uso non sorgono per difetto del presupposto oggettivo, mentre i presupposti continuerebbero a sussistere anche quando la successione si sia aperta in favore di quello che se ne fosse allontanato, lasciando a viverci l'altro ora defunto».

[101] Invero, secondo la Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Dir. fam. pers.*, 2 (1989), p. 474, nt. A. SCALISI, *Famiglia di fatto e diritti successori del convivente more uxorio*, «oggetto della tutela dell'art. 540, secondo comma, cod. civ. non è il bisogno dell'alloggio (che da questa norma riceve protezione solo in via indiretta ed eventuale), ma sono altri interessi di natura non patrimoniale, riconoscibili solo in connessione con la qualità di erede del coniuge, quali la conservazione della memoria del coniuge scomparso, il mantenimento del tenore di vita, delle relazioni sociali e degli "status symbols" goduti durante il matrimonio». In senso analogo, più recentemente, Cass., 12 giugno 2014, n. 13407, cit., che per la prima volta ha assegnato rilievo al presupposto della convivenza tra i coniugi, ha riconosciuto che la *ratio* dell'art. 540 CC «è da rinvenire non tanto nella

comunque di continuare a coabitare nella casa familiare (vivendo la condizione comunemente detta dei c.d. "separati in casa") oppure nell'ipotesi in cui, in presenza di figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, il coniuge superstite sia risultato assegnatario della casa familiare ai sensi dell'art. 337-*sexies* CC, sorgeranno i diritti di cui all'art. 540 CC.
Si segnala, in argomento, la proposta avanzata dalla stessa S.I.S.Di.C. di «ridefinire la disciplina del coniuge separato, escludendo quote di riserva a suo favore e prevedendo soltanto un assegno a carico dell'eredità secondo il modello già previsto per il coniuge divorziato»[102]. Infatti, l'art. 9-*bis*, l. div. riconosce al coniuge divorziato il diritto ad un assegno periodico a carico dell'eredità se era titolare dell'assegno divorzile, qualora versi in stato di bisogno, tenendo conto dell'importo di quelle somme, della entità del bisogno, dell'eventuale pensione di reversibilità, delle sostanze ereditarie, del numero e della qualità degli eredi e delle loro condizioni economiche.
Nondimeno, ciò comporterebbe, da un punto di vista sistematico, la parificazione delle conseguenze sotto il profilo successorio degli istituti di separazione e divorzio tutt'ora distinti (nonostante la recente riforma del processo di famiglia abbia introdotto all'art. 473-*bis*.49 CPC la possibilità che i giudizi di separazione giudiziale e di cessazione degli effetti civili del matrimonio si svolgano nell'ambito di un unico procedimento[103]). Al

tutela dell'interesse economico del coniuge superstite di disporre di un alloggio, quanto dell'interesse morale legato alla conservazione dei rapporti affettivi e consuetudinari con la casa familiare», quali «la conservazione della memoria del coniuge scomparso, delle relazioni sociali e degli *status symbol* goduti durante il matrimonio», precisando che «l'art. 548 c.c., comma 1, equipara, quanto ai diritti successori attribuiti dalla legge, il coniuge separato senza addebito al coniuge non separato», tuttavia «in caso di separazione personale dei coniugi e di cessazione della convivenza, l'impossibilità di individuare una casa adibita a residenza familiare fa venire meno il presupposto oggettivo richiesto ai fini dell'attribuzione dei diritti in parola».

[102] AA. VV., *Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile (S.I.S.Di.C.). Commissione di studio «Diritto di famiglia»*, *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, cit., p. 3.

[103] In proposito, M. PALADINI, *Cumulo di domande di separazione e divorzio*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 4-5 (2023), p. 1197 osserva opportunamente che «la contemporanea introduzione delle due domande ridurrà i casi di riconciliazione post-separazione e quelli di permanenza della condizione di "meri separati" dei coniugi che non intendano addivenire al divorzio. Da quest'ultimo punto di vista, il legislatore sembra aver trascurato il fenomeno sociale delle tante separazioni coniugali, alle quali non segue il divorzio per la lenta assuefazione dei coniugi a una condizione che consente loro di conservare i legami e le radici del loro passato sentimentale e che, spesso, in età avanzata, ritorna ad un'affettuosa vicinanza (provocata, ad esempio, dalla frequentazione della sopravvenuta discendenza) e, talvolta, al ripristino della convivenza». In argomento

contrario – valga ripeterlo – il mero dimezzamento delle quote di riserva, inclusa quella a favore del coniuge, su cui far gravare i diritti di abitazione e uso, sarebbe certamente, tra le varie ipotesi di revisione, quella meno dirompente rispetto al sistema[104].
Più in generale, data la distanza del modello attuale di famiglia da quello con cui si confrontavano gli estensori del Codice civile, un ampliamento quantitativo della autonomia del testatore con una corrispondente riduzione delle quote di legittima permetterebbe alla disciplina successoria di essere maggiormente improntata al *favor veritatis*, in modo da rispecchiare gli effettivi legami affettivi e solidaristici del *de cuius*.

6. Una rimeditazione quantitativa della legittima in ossequio ai principi di solidarietà endofamiliare e di autoresponsabilità

In aggiunta, una riduzione delle quote di legittima, non solo contribuirebbe a colmare il vuoto di effettività che affligge il principio di autonomia privata in ambito successorio, ma favorirebbe altresì - in modo solo apparentemente paradossale - una concreta effettiva attuazione della solidarietà endofamiliare[105].
È vero che la quota di legittima può idealmente costituire il prolungamento *post mortem* del dovere, scolpito dall'art. 30 Cost. e di cui sono espressione gli artt. 147, 337-*ter* e 337-*septies* CC, di mantenimento dei figli.

vedansi altresì le lucide analisi di S. TROIANO, *La Riforma "Cartabia": osservazioni di un civilista*, in *Fam. e dir.*, 11 (2023), p. 932 e di F. DANOVI, *Per l'ammissibilità della domanda congiunta (cumulata) di separazione e divorzio (prime riflessioni nell'era della riforma Cartabia)*, cit., 2023, p. 487. Giova segnalare come Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727, in *Fam. e dir.*, 1 (2024), p. 5, nt. F. DANOVI, *La Cassazione conferma l'ammissibilità del cumulo di separazione e divorzio su domanda congiunta*, abbia confermato l'ammissibilità del cumulo di separazione e divorzio su domanda congiunta ha dichiarato ammissibile il ricorso dei coniugi proposto con domanda congiunta e cumulata di separazione di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio

[104] Un'ulteriore soluzione sarebbe quella suggerita da M. IEVA, *La tutela dei legittimari: oscillazioni fra contrapposte istanze sociali*, cit., p. 224 di conservare per il coniuge separato il diritto di essere chiamato alla successione per legge, escludendolo, tuttavia, dal novero dei legittimari. Nondimeno, ciò non risolverebbe l'esposto problema costituito dalla riserva prevista dall'art. 540 CC.

[105] Più in generale sul principio di solidarietà in ambito civilistico vedansi G. ALPA, *Solidarietà: un principio normativo*, Bologna, 2022; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e l'"attesa della povera gente"*, in *Pers. e merc.*, 2 (2013), p. 413; R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 433; G.B. FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, in *Dir. priv.*, 2 (2000), p. 327.

Nondimeno, il principio solidaristico - sovente invocato a sostegno della conservazione dell'attuale assetto della successione necessaria votato a favore della prole (oltre che del coniuge) - dovrebbe assumere un differente significato di fronte all'attuale contesto demografico e sociale, che vede, anzi, urgente l'esigenza di responsabilizzare i figli nei confronti dei genitori sempre più anziani e spesso toccati dalla sopravvenuta mancanza di autonomia[106]: del resto, il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. esprime un valore che riferito alla famiglia risulta «composto da regole morali e giuridiche che danno luogo non solo a diritti ma anche a doveri»[107].
Di conseguenza, in luogo di salvaguardare la mera aspettativa - anche del discendente del tutto indolente o, peggio, disinteressato rispetto alle sorti del genitore - di contare, in futuro, su un certo patrimonio, occorrerebbe che la disciplina della tutela dei legittimari assecondasse la logica di solidarietà endofamiliare in senso non solo discendente (dal genitore al figlio) ma biunivoco, nonostante la difficoltà di ricavare, sul piano del diritto positivo, un generale obbligo di assistenza del discendente nei confronti del genitore[108], oltremodo rilevante, attesa la strutturale insufficienza degli interventi di sostegno sociale verso gli anziani[109].

---

[106] Giova sottolineare come plurime sentenze di legittimità stabiliscono che «la valutazione delle circostanze che giustificano la ricorrenza o il permanere dell'obbligo dei genitori al mantenimento dei figli maggiorenni va effettuata dal giudice del merito, necessariamente, caso per caso e con criteri di rigore proporzionalmente crescente in rapporto all'età dei beneficiari, in modo da escludere che tale obbligo assistenziale, sul piano giuridico, possa essere protratto oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura, al di là dei quali si risolverebbe - come si è espressa questa Corte - in forme di parassitismo di ex giovani ai danni dei loro genitori sempre più anziani». Così, in termini Cass., 22 giugno 2016, n. 12952, in *https://onelegale.wolterskluwer.it/*. In senso analogo vedansi Cass., 8 giugno 2023, n. 16327; Cass., 14 agosto 2020, n. 17183; Cass., 20 agosto 2014, n. 18076; Cass., 7 luglio 2004, n. 12477; Cass., 6 aprile 1993, n. 4108, tutte in https://onelegale.wolterskluwer.it.
[107] In questi termini M. COMPORTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Familia*, 1 (2003), p. 43.
[108] In argomento vedansi le lucide considerazioni di M.N. BUGETTI, *Cura della persona anziana e relazione familiare: una indicazione al legislatore dal codice delle famiglie della Repubblica di Cuba?*, in *Fam. e dir.*, 7 (2023), p. 683; ID., *Riflessioni sul ruolo della famiglia nella cura degli anziani (anche in riferimento ad un recente intervento del legislatore cinese)*, cit., 2013, p. 1151; P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, II, *Filiazione*, a cura di G. COLLURA - L. LENTI, M. MANTOVANI, II ed., Milano, 2012, pp. 950 e 1209; L. FERRI, *Della potestà dei genitori*, *Artt. 315-342*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Bologna-Roma, 1988, p. 24.
[109] In proposito, nel recente Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Strategia europea per le persone anziane» del 29 settembre 2023, si legge che «Una nuova strategia europea per le persone anziane contribuirebbe al necessario cambiamento di impostazione delle politiche sull'invecchiamento e sugli anziani di oggi e di domani, ponendo l'accento sulle opportunità che si aprono sul piano umano, sociale

Posto che la famiglia «prima che uno spazio di diritti è un luogo di doveri e di responsabilità»[110], è evidente come tale fondamentale istituzione soffra l'attuale rigido sistema della successione necessaria che, fondato sull'anacronistica qualificazione della legittima alla stregua di una ingiustificata "rendita da posizione"[111], in spregio a basilari esigenze di giustizia sostanziale, non incentiva il perseguimento dell'obiettivo solidaristico intergenerazionale, prescindendo del tutto dai comportamenti posti in essere dal legittimario nei confronti del *de cuius*[112]. Si comprende come si siano avanzate proposte di ammodernamento del sistema anche solo dal punto di vista tributario, là dove, proprio per tentare di mitigare i privilegi di nascita incentivando la produzione di reddito, si è suggerito di modificare l'imposta di successione e di donazione in modo maggiormente progressivo[113] (con il rischio, tuttavia, di evasione o elusione, stante la difficoltà culturale di accettare una tassazione sul trasferimento endofamiliare di una ricchezza sovente frutto di anni di risparmio e, in ogni caso, già falcidiata da imposte alla fonte[114]). Inoltre, è stato proposto di adottare meccanismi redistributivi - di dubbia utilità pratica - accompagnando la successione necessaria con quella che è stata

ed economico e aprendo migliori prospettive di impegno civico e partecipativo, considerato che gli anziani dispongono ancora di un capitale intellettuale, economico e sociale troppo spesso inutilizzato. Tale strategia dovrà sostenere la solidarietà tra le generazioni e un approccio basato sul ciclo di vita per prevenire e ridurre le sfide legate all'età, correggendo l'impostazione attuale che considera l'invecchiamento come un costo». Inoltre, il 27 gennaio 2021, la Commissione europea ha presentato il suo Libro verde sull'invecchiamento demografico, intitolato «Promuovere la solidarietà e la responsabilità fra le generazioni», gettando così le fondamenta per le future politiche di sostegno alle persone anziane.

[110] Così, G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2 (2015), p. 682.

[111] Sul punto vedansi le acute riflessioni di P. LAGHI, *Famiglie «ricomposte» e successione necessaria: problematiche attuali, soluzioni negoziali e prospettive* de iure condendo, cit., p. 1342 e di V. BARBA, *Recensione a Vincenzo Verdicchio, La circolazione dei beni di provenienza donativa*, in *Il Foro nap.*, 3 (2014), p. 778.

[112] Si vedano in proposito le considerazioni di M. TATARANO, *La diseredazione. Profili evolutivi*, Napoli, 2012, p. 180.

[113] Vedasi L. EYRAUD, *Reforming Capital Taxation in Italy*, 16 gennaio 2014, in *International Monetary Found* e disponibile in Imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/Reforming-Capital-Taxation-in-Italy-41258 (ultimo accesso 7 maggio 2023).

[114] In argomento, vedasi G. TINELLI, *Profili tributari delle riforme successorie*, in *Rass. trib.*, 4 (2019), p. 706. Più in generale sull'imposta di successione vedasi F. FIGARI - L. GANDULLIA – D. PIACENTINO, *Ricchezza in eredità. Quale futuro per l'imposta sulle successioni?*, Bologna, 2022.

definita "eredità di cittadinanza" o "eredità universale"[115], volta a trasferire universalmente a tutti i giovani nati in Italia che compiono diciotto anni, un'eredità pari a quindicimila euro finanziata da un'imposta di successione ben più alta di quella attuale[116].

Il tema della solidarietà endofamiliare intergenerazionale è particolarmente avvertito dalla giurisprudenza. Basti considerare in proposito come, con riferimento all'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne, in plurime recenti pronunce[117] la Corte di Cassazione -

[115] Si fa riferimento alla proposta sollevata dal Forum delle disuguaglianze disponibile al sito *Forumdisuguaglianzediversita.org/wp-content/uploads/2019/03/3-passaggio-generazionale.x96206.x38612.pdf* visionato nel febbraio 2024.

[116] In proposito, E. GRANAGLIA – S. MORELLI, *Per un passaggio generazionale più giusto*, in *LaVoce.info*, 2020, disponibile in *Lavoce.info/archives/74648/per-un-passaggio-generazionale-piu-giusto/* osservano che «La tassazione dei patrimoni ereditati o ricevuti in dono (non guadagnati) gode in Italia di un regime di forte favore fiscale rispetto a quanto avviene in molti altri paesi. Nonostante l'aumento di ricchezza, le imposte di successione e di donazione, dalla metà degli anni '90 ai giorni nostri, sono scese dallo 0,3 allo 0,1 per cento del gettito tributario. Il trasferimento di patrimonio ai figli è oggi soggetto ad un'aliquota del 4 per cento solo oltre la soglia di 1 milione di euro, mentre un'eredità di qualsiasi entità ricevuta da uno zio è tassata per intero all'8 per cento. In Francia, ogni figlio ha diritto a un'esenzione di soli 100mila euro e le aliquote sono progressive fino a un'aliquota massima del 45 per cento. L'aliquota massima media dei paesi Ocse è del 15 per cento». Sul punto vedansi altresì le riflessioni di V. MASTROIACOVO, *Prospettive di riforma dell'imposta sulle successioni e donazioni*, in *Neotera*, 2020, p. 195 e di V. CERIANI, *Disuguaglianze, equità e fisco (prima parte)*, in *Menabò*, 2020. Per un panorama comparatistico dei principali paesi europei vedasi il volume di P. PASSAGLIA (a cura di), *Le agevolazioni previste dalle imposte sulle successioni e sulle donazioni*, Roma, 2020.

[117] In tal senso Cass., 31 luglio 2023, n. 23245; Cass., 22 giugno 2023, n. 17947; Cass., 8 giugno 2023, n. 16327, tutte in *https://dejure.it/#/home*; Cass., 13 ottobre 2021, n. 27904, in *https://www.leggiditalia.it/*; Cass., 29 dicembre 2020, n. 29779, in *Fam. e dir.*, 3 (2021), p. 275, nt. di F. DANOVI, *Declinazioni e mutazioni dei principi generali del processo per i figli (anche) maggiorenni*; Cass., 14 agosto 2020, n. 17183, in *Fam. e dir.*, 11 2020, p. 1015 nota di F. DANOVI, *Obbligo di mantenimento del maggiorenne, autoresponsabilità e vicinanza della prova: si inverte l'*onus probandi*?* e in *Nuova giur. civ. comm,* 1 (2021), p. 13, nt. F. NOVELLO, *Il revirement della cassazione in tema di mantenimento del figlio maggiorenne*. Ancora da ultimo la Cass., 8 novembre 2021, n. 32406, in *https://www.leggiditalia.it/*, ha affermato che «il figlio, oramai trentaduenne, aveva abbandonato gli studi all'età di sedici anni, aveva frequentato corsi di formazione professionale negli anni 2011 e 2012, aveva avuto esperienze lavorative, seppur saltuarie, e non risultavano presenti circostanze oggettive o soggettive tali da giustificare la sua impossibilità di inserirsi nel mondo del lavoro. La Corte di merito ha, dunque, dato concreta applicazione al principio della autoresponsabilità, che impone al figlio di non abusare del diritto ad essere mantenuto dal genitore oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura, perché "l'obbligo dei genitori si giustifica nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso di formazione" e, nella valutazione degli indici di rilevanza, come enucleati dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass. n. 12952/2016 e Cass. n. 18076/2014 citate), ha correttamente ritenuto di

muovendo dalla disamina dell'art. 337-*septies* CC, assunto a norma centrale nel regolamento dei rapporti economici tra genitori e figli maggiorenni - abbia valorizzato il principio di autoresponsabilità[118] ponendo l'onere della prova delle circostanze che legittimano il diritto al mantenimento non già sul soggetto passivo del rapporto, *id est* sui genitori, bensì sul figlio, il quale sarà tenuto a dimostrare, non solo il difetto di indipendenza economica, ma altresì di avere curato, con ogni possibile impegno, la propria preparazione professionale o tecnica e di avere, con pari impegno, operato nella ricerca di un lavoro.

Tale principio esige l'assunzione della responsabilità in capo al figlio e include l'obbligo di attivazione con ogni mezzo per la ricerca di una indipendenza economica, allo scopo di prendersi cura sia di sé stessi, ma in forza di essa, eventualmente, anche del genitore convivente: «i doveri di solidarietà nei confronti del genitore convivente, il quale in ipotesi necessiti di particolari attenzioni o cure, lascia permanere i doveri del figlio verso sé stesso, con l'esigenza di attivarsi per conseguire la propria indipendenza economica; che, peraltro, la stessa necessità di occuparsi anche di altri soggetti costituisce un valido incentivo a proficuamente ricercare»[119].

La protratta permanenza dei figli nella famiglia di origine anche in assenza di problemi economici e occupazionali - benché non sono comunque estranei fattori quali la difficoltà di accesso al mercato delle abitazioni, le criticità nell'ingresso nel mondo del lavoro e la condizione di precarietà del lavoro stesso - spinge i giovani a ritardare ulteriormente, rispetto alle generazioni precedenti, le tappe del percorso verso la vita adulta, con la conseguente sempre maggiore diffusione del fenomeno del "giovane-adulto nella famiglia prolungata"[120].

---

dover ponderare la sussistenza dei requisiti per il mantenimento con rigore crescente con il crescere dell'età del figlio».

[118] Per un approfondimento su tale principio vedansi le riflessioni di S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 452 e V. CAREDDA, *Il ruolo dell'autoresponsabilità nell'ordinamento giuridico*, in *Obbl. e contr.*, 12 (2006), p. 968; ID., *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, *passim*. Sulla sua applicazione in ambito familiare si rinvia, tra i tanti, a A. CORDIANO, *Sul principio di autoresponsabilità (e su alcune riflessioni in tema di alimenti)*, in *Annali SISDiC*, 4/2019, p. 209; ID., *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Torino, 2018, *passim*.

[119] In questi termini Cass., 20 settembre 2023, n. 26875, in *Fam. e dir.*, 12 (2023), p. 1152.

[120] Valga segnalare che, già nella fine degli anni Ottanta, il sociologo Paolo Donati scriveva «come status-ruolo e come identità sociale, in Italia, il giovane adulto della famiglia prolungata è colui che ritarda il matrimonio e rimane in famiglia principalmente per avere un tempo dilazionato di scelte di vita possibili, in vista della massimizzazione delle opportunità di ingresso, in particolare professionale nel mondo adulto» (così P.

Il principio di autoresponsabilità, considerato vero e proprio cardine del sistema giusprivatistico[121], è tutt'altro che slegato dal principio costituzionale di solidarietà, anzi lo pervade atteso che «l'evoluzione dei tempi induce ad accentuare i legami tra la pretesa dei diritti e l'adempimento dei doveri, indissolubilmente legati già nell'art. 2 Cost.»[122]. Basti considerare come il principio solidaristico contempli il dovere di adottare «condotte idonee a limitare entro limiti di ragionevolezza gli aggravi per gli altri in nome della reciprocità degli obblighi derivanti dalla convivenza civile»[123].

7. La riduzione della quota di legittima come mezzo per realizzare un'effettiva solidarietà endofamiliare

DONATI, *La "famiglia prolungata" del giovane-adulto come prodotto della società complessa: verso nuove selezioni*, in E. SCABINI – P. DONATI (a cura di), *La famiglia "lunga" del giovane adulto*, in *Studi interdisciplinari sulla famiglia*, 7, Milano, 1988, p. 9).

[121] Come richiamato nella citata ordinanza di cui alla Cass. n. 17183/2020 «Detto principio si rinviene, infatti, in una pluralità di decisioni: sia quanto ai rapporti personali, con riguardo ad esempio all'assegno di divorzio (Cass., 9 agosto 2019, n. 21228; Cass., 29 agosto 2017, n. 20525; Cass., 30 agosto 2019, n. 21926) o del separato con nuova convivenza, che tale scelta consapevole abbia compiuto (Cass., 19 dicembre 2018, n. 32871; Cass., 27 giugno 2018, n. 16982). Del pari, nei rapporti patrimoniali, dove si richiama l'autoresponsabilità dell'operatore qualificato, allorché sottoscriva la relativa dichiarazione nel contratto d'investimento finanziario (Cass., 24 aprile 2018, n. 10115, non mass.; Cass. 20 marzo 2018, n. 6962, non mass.); dell'acquirente nel contratto di compravendita, dove viene esclusa la garanzia nel caso di facile riconoscibilità dei vizi della cosa venduta, ai sensi dell'art. 1491 CC (Cass. 6 febbraio 2020, n. 2756); quanto agli effetti della trascrizione, agganciati all'autoresponsabilità del trascrivente, con riguardo all'inesatta indicazione, nella nota, delle generalità della persona contro cui si intenda trascrivere (Cass., 19 marzo 2019, n. 7680). Il concetto è poi criterio cui ampiamente si fa ricorso, alla stregua della regola generale *ex* art. 1227 CC, nelle decisioni sui danni, fra gli altri, da fumo attivo (Cass., 10 maggio 2018, n. 11272; Cass., 30 luglio 2013, n. 18267; Cass., 4 luglio 2007, n. 15131); [...] per il concorso del danneggiato pur minorenne (Cass., 1° febbraio 2018, n. 2482) e per i danni cagionati dai cd. grandi minori, ai sensi dell'art. 2048 c.c. (Cass., 31 gennaio 2018, n. 2334); per la responsabilità da cose in custodia *ex* art. 2051 c.c. si richiede, da parte del danneggiato, l'adozione delle cautele normalmente attese (fra le tante, Cass. 1° febbraio 2018, n. 2480).

[122] In questi termini, Cass., 14 agosto 2020, n. 17183, cit.

[123] Così si è espressa la Suprema Corte in molteplici pronunce in materia di danno cagionato da cosa in custodia: Cass., 9 luglio 2019, n. 18415, in *https://www.leggiditalia.it/*; Cass., 21 maggio 2019, n. 13583, ivi; Cass., 1° febbraio 2018, n. 2480, in *Foro it.*, 6 (2018), p. 1243, nt. di con nota di P. LAGHEZZA, *Un manuale giudiziale sulla responsabilità da cose in custodia*.

Alla luce di quanto esposto, l'attuazione del principio di solidarietà reciproca nell'ambito della famiglia[124] (del resto, come osservava già Portalis: «*Si l'on craint qu'il y ait des pères injustes, pourquoi ne craindrait-on pas qu'il y eût des fils dénaturés?*»[125]) non osterebbe al riconoscimento di un perimetro più ampio all'autonomia del *de cuius* a scapito delle quote riservate ai figli[126]. Invero, una maggiore libertà di disporre potrebbe, anzi, rivelarsi funzionale a responsabilizzare i congiunti, le cui condotte assunte nei confronti del testatore o di terzi potrebbero essere apprezzate in sede testamentaria, senza il rigido vincolo costituito dalle attuali ampie quote di legittima[127].

Del resto, una timida attenzione a singole e peculiari vicende sostanziali dei legittimari ovvero a comportamenti che si concretizzano in gravi violazioni dei doveri di solidarietà familiare emerge dalle novelle di cui all'art. 463, comma 3-*bis*, CC (indegnità a succedere del genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale)[128], all'art. 463-*bis* CC (sospensione della successione, per il coniuge o la parte dell'unione civile indagati per l'omicidio tentato o volontario dell'altro coniuge o dell'altra parte dell'unione civile)[129] e soprattutto all'art. 448-*bis* CC, il quale positivizza la figura della clausola di diseredazione introducendo la facoltà di diseredare il genitore nei confronti del quale sia stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale, subordinando però la possibilità di escluderlo

[124] In proposito V. BARBA, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, cit., p. 337 osserva che l'art. 29 Cost. «tutela l'intangibilità della sfera degli affetti e la reciproca solidarietà nell'ambito della peculiare formazione sociale, senza estendersi alla tutela della quota di riserva (che non ha copertura costituzionale, neppure, nell'art. 42 Cost.)».

[125] In questi termini Così, J.É.M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Parigi, 1844, p. 60, («se si teme che esistano dei padri ingiusti, perché non temere che ci possano essere dei figli snaturati?», nella trad. it. a cura di R. CALVO, Napoli, 2013, p. 76).

[126] In proposito V. BARBA, *Recensione a Vincenzo Verdicchio, La circolazione dei beni di provenienza donativa*, cit., p. 717 osserva lucidamente che «il solidarismo non può invocarsi, soltanto, quale strumento a fondamento delle proprie pretese, bensì dovrebbe evocarsi a fondamento di una personale responsabilità verso gli altri. Il solidarismo non significa pretesa verso qualcuno, sol perché si è figli o coniuge, ma responsabilità verso il genitore, i coniugi, i figli, gli altri».

[127] Sul punto vedansi le lucide considerazioni di S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., p. 817 e con riferimento all'opportunità di riconoscere la validità della diseredazione del legittimario V. BARBA, *Trasformazioni della famiglia e successioni* mortis causa, cit., p. 519 e ID., *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 3 (2018), p. 99.

[128] Sul tema vedasi I. RAPISARDA, *Appunti sull'indegnità a succedere (in attesa dell'auspicata riforma del diritto delle successioni)*, in *Riv. dir. civ.*, 5 (2018), p. 1372.

[129] In argomento, vedasi F. OLIVIERO, *"Sospensione dalla successione" e indegnità: a proposito dell'art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4*, in *Nuove Leggi Civili Comm.*, 2 (2019), p. 310.

dalla propria successione alla ricorrenza di "fatti che non integrano ipotesi di indegnità"[130].

Tuttavia, concentrando l'attenzione su quest'ultima nuova norma, si osserva che, oltre a ravvisarsi il capovolgimento di rapporto tra regime successorio e diritti dei discendenti, in quanto le esigenze di tutela dei figli incidono sull'assetto della propria eredità, è altresì singolare l'asimmetria che ne risulta. Infatti, si tratta di una disposizione espressione del c.d. "diritto paidocentrico"[131], icastica formula che indica la centralità dell'interesse del minore, atteso che la facoltà di escludere il legittimario dalla successione non è biunivoca ma riconosciuta solo in capo al figlio nei confronti del genitore[132]. Tuttavia, sarebbe auspicabile valorizzare, al pari degli obblighi genitoriali, altresì i doveri inerenti allo *status* di discendente

[130] In proposito, vedansi, *ex multis*, G. DI LORENZO, *Considerazioni in tema di diseredazione*, in *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali*, II, cit., pp. 643; A. OWUSU, *La particolare ipotesi di diseredazione di cui all'art. 448* bis *c.c.*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, I, cit., p. 109; R. CATALANO, *La diseredazione: profili storici e questioni attuali*, in *Riv. not.*, 4 (2017), p. 741; P. LAGHI, *Note critiche sull'art. 448 bis cod. civ.*, in *Dir. succ. fam.*, 1 (2016), p. 73; A. MENDOLA, *Il superamento dell'incompatibilità tra successione necessaria e diseredazione alla luce dell'art. 448-bis cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11 (2016), p. 1533; M. TATARANO, *L'art. 448 bis tra norma e sistema*, in F. VOLPE (a cura di), *Testamento: fisiologie e patologie*, ne *I Quaderni di diritto delle successioni e della famiglia*, Napoli, 2015, p. 165; V. BONGIOVANNI, *Diseredazione e violazione dei doveri familiari*, in *Jus Civile*, 2 (2015), p. 57; F. PIRONE, *La violazione dei doveri familiari come legittima causa di diseredazione dell'ascendente legittimario*, in *Not.*, 2 (2015), p. 516; F. GIGLIOTTI, *Esclusione dalla successione nell'art. 448 bis cod. civ. Luci (poche) ed ombre (molte) di una disposizione scarsamente meditata*, in *Rass. dir. civ.*, 4 (2014), p. 1110; V. VERDICCHIO, *La diseredazione per "giusta causa" (chiose a margine dell'art. 448 bis cod. civ.)*, in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, 2014, p. 204; F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448* bis *c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1 (2014), p. 35; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 3 (2013), p. 242.

[131] Coniata da J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. I, Parigi, 1980, p. 370. In proposito vedansi altresì R. SENIGAGLIA, *I princípi e le categorie del diritto civile minorile*, in A. CORDIANO – ID. (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli, 2024, p. 25; M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale* fil rouge *dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 7 (2021), p. 763; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2013, p. 533; ID., *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, in A. PALAZZO, A. PIERETTI (a cura di), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia, 2011, p. 71.

[132] In argomento, vedasi G. PERLINGIERI, *La successione del minore*, in A. CORDIANO - R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli, 2024, p. 435.

in linea retta del futuro *de cuius*[133], rovesciando la tradizionale visione unidirezionale del rapporto genitore-figlio[134].

De iure condito, l'anziano genitore privo di assistenza può solo promuovere la domanda di alimenti, con l'onere di provare l'impossibilità da parte dell'alimentando di provvedere in tutto o in parte al proprio sostentamento mediante l'esplicazione di attività lavorativa nonché lo "stato di bisogno" che configura, tuttavia, anche il limite massimo per il *quantum* oggetto di obbligo[135].

Un ampliamento della latitudine dell'autonomia di disporre del proprio patrimonio *post mortem* oltre a poter permettere - al pari di quanto previsto dall'art. 448-*bis* CC solo a favore del figlio nei confronti del genitore - un effetto "sanzionatorio" di condotte riprovevoli dei congiunti, quantunque non tali da assumere rilevanza come causa di indegnità, consentirebbe altresì di ridurre il rischio di insorgenza di liti tra i discendenti aventi ad oggetto l'azione di riduzione (dirette contro disposizioni *mortis causa* o donazioni remuneratorie[136] a vantaggio del figlio che si è preso cura dell'ereditando). Invero, in tal caso sarebbe più

[133] Sul punto vedansi le considerazioni di M. TATARANO, *L'art. 448 bis tra norma e sistema*, cit., p. 196; S. MEUCCI, *Successione legittima e necessaria alla luce della riforma della filiazione*, in *Pers. e merc.*, 2 (2014), p. 160; R. SENIGAGLIA, Status filiationis *e dimensione relazionale nei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, p. 233.

[134] In proposito, vedansi le approfondite riflessioni di M.N. BUGETTI, *Cura della persona anziana e relazione familiare: una indicazione al legislatore dal codice delle famiglie della Repubblica di Cuba?*, cit., p. 683.

[135] In tal senso, Cass., 16 novembre 2022, n. 33789; Cass., sez. un., 8 novembre 2022, n. 32914; Cass., 2 maggio 2018, n. 10419; Cass., 12 aprile 2017, n. 9415, tutte in *https://dejure.it/#/home*.

[136] La donazione rimuneratoria è, infatti, soggetta alla stessa disciplina prevista per la donazione pura e semplice e, dunque, agli stessi oneri di forma (da ultimo Cass., 4 ottobre 2023, n. 27998, in *https://dejure.it/#/home* - ultimo accesso 7 maggio 2024) e all'azione di riduzione in caso di lesione di legittima (da ultimo Cass., 24 dicembre 2021, n. 41480, in *https://dejure.it/#/home* - ultimo accesso 7 maggio 2024). Tuttavia, in considerazione del ruolo particolare che il motivo riveste in questa fattispecie sono state previste delle regole speciali. In primo luogo, il donatario non è tenuto a prestare gli alimenti al donante (art. 437 CC), il quale è tenuto alla garanzia per evizione solo fino alla concorrenza delle prestazioni ricevute (art. 797 n. 3 CC); inoltre, è inapplicabile la revocazione per ingratitudine e per sopravvenienza dei figli (art. 805 CC). Infine, valga segnalare che secondo l'art. 163 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d'uso e gli atti dovuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità. Si discute se la donazione rimuneratoria sia ricompresa nella norma in esame. Nondimeno, la giurisprudenza formatasi sotto il vigore della legge fallimentare è unanime nel ritenere che la donazione rimuneratoria debba essere sottoposta a revocatoria fallimentare (Cass., 17 maggio 2010, n. 12045 e Cass., 29 maggio 1999, n. 5268 entrambe in *https://dejure.it/#/home* - ultimo accesso 7 maggio 2024).

agevole forgiare un programma successorio tendenzialmente stabile in quanto auspicabilmente condiviso con i legittimari, anche in considerazione delle possibilità di ciascuno di essi - in ragione banalmente della dislocazione geografica di ciascuno dei figli, più o meno prossima al genitore - di assistere l'ereditando assumendo la funzione di *caregiver*, con conseguenti positivi riflessi sulla collettività.
Valga segnalare che, sebbene con una impostazione diametralmente opposta a quella del riconoscimento di maggiore autonomia all'ereditando, l'art. 511 del *Codigo civil cubano*, recentemente riformato ad opera della legge n. 87/2022[137], abbia assegnato rilievo in sede successoria alla figura del *caregiver*[138], prevedendo che «se uno degli eredi ha svolto il ruolo di assistente familiare del defunto e si è assunto tutte le spese necessarie, la sua quota ereditaria è doppia rispetto a quella degli altri eredi. Se la persona che ha assunto la cura della famiglia appartiene a una chiamata successiva, ha il diritto di entrare nella successione con gli eredi più vicini e di ricevere anche il doppio della quota degli altri eredi concorrenti». Tuttavia, vista la genericità della definizione nonché l'assenza di un criterio di durata dell'assistenza, tale norma potrebbe dare adito a contenziosi: si pensi, ad esempio, all'ipotesi tutt'altro che peregrina in cui siano più persone a prendersi cura dell'anziano, ripartendosi tempi e compiti.
L'auspicata diminuzione delle quote di legittima consentirebbe, invece, di lasciare all'ereditando la facoltà di attuare una effettiva solidarietà economica endofamiliare e di realizzare un'uguaglianza sostanziale tra i figli, riequilibrando situazioni di gravi disparità tra loro. Un più esteso perimetro della quota disponibile permetterebbe al futuro *de cuius* di tenere in considerazione, ad esempio, gli oneri economici particolarmente gravosi sopportati per il complessivo mantenimento all'università di uno solo dei figli o il mantenimento assicurato ad un solo figlio benché questi fosse da tempo economicamente autosufficiente ovvero ancora il maggiore stato di bisogno economico di uno solo dei suoi congiunti. In questo modo, fuggendo valutazioni astratte, si consentirebbe all'ereditando di meglio soddisfare interessi quali la tutela dei soggetti che egli stesso reputa come

[137] In generale, su tale riforma vedasi L.B. PÉREZ GALLARDO – A.M. ÁLVAREZ TABÍO ALBO, *Motivi e caratteri del nuovo* Código de las familias *di Cuba*, (trad. di N. CEVOLANI) in *Fam. e dir.*, 12 (2023), p. 1160.
[138] In argomento vedansi ancora le acute osservazioni di M.N. BUGETTI, *Cura della persona anziana e relazione familiare: una indicazione al legislatore dal codice delle famiglie della Repubblica di Cuba?*, cit., p. 680.

più deboli o bisognosi all'interno della cerchia dei propri affetti, superando le rigidità imposte dall'attuale sistema di successione necessaria[139].
La successione testamentaria dovrebbe, nondimeno, incontrare comunque un limite anche in considerazione della possibilità che, invece, i figli del defunto siano giovani non ancora autosufficienti o vi siano delle peculiari ragioni di debolezza psico-fisica (si pensi alla presenza di handicap) o economica che giustificano, per contro, un solidarismo endofamiliare in direzione discendente[140]. In proposito, la menzionata proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite avanzata dalla S.I.S.Di.C.[141] suggerisce di riservare gli stessi diritti di cui all'art. 540 CC ai figli conviventi portatori di handicap grave e non autosufficienti in via definitiva, gravando sulle loro quote di legittima e in caso di incapienza sulla disponibile.

8. Dilatazione della quota disponibile e gratitudine

Una rimeditazione sul piano quantitativo delle quote dei legittimari incentiverebbe, altresì, quali esternalità positive, una maggiore mobilità dei patrimoni *mortis causa* e una competitività sociale intergenerazionale, scongiurando gli automatismi frutto dello spirito paternalistico sotteso all'attuale successione necessaria che limitano il grado di premialità e di intraprendenza del legittimario nonché la gratitudine[142] dell'ereditando nei

[139] Opportunamente in proposito M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui*. Undisclosed agency *e* trust *nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, p. 331 osserva che «in effetti uno dei tratti più sconcertanti dei sistemi successori che fanno spazio alla legittima è il loro operare alla cieca, con esiti talvolta paradossali. Come si potrebbe qualificare altrimenti la riserva di una porzione delle sostanze appartenenti al *de cuius* a persone già ampiamente munite di mezzi per far fronte alle incertezze della vita, riserva che per avventura venga imposta contro la volontà del defunto, il quale avrebbe voluto beneficiare altre persone, effettivamente bisognose, o comunque più meritevoli».
[140] In proposito, S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., p. 821, propone un sistema misto, riconoscendo al coniuge e ai figli non ancora indipendenti o comunque privi di autonomia il diritto alla legittima intesa come *portio bonorum* e ai figli indipendenti e agli ascendenti la liquidazione in denaro della quota loro assegnata.
[141] Vedasi AA. VV., *Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile (S.I.S.Di.C.). Commissione di studio «Diritto di famiglia»*, *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, cit., p. 117, illustrata da G. PERLINGIERI, *Presentazione della proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite. Spunti per una riflessione*, cit., p. 1171.
[142] Sulla rilevanza della gratitudine in ambito giuridico vedansi le lucide riflessioni di C. COPPOLA, *L'ingratitudine nel diritto privato*, Padova, 2012; ID., *La gratitudine come valore giuridico*, in *Fam. pers. succ.*, 8 (2012), p. 174, la quale osserva che: «nella gratitudine, non v'è spontaneità, giacché essa, per sua stessa natura, nasce, all'interno di

confronti di coloro i quali si sono presi cura di lui, anche al di là dello stretto rapporto di sangue[143].

Valga rimarcare che, come affermato al "Primo Congresso internazionale di pastorale degli anziani"[144] da una tra le più autorevoli studiose sotto il profilo sociologico della morfogenesi delle famiglie e della solidarietà tra le generazioni: «proprio perché l'ultima fase della vita si prospetta come un periodo lungo e complesso, non uniforme, nel quale tendono ad ampliarsi sia il tempo del benessere e della "buona salute", sia il tempo del decadimento psico-fisico, può essere considerato anche un tempo della memoria e della gratitudine tra le generazioni»[145]; precisando che «i sentimenti di gratitudine sono in grado di mediare la relazione tra aiuto ricevuto e aiuto dato sia in ambito familiare che nei contesti amicali e di vicinato», di talché «si può affermare che l'aiuto ricevuto dai familiari e da altre persone appartenenti alla propria rete informale rende le persone grate di questi doni, e tale esperienza contribuisce in modo diretto ed unico a favorire azioni di sostegno e di aiuto nei confronti di queste persone»[146].

---

un rapporto di causa-effetto, da un accadimento pregresso, avvertito e giudicato come a sé favorevole; che, sempre per sua stessa natura, la gratitudine non rimane un moto occasionale dell'animo umano, circoscritto nel tempo e nello spazio, ma, ove sincera, è incline a perpetuarsi nella memoria del beneficato; che, infine, essa tende spesso a stimolare, in chi la sperimenta, uno slancio a contraccambiare». Più in generale sul concetto di gratitudine vedansi A. POLISENO, *La gratitudine: tra obbligazione morale e debito legale*, Roma, 2005 e F. MIGNINI, Gratitudo, *tra* Charis *e* Amicitia. *Momenti di storia di un'idea*, in G. GALLI (a cura di), *Interpretazione e gratitudine*, *XIII Colloquio sulla interpretazione*, Macerata 30-31.3.1992, Macerata, 1994, p. 21.

[143] Si tratta di una dinamica mirabilmente espressa da Giovanni Verga in Mastro Don Gesualdo nel rapporto tra il protagonista e la sua serva Diodata: «Voleva far testamento, per dimostrare a sé stesso ch'era tuttora il padrone. Il duca finalmente, per chetarlo, gli disse che non occorreva, poiché non c'erano altri eredi.... Isabella era figlia unica.... - Ah?... - rispose lui. - Non occorre.... è figlia unica?... E tornò a ricoricarsi, lugubre. Avrebbe voluto rispondergli che ce n'erano ancora, degli eredi nati prima di lei, sangue suo stesso. Gli nascevano dei rimorsi, colla bile. Faceva dei brutti sogni, delle brutte facce pallide e irose gli apparivano la notte; delle voci, degli scossoni lo facevano svegliare di soprassalto, in un mare di sudore, col cuore che martellava forte. Tanti pensieri gli venivano adesso, tanti ricordi, tante persone gli sfilavano dinanzi: Bianca, Diodata, degli altri ancora: quelli non l'avrebbero lasciato morire senza aiuto!» (G. VERGA, *Mastro-don Gesualdo*, Milano, 1890, p. 516).

[144] Promosso dal Dicastero per i laici, la famiglia e la vita e tenutosi a Roma dal 29 al 31 gennaio 2020.

[145] Vedasi, D. BRAMANTI, *La famiglia e gli anziani*. Intervento al I Congresso internazionale di pastorale degli anziani "*La ricchezza degli anni*", Roma, 29 – 31 gennaio 2020, disponibile in *Laityfamilylife.va/content/laityfamilylife/it/eventi/2020/la-ricchezza-degli-anni/la-famiglia-e-gli-anziani.html* (ultimo accesso 7 maggio 2024).

[146] *Ibidem*.

Un più vasto perimetro della porzione disponibile consentirebbe all'ereditando, oltre a quanto esposto *supra* con riferimento alle convivenze *more uxorio*, di beneficiare con un'adeguata attribuzione successoria un soggetto con cui intrattiene un rapporto di coabitazione non para-coniugale. Si tratta di relazioni di mutua e reciproca assistenza e solidarietà tra collaterali o tra amici, cui il testatore riconoscente potrebbe voler attribuire una quota del proprio patrimonio, ben superiore a quella riservata per legge al figlio noncurante o al coniuge in ipotesi separato[147]. Giova, infatti, rammentare che il formante giurisprudenziale considera sottratte alla riunione fittizia, all'imputazione e all'azione di riduzione le attribuzioni tra conviventi reputandoli adempimento di un'obbligazione naturale, unicamente a condizione che siano proporzionali e adeguati[148].

[147] In merito si rinvia alle acute osservazioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, cit., p. 318, il quale evidenzia come «Comunità familiare non è soltanto quella legittima, quella nucleare, quella naturale ma qualunque gruppo fondato sul consenso che costituisca un *continuum* ideale di vita, di valori, di affetti e di convivenza, all'interno del quale il singolo componente è libero di sviluppare in modo pieno la propria personalità, di formarsi e di affermarsi».

[148] La Corte di Cassazione ha riconosciuto che le prestazioni patrimoniali di uno dei conviventi "*more uxorio*" possono inquadrarsi nello schema dell'obbligazione naturale solo se hanno come effetto esclusivo l'arricchimento del partner e sussiste un rapporto di proporzionalità tra le somme sborsate e i doveri morali e sociali assunti reciprocamente dai conviventi, essendo esclusa la natura di obbligazione naturale qualora gli esborsi superino la soglia di proporzionalità ed adeguatezza rispetto ai mezzi di ciascuno dei partners e superino il normale contributo alle spese ordinarie della convivenza: in tal senso, vedansi Cass., 16 febbraio 2022, n. 5086, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II (2022), 854 ss., con nota di E. BILOTTI, *Costruzione su suolo del convivente e arricchimento senza causa*; Cass., 15 febbraio 2019, n. 4659, in *Giur. it.*, 2 (2020), p. 308, con nota di S. THOBANI, *Le attribuzioni patrimoniali tra conviventi: causa di convivenza e spirito di liberalità*; Cass., 25 gennaio 2016, n. 1266, in *CED Cassazione*, 2016; Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Vita Not.*, 4 (2014), p. 838. In dottrina L. BALESTRA, *Note in tema di proporzionalità nell'adempimento delle obbligazioni naturali e sulla nozione di terzo ex art. 936 c.c. (in margine ad un caso di prestazioni rese nell'ambito della convivenza* more uxorio), in *Familia*, 4/5(2004), p. 786, osserva che «la proporzionalità – o, meglio, l'adeguatezza – diviene un presupposto, benché implicito, dell'obbligazione naturale, non essendovi alcun dubbio sul fatto che il contenuto del dovere morale valga altresì a determinare la misura della prestazione volta ad adempierlo». Secondo tale autore sarebbe «preferibile sostenere l'assoggettamento, per la parte proporzionale, alla disciplina dell'obbligazione naturale e, per quella eccedente, alla disciplina della liberalità», mentre L. GATT, *Le liberalità*, I, Torino, 2002, p. 384, sostiene la prevalenza della causa liberale in caso di attribuzione patrimoniale sproporzionata tra conviventi. La regola scolpita dal formante giurisprudenziale che subordina l'efficacia dell'attribuzione patrimoniale alla sussistenza dei requisiti della sua adeguatezza alle circostanze e della proporzionalità al patrimonio e alle condizioni sociali del *solvens* è criticata da M.C. VENUTI, *I rapporti patrimoniali tra i conviventi*, in F. ROMEO (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Milano, 2014, p. 324, per la quale «quest'approccio esegetico si risolv[e] in una controspinta alla faticosamente

Assume rilievo, in argomento, la promozione, da parte della recente legge n. 33/2023 di delega al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane, «di nuove forme di domiciliarità e di coabitazione solidale domiciliare per le persone anziane (*senior cohousing*) e di coabitazione intergenerazionale, in particolare con i giovani in condizioni svantaggiate (*cohousing* intergenerazionale), da realizzare, secondo criteri di mobilità e accessibilità sostenibili, nell'ambito di case, case-famiglia, gruppi famiglia, gruppi appartamento e condomini solidali, aperti ai familiari, ai volontari e ai prestatori esterni di servizi sanitari, sociali e sociosanitari integrativi»[149].

È vero che un soggetto vulnerabile (anche non in età avanzata) potrebbe disperdere il proprio patrimonio ed escludere dalla propria successione i figli a vantaggio delle persone che lo accudiscono e che, per tale ragione, hanno maggiore facilità di persuadere e influenzare l'ereditando, ma ciò potrebbe ben accadere anche attraverso atti *inter vivos* idonei a sfuggire all'azione di riduzione, anche solo per la difficoltà di loro concreta individuazione. Si pensi, ad esempio, alla vasta area di atti idonei a realizzare liberalità non donative negoziali, ad esempio attraverso tecniche d'intestazione di beni sotto nome altrui[150], o ai meri atti materiali che di

raggiunta affermazione della rilevanza della coppia di fatto nel nostro sistema». In argomento, giova evidenziare la tesi promossa da V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, in *Rass. dir. civ.*, 1 (2015), p. 1, secondo la quale occorre sottrarre dalla categoria delle liberalità e dalle disposizioni testamentarie riducibili le attribuzioni a favore del convivente motivate, non già dalle esigenze della vita in comune o da una sorta di rifusione per aver eventualmente compiuto rinunce lavorative, bensì dalle necessità di vita cui il partner dovrà far fronte dopo la dipartita del convivente. Più in generale sulla distinzione tra obbligazioni naturali e donazioni rimuneratorie vedasi A. SEMPRINI, *Affari amicali o familiari: il* discrimen *tra la donazione rimuneratoria e l'obbligazione naturale*, in *Dir. degli affari*, 1 (2023), p. 1.

[149] Analoghi obiettivi sono evidenziati dalla Commissione UE nel Libro verde sull'invecchiamento demografico, significativamente intitolato "*Promuovere la solidarietà e la responsabilità fra le generazioni*", del 27 gennaio 2021, disponibile in *https://eur-lex.europa.eu/*, che si propone di «migliorare il benessere attraverso la solidarietà intergenerazionale», osservando che «Vi è una tendenza crescente, ma ancora ai primi passi, a organizzare formule di "alloggio multigenerazionale", talvolta sotto forma di cooperative edilizie, in grado di offrire compagnia ai residenti più anziani, trasferimento di competenze e conoscenze ai residenti più giovani e una preziosa interazione sociale a tutti».

[150] In proposito, vedansi la disamina di V. BARBA, *Tecniche negoziali di intestazione di beni sotto nome altrui e problemi successori*, in *Fam. pers. succ.*, 5 (2012), p. 344; U. CARNEVALI, voce *Intestazione di beni sotto nome altrui*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1996, p. 1; G. BASINI, *L'oggetto della liberalità ai fini della collazione, dell'imputazione* ex se *e della riunione fittizia, in ipotesi «intestazione di beni a nome altrui»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2 (1993), p. 292; N. DI MAURO, *L'individuazione oggetto della liberalità ai*

fatto sono rivolti a beneficiare un determinato soggetto mediante, ad esempio, l'edificazione sul suolo altrui o l'esecuzione di lavori di ristrutturazione con provvista fornita dal beneficiante e sua rinuncia all'indennità *ex* art. 936 CC.

In ogni caso, nell'instancabile ricerca di un punto di equilibrio tra tutela dell'autonomia testamentaria e applicazione delle regole sulla capacità a testare, deve salutarsi con favore la recente pronuncia della Corte di Cassazione[151] che ha esteso le maglie dell'annullamento del testamento per dolo, stabilendo che l'idoneità dei mezzi fraudolenti deve essere valutata «con criteri di larghezza nei casi in cui il testatore, affetto da malattie senili che causano debolezze decisionali ed affievolimenti della 'consapevolezza affettiva', sia più facilmente predisposto a subire l'influenza dei soggetti che lo accudiscono o con cui da ultimo trascorre la maggior parte delle sue giornate», con l'ulteriore precisazione di consentire al giudice di merito «di avvalersi delle risultanze derivanti da atti di un processo penale per circonvenzione di incapace ancora pendente».

L'esigenza di una revisione quantitativa delle quote di legittima si giustifica anche nella prospettiva dell'analisi economica del diritto in quanto, attesa l'attuale latitudine dei vincoli incombenti sull'asse ereditario, qualora l'ereditando ritenesse la propria autonomia testamentaria eccessivamente compressa, potrebbe ben preferire consumare i propri beni in vita, esaurendo la propria ricchezza, rispetto a sapere che quei cespiti dopo la propria morte sarebbero trasmessi a soggetti che egli non intende beneficiare: non avrebbe, infatti, incentivi a massimizzare il valore dei

fini della riunione fittizia, dell'imputazione ex se *della collazione in alcune fattispecie particolari*, in *Giust. civ.*, II (1993), p. 174.

[151] Cass., 17 ottobre 2022, n. 30424, in *Giur. it.*, 12 (2023), p. 2601, con nota di C. CICERO, *Il testamento della persona vulnerabile*. In merito, vedansi altresì le riflessioni di M. PROTO, *Àmbito semantico della parola "dolo" nell'impugnazione del testamento*, in *Riv. dir. civ.*, 6 (2023), p. 1103 e di M. CINQUE, *Testamento e affievolimenti della «consapevolezza affettiva»*, cit., p. 1239. Per tentare di reagire al problema del testatore fragile, parte della dottrina ha avanzato la proposta di precludere la scelta del testamento olografo alla persona in età avanzata o priva della pienezza delle facoltà intellettive: in proposito vedansi, tra gli altri, F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2022, pp. 170 e 219; S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., p. 1001; G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. succ.*, 7 (2007), p. 586; A. BUCELLI, *Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione*, cit., p. 719; G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni* mortis causa, in *Jus*, 3 (1997), p. 273. Tuttavia, com'è stato opportunamente osservato da S. PATTI, *Il testamento pubblico della persona anziana "vulnerabile"*, in *Scritti in onore di Herbert Kronke*, Gieseking Verlag, 2020, p. 1794, tale soluzione non sarebbe risolutiva in quanto il contenuto del testamento potrebbe essere stato frutto di condizionamento in un momento antecedente la redazione da parte del notaio.

propri beni bensì a ricercare strumenti giuridici diretti ad aggirare le norme a tutela della legittima[152].

Peraltro, se un soggetto è pienamente capace di agire, come non può essere limitato nel suo agire giuridico in vita, ben potendo disporre totalmente delle proprie sostanze, così dovrebbe vedersi assicurata la medesima autonomia anche per le disposizioni *post mortem*, e ciò anche quando la sua condotta possa essere ritenuta moralmente censurabile in quanto non rispondente al sentimento di riconoscenza, secondo il senso comune, nei confronti dei figli o del coniuge, ovvero qualora volesse danneggiare uno di loro come "sanzione" per condotte disapprovate.

Del resto, la riconoscenza, poggiando su di un fondamento interiore, è un concetto intrinsecamente relativo e, perciò, la volontà del futuro *de cuius* di favorire estranei rispetto ai congiunti potrebbe essere il risultato del suo convincimento dell'opportunità di sostenere coloro che, pur in assenza di legami di sangue o di coniugio, gli hanno dimostrato amicizia o affetto, rendendogli più gradevole la vita.

Allo stesso modo, non si può escludere che l'ereditando ritenga di essere grato verso un proprio congiunto ma in via, per così dire, "indiretta" in quanto intende beneficiare di una cospicua parte del proprio patrimonio un soggetto che non è un proprio legittimario ed è legato da vincoli affettivi al proprio congiunto. Si pensi - ipotesi tutt'altro che peregrina - al nonno che, riconoscente per l'assistenza ricevuta da uno solo dei suoi figli, voglia riservare gran parte delle proprie sostanze, al nipote, oppure all'ipotesi in cui il futuro *de cuius* intenda effettuare una liberalità o una disposizione testamentaria a beneficio di una fondazione o associazione che hanno finalità condivise dal congiunto nei confronti del quale intende essere riconoscente. A questi ultimi atti, peraltro, non potrebbe essere riconosciuta la qualifica di atti con funzione solutoria di un'obbligazione

[152] Si tratta dei c.d. *depletion costs* e dei *circumvention costs* con riferimento ai quali U. MATTEI, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, p. 163, osserva: «Il diritto dei paesi occidentali si è evoluto nel corso dei secoli verso una sempre maggiore libertà per i proprietari di stabilire chi erediti la proprietà dopo la morte e anche gli usi che di essa si possono fare [...] Ogni restrizione imposta alle scelte del proprietario crea un incentivo alla ricerca di strumenti atti ad eluderla. Si immagini, ad esempio, che un proprietario voglia lasciare in eredità la propria terra a un amico intimo, ma la legge stabilisca che sia la moglie ad ereditare il bene. Il proprietario potrebbe forse aggirare la disposizione trasferendo oggi il tiolo al suo amico e ricevendo come corrispettivo una rendita vitalizia di un euro all'anno. Aggirare una tale norma giuridica richiede spesso l'assistenza di un buon notaio. In genere, i proprietari ricorrono a costose risorse legali per eludere le restrizioni ai poteri di uso e disposizione della proprietà».

naturale[153] e, dunque, non sarebbero sottratti alla collazione e all'eventuale azione di riduzione qualora lesivi della quota di legittima.
Più in generale, anche in tale ambito emerge come l'attuale ampiezza delle quote di legittima a tutela dei legittimari, che vincolano in maniera gravosa la destinazione del futuro patrimonio ereditario, configuri una eccessiva limitazione alla capacità di autodeterminazione dell'ereditando, il quale non può prefigurare un assetto d'interessi rispondente alla proiezione della propria personalità oltre il momento della morte.

9. Riflessioni conclusive attraverso la lente del principio di autodeterminazione nell'individuazione dei legami familiari

Si è tentato di illustrare come sarebbe conforme ad un principio di solidarietà endofamiliare in uno con il principio personalista[154] l'ampliamento dell'autonomia testamentaria attraverso la riduzione quantitativa della quota di eredità oggi accordata ai legittimari, in modo da vivificare, piuttosto che mortificare l'esigenza dell'ereditando di distribuire

[153] In tal senso L. NIVARRA, voce «*Obbligazione naturale*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, XII (1995), p. 380. Ha ipotizzato, invece, tale qualificazione per le prestazioni etiche o superetiche motivate da interessi particolarmente meritevoli di tutela qualora esse corrispondano a una peculiare filosofia o ideologia del disponente parimenti meritevoli di tutela R. SENIGAGLIA, *Per un'«ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà "orizzontale" e contratto*, in *Jus civile*, 6 (2016), p. 507.
[154] In tema, vedansi su tutti P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 433, 438, 566 e 597, ripreso da V. BARBA, *Trasformazioni della famiglia e successioni* mortis causa, cit., p. 518. In proposito, ancora P. PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Padova, 2007, a p. 317, suggerisce una rilettura del diritto ereditario alla luce dei principi di maggior libertà testamentaria e maggior autonomia negoziale e a p. 321 osserva come l'art. 42, comma 4, Cost., «riservando alla legge il compito di stabilire "le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità", consente una modifica agevole del diritto delle successioni nelle indicate direzioni. Modifica che, tuttavia, non può compiersi eludendo la considerazione dei principi costituzionali (in specie quelli enunciati agli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost.), i quali impongono di adeguare ogni intento riformatore al rispetto delle esigenze di solidarietà familiare». In argomento, lo stesso V. BARBA, *Maso chiuso tra tradizione sudtirolese e princípi identificativi del sistema ordinamentale*, in *Fam. e dir.*, 2 (2018), p. 121, ha evidenziato che «l'interesse familiare non può più essere considerato l'esclusivo e unico orizzonte ermeneutico attraverso il quale i temi e i problemi del diritto ereditario debbano essere svolti e sciolti. Tutto ciò, ovviamente, non significa proporre una lettura abrogante della disciplina di tutela dei legittimari, sebbene essa meriterebbe un'importante revisione legislativa, almeno in termini di riduzione delle quote di riserva, di trasformazione della tutela dei legittimari da reale a meramente obbligatoria, di ammissibilità di una diseredazione del legittimario per violazione dei doveri di solidarietà nei confronti del *de cuius*».

le proprie sostanze in maniera aderente alle reali esigenze dei membri della famiglia nonché alle relazioni affettive a suo dire meritevoli di essere beneficiate. L'immobilismo di un sistema tradizionalmente ingessato riceverebbe, così, un opportuno impulso dinamico, consentendo all'autonomia privata di realizzare un assetto di interessi in cui le istanze patrimoniali si intrecciano con quelle riferibili alla dimensione strettamente esistenziale dell'individuo.

Tale riforma, devota alle ragioni dell'autonomia privata in ambito successorio, potrebbe rivelarsi la soluzione più semplice e indolore da un punto di vista sistematico[155], alternativa alla contrattualizzazione della vicenda successoria[156] e alla conversione della legittima in valore[157] (che oltre a scontare tutte le note difficoltà che di norma incontra la tutela del creditore dagli atti in frode, implicherebbe la modifica di varie norme e il mutamento di natura dell'azione di riduzione[158]), mantenendosi l'attuale

[155] Suggeriscono una modernizzazione del diritto successorio tramite una riduzione delle quote di legittima, la trasformazione della tutela dei legittimari da reale ad obbligatoria, la diseredazione per violazione dei doveri di solidarietà nei confronti del *de cuius*, rimessa a una valutazione *in casibus*, dell'azienda, tra gli altri, V. BARBA, *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2 (2017), p. 192; M. PALAZZO, *L'autonomia in materia patrimoniale nella vicenda successoria*, cit., p. 524; F. PADOVINI, *Le successioni in generale*, in L. VACCA (a cura di), *Il Codice Civile ha 70 anni ma non li dimostra*, Napoli 2016, p. 69. Quest'ultimo propone altresì l'espunzione dal novero dei legittimari degli ascendenti e del coniuge separato, l'allargamento dell'oggetto del patto di famiglia ai beni immobili e la espressa previsione del patto di famiglia c.d. verticale in cui è il disponente, anziché l'imprenditore designato dal patto, a tacitare i legittimari non assegnatari.

[156] Vedansi in proposito, senza pretese di esaustività, G. AMADIO, voce *Contrattualità successoria*, cit., p. 486; ID., *Anticipata successione e tutela dei legittimari*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 653; A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, cit., p. 114; A.A. CARRABBA, *Il divieto dei patti successori tra antico "formante" e lettura evolutiva*, in *Fam. Dir.*, 8-9 (2017), p. 773; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015; D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012; A. ZOPPINI, *L'emersione della categoria della successione anticipata*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, 2006, p. 270; V. PUTORTÌ, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001; E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 3 (2001), I, p. 625.

[157] Per un'ampia e approfondita analisi sul tema si vedano gli studi di A. SEMPRINI, *Legittima per equivalente: sistema ed evoluzione*, cit., p. 1444; ID., *La legittima per* equivalente, cit.; ID., *La legittima per equivalente*, cit., p. 45; ID., *La progressiva erosione della legittima in natura*, cit., p. 1054.

[158] La trasformazione della "legittima in natura" in "legittima in valore" implicherebbe che l'azione di riduzione sarebbe diretta ad accertare l'entità della lesione e l'esistenza del credito, nonché a costituire un titolo utile a promuovere l'esecuzione forzata. Sul punto, vedansi le considerazioni di V. CUFFARO, *Quota di riserva e patti successori*, in L.

assetto che vede la compresenza di oneri gravanti sull'asse ereditario a beneficio dei legittimari e la libera disponibilità dell'eccedenza.
L'esigenza di tutelare i vincoli di sangue va, pertanto, adeguatamente bilanciata con il principio di autodeterminazione nell'individuazione dei legami familiari, quale espressione del più generale principio personalista[159], valorizzato dalla recente giurisprudenza costituzionale riportata *supra*. Al cospetto di simili fermenti, l'arroccamento sull'attuale estensione quantitativa della quota di legittima non appare più attuale. Invero, se oggi l'intensità del vincolo familiare prescinde dal vincolo di sangue - tant'è che le sentenze della Consulta hanno tradotto tale mutamento in soluzioni giuridiche - specularmente tali manifestazioni devono trovare riconoscimento anche nelle scelte su come disporre delle proprie sostanze per il periodo successivo alla propria morte, in modo da sancire, attraverso la disposizione *post mortem*, il vincolo affettivo presente in vita.
Alla menzionata novella potrebbe inoltre aggiungersi una revisione della regolamentazione della collazione incidendo così sulla base di computo della quota riservata, secondo quanto previsto dal Abs. III del §§ 2325 del BGB[160], ovvero nel senso di conteggiare per intero le donazioni compiute entro l'anno anteriore all'apertura della successione e computare quelle precedenti diminuite di un decimo del loro valore per ogni anno ulteriore, sempre andando a ritroso nel tempo (c.d. *Pro-Rata-Lösung*), in modo da estrometterle del tutto dal calcolo decorsi dieci anni[161], con positivi riverberi sulla circolazione degli immobili di provenienza donativa e la stabilizzazione dell'acquisto del diritto del terzo[162].

BALESTRA - V. CUFFARO - C. SCOGNAMIGLIO - G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, cit., p. 590.
[159] Inevitabile il rinvio a V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio personalista in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, I (2010), p. 163 e in ID., *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca delle "regola giuridica" nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, p. 414.
[160] Tale norma recita: «la donazione viene presa in considerazione in modo esaustivo entro il primo anno precedente all'apertura della successione, diminuita rispettivamente di un decimo entro ciascun altro anno precedente. Se sono decorsi dieci anni dalla prestazione del bene donato, la donazione non è considerata» (trad. it. di L. GATT, in S. Patti (a cura di), *Codice civile tedesco*, Milano, 2013, p. 1435).
[161] Suggeriscono questa soluzione A. FUSARO, *I diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in G. LAURINI – G. FERRANDO (a cura di), *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie* (Atti del convegno tenutosi a Genova il 4 maggio 2012), Milanofiori Assago, 2013, p. 151 e F. PADOVINI, *I diritti successori dei figli: problemi aperti*, ivi, p. 134. parentela tra il soggetto adottato e i parenti dell'adottante.
[162] In proposito, valga segnalare il recente tentativo di riforma ad opera del disegno di legge per la legge di Bilancio 2024 (d.d.l. n. 926 Atti Senato XIX Legislatura), il cui art.

Una valutazione ponderata degli interessi di testatore e del suo nucleo familiare, nell'ambito di una composizione di valori condivisi nella società, suggerisce, quindi, di ripensare la disciplina degli eredi necessari, la quale appare allo stato inadeguata di fronte alle esigenze prodotte dalle mutazioni del gruppo familiare, atteso che l'attuale struttura normativa della tutela dei legittimari e, in particolare, la rilevanza quantitativa della legittima non collima con l'attuale panorama demografico e sociale[163].

---

13 (rubricato "Disposizioni per l'agevolazione della circolazione giuridica dei beni provenienti da donazioni") era volto a modificare gli artt. 561 e 563 c.c. Tale novella mirava a impedire che dall'azione di restituzione scaturisse l'inefficacia delle garanzie e dei pesi gravanti sull'immobile a titolo oneroso in base ad atto trascritto anteriormente alla domanda di riduzione. Il donatario avrebbe dovuto, tuttavia, compensare in danaro i legittimari in ragione del conseguente minor valore del bene, nei limiti di quanto necessario a soddisfare la loro quota di riserva, consentendo, in tal modo, di concedere il bene in garanzia senza dover attendere il decorso del termine ventennale perché il donatario e i suoi creditori fossero esenti da rischi. In aggiunta, l'art. 563 CC sarebbe stato modificato nel senso di prevedere espressamente che l'azione di restituzione non avrebbe pregiudicato i terzi, ai quali il donatario avesse alienato a titolo oneroso gli immobili ricevuti in donazione, purché tale atto fosse stato trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda di riduzione della donazione; anche in tale caso le ragioni dei legittimari sarebbero state contemperate con l'obbligo del donatario di compensarli in denaro nei limiti in cui ciò si rendesse necessario per integrare la quota di legittima. La norma che avrebbe novellato tale disciplina è stata, tuttavia, stralciata nel corso dei lavori parlamentari, in quanto la legge di Bilancio è soggetta a precisi limiti contenutistici, ai sensi dell'art. 21, comma 1-*quinquies*, della legge n. 196/2009.

[163] Per il dibattito sull'opportunità di un'abrogazione o di una modifica della quota di riserva si vedano le approfondite riflessioni di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il diritto successorio tra questioni ancora aperte e nuove esigenze economico-sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 6 (2021), p. 1017; F. AZZARRI, *Mutamenti della famiglia e diritto successorio*, cit., p. 1039; M. MARTINO, *Attribuzioni* mortis causa *e complessità delle forme di redistribuzione sottese alla successione necessaria*, cit., p. 1057; A. SPATUZZI, *Verso una successione diversamente "necessaria"?*, cit., p. 401; A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, cit., p. 95; G. AMADIO, *La riforma della successione necessaria*, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 327; ID., *Le proposte di riforma della successione necessaria*, in *Giur. it.*, 2012, 1942; ID., *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, cit., p. 811; G. BONILINI, *Sulla novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, cit., p. 283; ID., *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, cit., p. 729; P. RESCIGNO, *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 8-9 (2012), p. 1941; M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, cit., p. 493; G. AMENTA, *La successione necessaria: essere non essere*, in *Rass. dir. civ.*, 3 (2009), p. 605; A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, cit., p. 427; L. GATT, Memento mori. *La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, cit., p. 540; S. DELLE MONACHE, *Scenari attuali in materia di tutela del legittimario*, cit., p. 57; ID., *Abolizione della successione necessaria?*, cit., p. 815; M. PARADISO, *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria*, cit., p. 2055; A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (Riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimati)*, cit., p. 1; S. TONDO, *Appunto su una prospettata riforma della successione necessaria*, in *Studi e materiali*, 6/2 (2001), p. 1232; ID., *Nuovo appunto sulla riforma della successione*

Nella consapevolezza che è l'ereditando il miglior decisore delle sorti del proprio patrimonio, il mantenimento, benché con quote di riserva dimezzate, della successione necessaria consentirebbe, come accennato, di preservare una forma di tutela dei congiunti, specialmente nelle situazioni patologiche di vulnerabilità del futuro *de cuius* (benché non tali da integrare l'incapacità richiesta dal codice civile per invocare il rimedio dell'annullamento), o in presenza di legittimari giovani o in stato di bisogno[164].

Nel processo di adeguamento della realtà giuridica alle trasformazioni che hanno investito l'organismo familiare, la conquista di un simile approdo, pertanto, sarebbe ben lungi dall'affermare in ambito successorio un'impostazione individualistica libertaria, in quanto permarrebbero intatte tutte le attuali tutele che assistono il legittimario, pur consentendo al futuro *de cuius* di vedersi riconoscere *post mortem* un giuridico effetto all'affetto ricevuto o trasmesso in vita.

Pur senza escludere l'auspicio dell'introduzione di strumenti volti a permettere un'anticipazione del fenomeno successorio[165], nella prospettiva

necessaria, cit., Milano, 2001, p. 1239. In proposito, giova rammentare come L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1941, p. 190, con riferimento alle prospettive di riforma della successione necessaria già nel vigore del codice del 1865, descrivesse il dibattito «tra i liberisti ad oltranza [...] che auspicavano una illimitata disponibilità a favore del proprietario» e «coloro che sottolineavano la funzione sociale della famiglia e della proprietà»; «i primi [...] contendevano per una assoluta libertà di testare [...] gli altri invece negavano la disponibilità per testamento. E così esageravano gli uni e gli altri» (tali parole sono rievocate da G. AMADIO, *Le proposte di riforma della successione necessaria*, cit., p. 1942).

[164] Come osserva A.M. GAROFALO, *La riforma della successione necessaria e le quote di riserva facoltative*, cit., p. 66: «la protezione dei legittimari non ha perso la sua attualità, pur avendo bisogno di venire ridisegnata in considerazione della complessità della società contemporanea».

[165] Su tale proposta, vedansi diffusamente le lucide riflessioni di S. PATTI, *Contratti ereditari e contratti di rinunzia all'eredità*, in V. CUFFARO – A. GENTILI (a cura di), *Materiali per una revisione del codice civile*, I, Milano, 2021, p. 297; M. PALAZZO, *L'autonomia in materia patrimoniale nella vicenda successoria*, cit., p. 307; C. CICERO, *I patti successori*, cit., p. 447; A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, cit., p. 114, spec. p. 116. La successione anticipata è possibile nell'ordinamento tedesco (su cui vedasi S. PATTI, *Contratti ereditari e contratti di rinunzia all'eredità nell'esperienza germanica*, in *Familia*, 2018, p. 195; D. OLZEN – D. LOOSCHELDERS, Erbrecht, Berlino – Boston, 2017, p. 150; B. ECCHER, Bürgerliches Recht, VI, Erbrecht, Vienna - New York, 2010, p. 15 e nella dottrina italiana G. AMADIO, voce *Contrattualità successoria*, cit., p. 486; ID., *Anticipata successione e tutela dei legittimari*, in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, cit., p. 653; A. ZOPPINI, *L'emersione della categoria della successione anticipata*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, cit., p. 270; E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, cit., p. 625), in particolare con riferimento all'istituto dell'*Erbvertrag* (su cui vedansi F. AZZARRI, *Il contratto successorio*, in *Eur.*

che si dischiude, il nostro legislatore dovrebbe, quindi, applicare la regola del rasoio di Occam, la quale, nella fattispecie, non solo risulta razionale nel metodo, ma pure giustificata nel merito: il dimezzamento delle quote di riserva con una speculare maggiore latitudine dell'autonomia del testatore permetterebbe al diritto ereditario di adeguarsi ai profondi mutamenti delle relazioni interpersonali senza alcun deleterio approccio pantoclasta, consentendo al diritto positivo di regolare il fenomeno successorio per restituirlo all'altezza delle esigenze della realtà contemporanea.

Il giurista ha, infatti, il dovere di essere consapevole dei problemi sollevati dalle dinamiche sociali, per poter individuare, in coerenza con la logica del sistema, le soluzioni più confacenti al contenuto dei rapporti da regolare[166] ed essere sensibile alle sollecitazioni provenienti dagli attuali rapporti familiari, in cui assumono sempre crescente rilevanza i profili personalistici, accanto a quelli patrimoniali[167], in modo da non stravolgere ma adeguare le strutture concettuali del sistema cognitivo ai valori emergenti dalla realtà.

È perfettamente attuale il monito enunciato da Luigi Mengoni: «il problema non è quello di sostituire al sistema chiuso (di matrice

dir. priv., 1 (2023), p. 147 e T. RAFF, *Patto successorio* (Erbvertrag) *e testamento congiuntivo* (gemeinschaftliches Testament) *nel diritto tedesco*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, vol. II, cit. p. 809; K.W. LANGE, Erbrecht, Monaco, 2017, p. 121). Giova, inoltre, segnalare che nel considerando 7 del regolamento n. 650/2012 sulle successioni transfrontaliere si legge che «Nello spazio europeo di giustizia, i cittadini devono poter organizzare in anticipo la propria successione». Invero, in forza dell'art. 25 di tale regolamento deve essere riconosciuto nel nostro ordinamento un patto successorio concluso da un cittadino italiano in conformità con la legge della sua residenza abituale al momento della conclusione dell'accordo, nonostante il divieto, disposto nel diritto interno, dei patti successori. In proposito, vedansi V. BARBA, *Patti successori e diritto europeo, in Le corti fiorentine,* 2 (*2016), p. 17 e* V. PUTORTÌ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, in *Dir. succ. fam.*, 3 (2016), p. 845.

[166] Si vedano in proposito le acute considerazioni di A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015, II, p. 344, là dove afferma che la lettura del *Code civil* è nel tempo mutata e che «Il perché fu nel mutamento dell'economia e della società, e allora della politica. Come osservava un teorico francese del tempo [J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908], la legge non cambia quasi mai la società, ma la società cambia la legge. Anche quando non ne muta il testo».

[167] Valga rammentare le parole di S. COTTA, voce «*Persona (filosofia del diritto)*», in *Enc. del dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 169, il quale osserva che «di contro alle considerazioni fenomeniche della persona e della sua socialità (...) emerge la realtà 'strutturale' della persona. Essa è unica e irripetibile (...) ma al tempo stesso, per struttura e non per arbitrio, è relazionale (...). Lungo un itinerario filosofico millenario, interrotto e ripreso più volte, la persona è stata colta nella sua intrinseca sintesi di unicità e relazionalità».

pandettistica) un sistema aperto, ma di teorizzare l'autoreferenzialità essenziale del sistema come includente in pari tempo un costante riferimento all'ambiente sociale circostante e ai bisogni che in esso via via si manifestano»[168].

Un siffatto ammodernamento della successione necessaria risponderebbe all'esigenza dell'ereditando di poter beneficiare - in misura maggiore rispetto a quanto oggi consentito dalla quota disponibile – ad esempio solo uno tra i figli ovvero un terzo soggetto, in modo di arginare e reprimere i contenziosi ereditari. In questo modo si valorizzerebbero quei legami che, al di là delle relazioni di parentela fondate sui vincoli di sangue, trovano effettiva consistenza in rapporti di affetto in cui l'esigenza solidaristica è, in varia misura, declinata: come ammoniva Pascal «*Nous connaissons la vérité, non seulement par la raison, mais encore par le cœur; c'est de cette dernière sorte que nous connaissons les premiers principes, et c'est en vain que le raisonnement qui n'y a point de part essaye de les combattre*»[169].

Ricordando la distinzione di Weber tra "giudizio di valore" (che si riferisce alla presa di posizione valutativa assunta nei confronti dell'oggetto di studio) e "relazione ai valori" (che, invece, risponde ad esigenze meramente cognitive di selezione di un determinato fenomeno empirico da indagare)[170], non si tratta, dunque, di ridurre la tutela dei legittimari ad un giudizio di valore, bensì di esaltare l'ordine sostanziale dei valori emergenti dalla concretezza storica, in modo da implementare la possibilità di decidere la propria programmazione *mortis causa* quale epifania della realizzazione della persona del *de cuius*.

Abstract (ENG): Taking the demographic indicators as a starting point, the essay analyses the unfair outcomes produced by the current structure of the necessary succession and then suggests a reconsideration of the share of the testator's estate reserved by law, in accordance with the principles of intra-family solidarity and self-responsibility, proposing a modification in a purely quantitative sense of the reserved portion in order to achieve effective intra-family solidarity.

Keywords (ENG): share of the testator's estate reserved by law for certain heirs; testamentary freedom; statutorily prescribed share in favour of spouse; solidarity; self-accountability; family.

---

[168] In questi termini L. MENGONI, *I problemi del metodo nella ricerca civilistica oggi in Italia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 266, ora in *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 199.

[169] Così B. PASCAL, *Pensées*, 479 («conosciamo la verità non solo tramite la ragione, ma tramite col cuore. È in quest'ultima maniera che conosciamo i primi principi, e invano il ragionamento, che non vi ha parte, cerca di combatterli», nella trad. it. di B. PAPASOGLI, Roma, 2003, p. 112.

[170] Si tratta di una distinzione che Max Weber recupera da Heinrich Rickert: si veda M. WEBER, *Il significato della "avalutatività" delle scienze sociologiche ed economiche* (1917), in *Il metodo delle scienze storico-sociali*, trad. it. di P. ROSSI, Torino, 1958, p. 311.