UNICA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO DI ECCELLENZA 23 27
Giurisprudenza

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

Semestrale

ISSN 2974-9751

VOLUME LXV
2024/1

JOVENE

UNICA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO DI ECCELLENZA 23 27 Giurisprudenza

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

Semestrale

ISSN 2974-9751

VOLUME LXV
2024/1

JOVENE

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE
ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6

Rivista del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari
Centro dipartimentale di eccellenza in Diritto, innovazione e sviluppo sostenibile
Law, Innovation and Sustainable Development (DISS/LISD)

Gli Studi economico-giuridici ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.

Direttore responsabile: CRISTIANO CICERO (cicero@unica.it)

Comitato di direzione: Aldo Berlinguer - Marco Betzu - Valeria Caredda - Corrado Chessa Pietro Ciarlo - Giovanni Cocco - Paoloefisio Corrias - Andrea Deffenu - Gianmario Demuro Riccardo Fercia - Peter Gröschler (Johannes Gutenberg-Universität Mainz) - Margareth Helfer (Universität Innsbruck) - Franck Laffaille (Université Sorbonne Paris Nord) - Giuseppe Lorini Angelo Luminoso - Anna Maria Mancaleoni - Ilenia Ruggiu - Maria Virginia Sanna - Francesco Seatzu - Francesco Sitzia - Marek Smolak (Adam Mickiewicz University) - Anna Paola Ugas Stephan Wolf (Universität Bern)

Comitato scientifico nazionale: Vincenzo Barba - Alberto Maria Benedetti - Emanuele Bilotti Roberto Bin - Roberto Calvo - Andrea Cardone - Raffaele Caterina - Fulvio Cortese - Vincenzo Cuffaro - Tommaso dalla Massara - Paolo Di Lucia - Iole Fargnoli - Vincenzo Ferrari (Università di Milano) - Giampaolo Frezza - Matilde Girolami - Antonio Incampo - Sara Landini Raffaele Lener - Sara Longo - Enrico Minervini - Andrea Nervi - Stefano Pagliantini - Salvatore Patti - Giovanni Perlingieri - Fabrizio Piraino - Claudio Scognamiglio - Vito Velluzzi - Pietro Virgadamo - Roberto Virzo - Andrea Zoppini

Comitato scientifico internazionale: Christian Baldus (Universität Heidelberg) - Adoración Castro Jover (Universidad del País Vasco) - María José Bravo Bosch (Universidad de Vigo) Sylvaine Laulom (Université de Saint-Etienne - Avocate générale à la Chambre Sociale de la Cour de Cassation française) - Guillaume Le Floch (Université de Rennes) - Marc Pichard (Université Paris Nanterre) - Johannes Platschek (Ludwig-Maximilians-Universität München) Laura Sautonie Laguionie (Université de Bordeaux) - Jorge Enrique Viñuales (University of Cambridge) - Constantin Willems (Philipps Universität Marburg)

Comitato esterno di valutazione: Enrico Mario Ambrosetti - Stathis Banakas (University of East Anglia) - Maria Caterina Baruffi - Ettore Battelli - Gabriele Carapezza Figlia - Francesca Carimini - Marina Castellaneta - Alessandro Ciatti Càimi - Claudio Colombo - Edoardo Ferrante - Vincenzo Ferrante - Alessandro Ferrari - Vincenzo Ferrari - Arianna Fusaro - Mauro Grondona - Simona Grossi (Loyola Law School) - Marco Ieva - Claudia Irti - Paola Lambrini Lorenzo Mezzasoma - Salvatore Monticelli - Antonio Musio - Luigi Nonne - Vittorio Occorsio Massimo Palazzo - Angel Tinoco Pastrana (Universidad de Sevilla) - Francesco Paolo Patti Massimo Proto - Maddalena Rabitti - Ilaria Riva - Roberto Senigaglia - Aziz Tuffi Saliba (Federal University of Minas Gerais) - Loredana Tullio - Giovanni Maria Uda - Abel Benito Veiga Copo (Comillas Universidad Pontificia) - Vincenzo Zeno Zencovich

Comitato editoriale: Daniele Amoroso - Luca Ancis - Stefano Aru - Fabrizio Calisai - Alessandra Camedda - Federico Cappai - Nicolas Carrillo Santarelli - Stefania Cecchini - Andrea Chelo Alice Cherchi - Gabriele Civello - Giovanni Coinu - Valentina Corona - Maria Francesca Cortesi Silvia Corso - Carlo Dore - Rossella Fadda - Maurizio Ferrari - Silvia Izzo - Alessandra Leuzzi Olimpia Giuliana Loddo - Giovanni Manca - Anna Maria Mandas - Enrico Maria Mastinu Lorenzo Moroni - Federico Onnis Cugia - Daniela Pappadà - Carlo Pilia - Elisabetta Piras Alessandra Pisu - Stefania Puddu - Marianna Rinaldo - Luca Sitzia - Silvia Viaro

Sede del comitato editoriale:
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Cagliari
Viale Sant'Ignazio 17 - 09121 Cagliari - Italia
email: studicagliari@unica.it

Sede amministrativa:
JOVENE EDITORE
Via Mezzocannone 109
80134 Napoli - Italia
www.jovene.it info@jovene.it

INDICE

gennaio - giugno 2024

STUDI

Roberto Calvo
Stato, positivismo e antivalori: un monito coscienziale ..... p. 3

Cristiano Cicero
Le direttrici di evoluzione del sistema successorio ..... » 15

Carlo Dore
Il "contratto estorto" al vaglio della più recente giurisprudenza: spunti di riflessione sulla tutela del minacciato ..... » 23

Edoardo Ferrante
L'interesse di classe ..... » 43

Maurizio Ferrari
Danno alla persona, rendita vitalizia e neutralizzazione dell'alea » 71

Marco Ieva
L'autotutela del testatore mediante la forma volontaria del testamento: inerzia del legislatore e interpretazione evolutiva ..... » 83

Olimpia Giuliana Loddo
Artefatti regolativi digitali ..... » 113

Giuseppe Lorini
Immagini della normatività in Norberto Bobbio. Rileggendo *Scienza giuridica tra essere e dover essere* (1968) ..... » 131

Daniela Pappadà
L'avamprogetto sull'introduzione del trust in Svizzera: quali risvolti per l'Italia? ..... » 139

GABRIELE RACUGNO
Società di persone e distribuzione di acconti sugli utili prima dell'approvazione del rendiconto. Un rigido revirement non condivisibile della Cassazione ..... p. 177

APPROFONDIMENTI TEMATICI

ROBERTA ALFANO
Politiche tributarie sostenibili per la promozione decentrata del turismo ..... » 193

MARCELLA MARTIS
Spunti ricostruttivi in tema di economia circolare..... » 225

ROSSELLA MICELI
Politiche fiscali e decarbonizzazione..... » 245

ORIENTAMENTI

GIULIANO MATTACE
Il trust discrezionale di famiglia in funzione successoria e la tutela dei legittimari ..... » 276

LUIGI NONNE
Nomina del notaio quale esecutore testamentario e responsabilità disciplinare del professionista..... » 298

RILETTURE DEL PASSATO

GIOVANNI COCCO
(Nino Levi: formidabile e tragica figura di professore di diritto penale nel ventennio) ..... » 323

rilegge

NINO LEVI
Dolo e coscienza dell'illiceità nel diritto vigente e nel Progetto. » 365

RICCARDO FERCIA
L'offerta reale tra deposito e sequestro nell'esordio degli Studi economico-giuridici cagliaritani..... » 469

rilegge

ROBERTO DE RUGGIERO
Note sul cosiddetto deposito pubblico o giudiziale in diritto romano ..... p. 473

RECENSIONI

ROBERTO CALVO (a cura di)
Sapere e pensiero critico. Per un'idea di università [Cristiano Cicero] ..... » 541

TEREZA PERTOT
L'inadempimento anticipato. Dalla tutela manutentiva ai rimedi risolutori [Mauro Grondona] ..... » 551

MARIA PIA PIGNALOSA
Giochi autorizzati. Contratti deboli, interessi forti, tutele [Marianna Rinaldo] ..... » 561

GIOVANNI TARELLO
La disciplina costituzionale della proprietà [Mauro Grondona] .. » 567

AUTORI ..... » 581

STUDI

Roberto Calvo

STATO, POSITIVISMO E ANTIVALORI: UN MONITO COSCIENZIALE*

«Dopo Auschwitz, i valori della dignità umana e della tolleranza
– e lo spirito laico e razionalistico che li anima –
appaiono troppo flagrantemente traditi
per non dubitare sulla loro progressiva realizzazione
nel corso della storia a venire;
ma, parimenti, la loro continua e strenua affermazione
appare, dopo Auschwitz, ancora più necessaria»
(E. Vitale, *Auschwitz come* unicum.
Riflessioni su Jean Améry e Primo Levi)

Sommario: 1. L'antisemitismo quale fondamento dello Stato-criminale. – 2. Le matrici politiche dell'illegalismo legislativo italiano. – 3. Il contributo della Repubblica sociale al genocidio. – 4. Rilievi conclusivi.

1. Nello Stato fondato sul potere carismatico del dittatore, che eleva l'odio razziale e l'antiebraismo a suoi elementi costitutivi, idealizzato da menti obnubilate dal mito della superiorità della genìa ariana e attratte dai programmi d'igiene razziale, i valori esistenziali della persona furono annientati per mezzo di atti normativi formalmente validi ma sostanzialmente corrotti dal virus dell'inumanità e della illegalità etico-naturalistica.

Secondo l'ideale aristocratico di natura[1], tutto era ammesso in vista della difesa della purezza del sangue teutonico: qualunque

* Il saggio è destinato agli *Scritti in onore di Ermanno Vitale*.

[1] A. Hitler, *La mia battaglia* (1925), trad. it., Edizione critica a cura di V. Pinto, Torino, 2017, p. 312.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-1calvo

scelta o provvedimento adatto a garantire l'integrità primordiale della schiatta ariana avrebbe quindi acquisito il crisma della giustificazione inconfutabile per il bene di una civiltà superiore, cui spettava per virtù innate il governo dell'umanità[2].

L'identità razziale del terzo Reich si elevò a nuova fonte del diritto, la cui osservanza da parte dell'autorità giudiziaria non esigeva alcuna modifica del diritto vigente. L'interpretazione degenerata della legge (e, soprattutto, delle sue clausole generali) fu lo strumento privilegiato tramite il quale il regime nazista attuò la filosofia discriminatrice e antisemita.

La profilata interpretazione permise di adattare il diritto scritto al nuovo spirito che informava di sé la politica e la cultura propagandate dal fanatismo dei satrapi tedeschi. Il capovolgimento del sistema democratico-liberale, basato sul primato della legge, avvalorò l'idea secondo cui il giudice, pur non potendo di massima creare diritto o decidere contro la legislazione, era tuttavia tenuto a distaccarsene quando essa urtasse contro il pensiero nazionalsocialista[3].

Venne in tal modo riaffermata la centralità della concezione organicistica dello Stato nazionale e popolare: essendo lo Stato un essere vivente, riducendosi il singolo individuo a mero elemento del complesso soggetto superiore (*ens tertium*), di cui fa parte come una semplice cellula[4], la rilevanza della persona isolatamente considerata è sempre ancillare al benessere del «macroantropo». La cellula infetta, attentante alla vitalità del corpo statuale, andava perciò eliminata alla stessa stregua di una metastasi o di un morbo letale.

La mortificazione della persona ascrivibile all'autorità della legge e la sua reiezione dalla società per motivi legati anche alla condizione fisica o mentale, sottendevano una logica disumanizzante, che stava formalmente in piedi solo grazie all'idea immiserente e riducente il diritto a comando.

Sennonché, il potere legislativo trae la propria energia leggittimatrice non solo dal riconoscimento, ma anche dal rispetto dei diritti

[2] *Ivi*, p. 329.

[3] AA.VV., *Im Namen des Deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus. Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz*, Köln, 1989, p. 138.

[4] A. HITLER, *La mia battaglia*, cit., p. 353.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-1calvo

di libertà ossigenanti lo spirito umano[5], la cui estirpazione implica la caduta dello Stato nell'abisso dell'antistato e la morte del diritto; uno Stato e un diritto che dopo questo *de profundis* vivono solo sotto il profilo formale, una forma senza sostanza, senza etica, un'apparenza (o proiezione senza contenuto) quindi abiurata dalla «legge perenne e inviolabile di natura»[6].

La natura dell'uomo ha un valore scientifico e filosofico: essa sta a indicare la «legge naturale costitutiva dello spirito umano e che ci sono, quindi, inclinazioni razionali insopprimibili di esso». È dopotutto lampante che il diritto positivo «privato e pubblico deve poggiare – perché possa costituire una salda costruzione – sopra questi fondamenti posti dalla natura dell'uomo»[7].

L'assenza di tali basi di sostegno convertì il diritto nel suo esatto contrario (antidiritto), ossia in un atto di forza – avvicinabile all'esercizio del potere terroristico avallante i crimini di Stato[8] – spoglio del suo plusvalore morale, in quanto elaborato da una manica di assassini sostenuti da alcuni settori della grande industria[9], e da una folla delirante. Da una folla accecata dal più spietato e bestiale odio razziale[10], sedotta da una politica mistica e apparentemente redentrice, intonata dalla suggestionante retorica di un fanatico capo inamovibile[11], che si rivolgeva alle masse come un generale alle proprie truppe.

L'ordine militaresco, lo stato di rivoluzione permanente e l'esaltatrice volontà di potenza terroristica divennero il modello di vita

---

[5] S. Weil, *Les besoins de l'âme*, in Id., *Œuvres*, Lonrai, 2020, p. 1033.

[6] L. Sturzo, *La libertà in Italia* (1925), rist., Roma, 2011, p. 40 s.

[7] G. La Pira, *Natura dell'uomo e ordine giuridico* (1937), in U. De Siervo (a cura di), *Principi contro i totalitarismi e rifondazione costituzionale*, Edizione Nazionale delle Opere di Giorgio La Pira, 3, Firenze, 2019, p. 7.

[8] K.D. Bracher, *La dittatura tedesca. Origini, strutture, conseguenze del nazionalsocialismo in Germania* (1969), trad. it., Bologna, 1973 p. 324.

[9] *Ivi*, p. 136; A. Kuhn, *Il sistema di potere fascista* (1973), trad. it., Milano, 1975, p. 53.

[10] K.D. Bracher, *La dittatura tedesca*, cit., p. 84 s.

[11] *Ivi*, p. 199 s.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-1calvo

– un caso davvero unico nella travagliata storia dell'umanità[12] – della rinnovata civiltà nazista, nella quale non vi era spazio alcuno per lo straniero, non perché privo dello *status civitatis*, ma in quanto ebreo. Da qui l'infamante stereotipo dell'ebreo quale essere parassitario che, con la propria connaturata capacità di reggere le fila dell'economia e di corrompere la società per mezzo del danaro, si è arricchito a scapito delle folle proletarie. Si trattava di uno stereotipo tanto rozzo quanto utile a «mobilitare le forze politiche e sociali e per distrarle» dai veri problemi affliggenti la nazione[13], la quale fu di fatto trasformata in un'immensa caserma occupata da militari e civili[14]. La coercizione e la chiusura di ogni spiraglio democratico, che rendevano il militare e il cittadino soggetti all'ordine insindacabile dell'autorità statuale massimamente incorporata nella persona del *Führer*[15], autorità onnipotente e custode della purezza e fierezza dell'indomabile spirito teutonico, erano percepite come giustificabili e accettabili stante la possibilità di esercitare – a mo' di rivincita – da parte dei medesimi (il militare e il cittadino) un potere assoluto e oppressivo contro gli ebrei e i popoli ritenuti inferiori, le cui terre erano colonizzabili – come preconizzava il *Mein Kampf* – dalla genìa dominante[16].

2. Mussolini, a differenza di Hitler, non era invasato dal social-darwinismo razzista, né era un appassionato cultore della rivoluzione

[12] Si veda, diffusamente, E. VITALE, *Auschwitz come* unicum*. Riflessioni su Jean Améry e Primo Levi*, in *Teoria politica*, 1988, p. 149 ss.

[13] K.D. BRACHER, *La dittatura tedesca*, cit., p. 340; D. BIDUSSA e S. LEVIS SULLAM, *Alle origini dell'antisemitismo moderno*, in AA.VV., *Storia della Shoah*, a cura di M. Cattaruzza, M. Flores, S. Levis Sullam e E. Traverso, 1, *Le origini della Shoah: i precedenti storici*, Milano, 2019, p. 77.

[14] K.D. BRACHER, *La dittatura tedesca*, cit., p. 459.

[15] Era infatti diffusa l'idea a mente della quale il cittadino tedesco, ad astrarre dalle sue funzioni e competenze, fosse legittimato a invocare i diritti derivanti dall'appartenenza alla comunità nazionale germanica in quanto avesse a sua volta adempiuto gli obblighi a beneficio della medesima: AA.VV., *Im Namen des Deutschen Volkes*, cit., p. 110.

[16] K.D. BRACHER, *La dittatura tedesca*, cit., p. 459.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-1calvo

biologica[17], ma soltanto un tattico e un navigato retore[18], il quale, a un certo punto, ritenne che l'intolleranza giudaica, fomentata dall'idea di additare l'ebreo quale immaginario avversario della razza e delle istituzioni italiche, potesse essere utile ai più biechi fini di gestione del potere[19], diventando un fattore aggregante del regime[20] e di mobilitazione delle masse nella lotta contro il fantomatico potere sionista[21].

Fino alla sterzata politica di stampo razziale gli ebrei godevano nel sistema monarchico-fascista delle medesime libertà riconosciute agli altri italiani[22]. Un dato pare difficilmente confutabile: Mussolini, nel momento in cui strinse l'alleanza con Hitler, dovette accettare tutte le conseguenze di quell'intesa, compresa la deriva antiebraica. Una deriva che non rispondeva a una repentina conversione ideolo-

---

[17] R. De Felice, *Mussolini e il fascismo*, 10, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, nuova ed. ampl., Milano, 2019, p. 67 s.; F.M. Feltri, *Il nazionalsocialismo e lo sterminio degli ebrei. Lezioni, documenti, bibliografia*, Firenze, 1995, pp. 42 s., il quale al riguardo ricorda che «Non è concepibile un nazismo senza antisemitismo; un fascismo privo di risvolti antiebraici, invece, è esistito per quasi vent'anni, dal 1919 al 1938» (ivi, p. 150); A. Ventura, *Il fascismo e gli ebrei. Il razzismo antisemita nell'ideologia e nella politica del regime*, Roma, 2013, p. 28. Prova ne sia che molti ebrei, prima della svolta antisemita, furono inseriti negli apparati dello Stato capeggiato da Mussolini; parte non irrilevante di essi era iscritta al Partito nazionale fascista. Altri ebrei, all'inizio degli anni Venti – pur non essendo di fede strettamente fascista – concordavano con l'anticlericale programma politico di Mussolini: C.S. Capogreco, *I campi del Duce. L'internamento civile nell'Italia fascista (1940-1943)*, Torino, 2019, p. 113; M.A. Matard-Bonucci, *L'Italia fascista e la persecuzione degli ebrei* (2007), trad. it., Bologna, 2008, p. 57; S. Zuccotti, *L'Olocausto in Italia* (1987), trad. it., Milano, 1988, p. 48 s.

[18] U. Eco, *Il fascismo eterno*, Milano, 2017, p. 22.

[19] S. Zuccotti, *L'Olocausto*, cit., p. 56. Come ha notato S. Gentile, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, 2013, p. 12, la tratteggiata differenza tra i due dittatori rende ancor più esecrabile la conversione di rotta di Mussolini. V. inoltre M. Sarfatti, *Ebrei (persecuzione degli)*, in Aa.Vv., *Il fascismo. Dizionario di storia, personaggi, cultura, economia, fonti e dibattito storiografico*, a cura di A. De Bernardi e S. Guarracino, Milano, 1998, p. 272 ss.

[20] M. Franzinelli, *Storia della Repubblica Sociale Italiana*, Bari, 2020, p. 412; M.A. Matard-Bonucci, *L'Italia fascista*, cit., p. 191.

[21] M.A. Matard-Bonucci, *L'Italia fascista*, cit., *l.c.*

[22] R. De Felice, *Mussolini e il fascismo*, 10, cit., p. 235; M.A. Matard-Bonucci, *L'Italia fascista*, cit., p. 52.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-1calvo

gica del Duce, ma secondava il proposito di manifestare al *Führer* la fedeltà dell'alleato italico su uno dei punti cruciali della dottrina nazionalsocialista.

Stiamo in altri termini parlando di una fatale *submissio* del fascismo al nazirazzismo, tanto autodeterminata e non priva di una propria vocazione innovativa[23], quanto indispensabile per rendere totalitaria l'alleanza con il Reich tedesco[24].

Bisogna tuttavia notare con fermezza che il fascismo recava in sé il germe dell'antisemitismo, in quanto l'odio verso gli ebrei, a differenza del razzismo che storicamente ha convissuto – come bene ebbe a notare Ermanno Vitale[25] – con la tradizione liberale borghese, aveva un significato ideologico assolutista che ben si confaceva naturalmente alle idee politiche tipiche di una cultura squadrista, nazionalista e populista[26].

Su questo sfondo la legge divenne la voce del tiranno scolpita sulle tavole insanguinate dal delirio d'onnipotenza. Intendiamo alludere al delirio che attraverso l'alchimia razziale fece scorrere nelle vene della società civile il veleno antigiudaico al fine di condannare vittime innocenti per mezzo di stereotipi persecutori[27].

L'idea di osannare la superiorità dell'etnia latina associata al mito fondato sulla costruzione di un «uomo nuovo», fiero, dinamico e indomabile, insensibile al fascino dei corrotti costumi borghesi, che rinnovava il glorioso spirito della romanità[28], fedele esecutore della

[23] Cfr. F. GERMINARIO, *Fascismo e antisemitismo. Progetto razziale e ideologia totalitaria*, Bari, 2009, p. 16 s.; M.A. MATARD-BONUCCI, *L'Italia fascista*, cit., p. 44, la quale avverte che era forte la preoccupazione del Duce e del suo *entourage* di provare a dimostrare (per scopi propagandistici) le risalenti origini del razzismo italico. Infatti «L'invenzione di una tradizione rispondeva innanzitutto alla volontà di presentare l'antisemitismo come un'ideologia *made in Italy*, contro la tesi di un'imitazione della Germania alla quale pensavano in molti, tanto all'estero che in Italia» (ivi, p. 44 s.).

[24] R. DE FELICE, *Mussolini e il fascismo*, 10, cit., pp. 243, 247 e 252.

[25] Cfr. E. VITALE, *Auschwitz*, cit., p. 154, il quale rammenta che «furono proprio gli eredi della Magna Charta a primeggiare nella tratta degli schiavi e uno stato fondato su una costituzione democratica a perpetrare il genocidio dei pellerossa».

[26] F. GERMINARIO, *Fascismo*, cit., p. 6 ss., spec. p. 18 s.

[27] R. GIRARD, *Il capro espiatorio* (1982), trad. it., Milano, 1987, p. 50.

[28] A. VENTURA, *Il fascismo*, cit., p. 6.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-1calvo

volontà del Duce, rappresentavano un espediente tanto vuoto di contenuto quanto carico di suggestioni emotive e pseudo-patriottiche, senz'altro idoneo al tentativo deliberato e sistematico di raccogliere il consenso popolare[29].

Nell'illustrato scenario definire l'ebreo come il nemico interno, la cui pericolosità discendeva dalla sua capacità mimetica che gli permetteva d'inserirsi in sordina nei centri vitali della società italiana, consentiva al fascismo di convogliare su di lui l'attenzione delle masse al fine d'indurle a cooperare alla sua individuazione e al suo conseguente isolamento sociale[30].

Come già avvertimmo, tale operazione ben si attagliava all'indole autoritaria del movimento fascista; essa serviva a indottrinare il popolo, magnetizzato da un rinnovato orgoglio nazionalistico, che nell'ebreo (straniero in patria) s'incarnasse il detestato spirito borghese e materialista[31].

L'infamante accusa di cospirazionismo avallata dai (falsi) Protocolli dei Savi di Sion, per quanto frutto dell'immaginazione propagandistica, era utile a unire gl'italiani contro il comune nemico interno, e nello stesso tempo riaccendeva in una parte dei fascisti il mai del tutto sopito virilismo squadrista dei primi anni Venti che culminò con la marcia su Roma[32].

La stragrande maggioranza degli ebrei italiani, profondamente integrata nella vita sociale e produttiva della nostra nazione, fu còlta di sorpresa dalla campagna razziale, perché non nutriva alcun sospetto intorno alla crociata antisemita stimolata dalla violenza in nome di una turpe missione purificatrice[33].

Di punto in bianco l'Italia si trovò a essere antisemita, essendo – sino a quel momento – il rancore razziale di fonte antiebraica, a

---

[29] E. Collotti, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Bari, 2006, p. 63.

[30] F. Germinario, *Fascismo*, cit., p. 13.

[31] *Ivi*, p. 14.

[32] F. Germinario, *Fascismo*, cit., p. 60.

[33] E. Collotti, *Il fascismo*, cit., p. 80 ss.; R. De Felice, *Mussolini e il fascismo*, 10, cit., p. 326; M. Avagliano e M. Palmieri, *Gli ebrei sotto la persecuzione in Italia. Diari e lettere 1938-1945*, Torino, 2011, p. XX.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-1calvo

prescindere dalla posizione in questa materia tenuta dall'*ecclesia* romana, un fenomeno quasi del tutto inesistente nella penisola[34].

Il mito neopagano della razza fece presa su Mussolini e sul suo *establishment* perché si allineava perfettamente all'ideologia dello Stato discrezionale[35] e alla sua politicizzazione rituale infarcita di simbolismi retorici[36], confluenti nel fanatismo della superiorità della discendenza italica[37].

L'antisemitismo acquisì anche da noi una carica icastica e propagandistica, prestandosi a identificare l'avido ebreo col nemico dello Stato a causa della sua indole antipatriottica e anticristiana. Un nemico immaginario, che serviva a giustificare le politiche imperialistiche e colonizzatrici ordite dal Duce, il quale attraverso esse garantiva al popolo italiano il diritto di affermare la propria primazia, assecondandone la predestinazione – all'unisono con il circuito eccitatore della mitologia hitleriana celebrata dalle opere di Wagner – a distinguersi sul piano internazionale[38].

3. Tramite l'ordinanza di polizia n. 5 del 30 novembre 1943 inviata il giorno successivo ai capi delle province (*id est* prefetti)[39] controllate dal neoistituito Stato repubblicano[40], il ministro dell'interno Guido Buffarini Guidi dettò i seguenti provvedimenti: «1) Tutti gli

[34] A. De Bernardi, *Il fascismo e le sue interpretazioni*, in Aa.Vv., *Il fascismo. Dizionario di storia, personaggi, cultura, economia, fonti e dibattito storiografico*, a cura di A. De Bernardi e S. Guarracino, cit., 79 s.; R. Canosa, *A caccia di ebrei. Mussolini, Preziosi e l'antisemitismo fascista*, Milano, 2007, p. 3 s.; R. De Felice, *Mussolini e il fascismo*, 10, cit., p. 27.

[35] E. Fraenkel, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura* (1974), trad. it., Torino, 1983, p. 23. Come ha rilevato F.A. von Hayek, *La via della schiavitù* (1944), trad. it., Milano, 1995, p. 124, tanto più all'esecutivo sono assegnati poteri discrezionali, tanto più al governo della legge verrà a sostituirsi quello arbitrario.

[36] A. De Bernardi, *Il fascismo*, cit., p. 80 s.

[37] F. Neumann, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo* (1942), trad. it., Milano, 1999, p. 123 ss.

[38] G. Mayda, *Storia della deportazione dall'Italia 1943-1945. Militari, ebrei e politici nei lager del Terzo Reich*, Torino, 2002, p. 75.

[39] R. De Felice, *Mussolini e il fascismo*, 10, cit., p. 451.

[40] Ma preannunciata per radio la sera stessa del 30 novembre: cfr. S. Zuccotti, *L'Olocausto*, cit., p. 182.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-1calvo

ebrei, anche se discriminati, a qualunque nazionalità appartengano, e comunque residenti nel territorio nazionale debbono essere inviati in appositi campi di concentramento. Tutti i loro beni, mobili ed immobili, debbono essere sottoposti ad immediato sequestro, in attesa di essere confiscati nell'interesse della Repubblica Sociale Italiana, la quale li destinerà a beneficio degli indigenti sinistrati dalle incursioni aeree nemiche; 2) Tutti coloro che, nati da matrimonio misto, ebbero in applicazione delle leggi razziali italiane vigenti, il riconoscimento di appartenenza alla razza ariana, devono essere sottoposti a speciale vigilanza degli organi di polizia. Siano per intanto concentrati gli ebrei in campi di concentramento provinciali in attesa di essere riuniti in campi di concentramento speciali appositamente attrezzati».

Di lì in poi la persecuzione degli ebrei – ancorché arianizzati[41] – da parte di Salò divenne una realtà fattuale anziché una mera un'ipotesi. Il programma concentrazionario, che sottendeva la negazione del diritto di esistere di un popolo[42], fu così esteso all'intera minoranza.

La politica ruotante attorno alla galassia dei *Konzentrationslager* sublimò a punto qualificante l'azione della Repubblica neofascista, che – lo notammo addietro – non seppe resistere alla tentazione di cooperare con i nazisti per la soluzione finale della questione ebraica[43]. Quella tentazione (o costrizione psicologica) infettò il fascismo repubblicano del sadismo tormentante e infestante sin dagli albori la mente dei nazisti[44]. La tortura d'innocenti e la loro trasformazione in carne da macello divennero il tratto distintivo del demoniaco eroismo nazista; quelle condotte disumane macchiarono di sangue indelebile anche gli aderenti alla Repubblica di Salò.

Alla caccia razziale, agevolata dalla schedatura risalente allo speciale censimento del 1938 e poi continuamente aggiornato[45], parteci-

---

[41] S. Zuccotti, *L'Olocausto*, cit., p. 187.

[42] *Ivi*, p. 160.

[43] *Ivi*, p. 203.

[44] Si veda E. Vitale, *Auschwitz*, cit., p. 156, il quale rileva che «solo con il nazismo il sadismo, l'infliggere dolore fine a se stesso, acquista una dimensione fisiologica».

[45] L. Picciotto, *La macchina antiebraica della Rsi e l'Ispettore generale per la razza Giovanni Preziosi*, in Aa.Vv., *La Repubblica sociale italiana a Desenzano: Gio-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-1calvo

parono le forze di polizia dello Stato repubblicano e le SS, cui si affiancarono bande autonome[46]. Tale schedatura offriva la possibilità ai militi italiani – che conoscevano assai meglio il territorio rispetto ai tedeschi (i quali con le sole forze a loro disposizione mai avrebbero potuto setacciare a fondo la superficie della Repubblica)[47] – di scovare gli ebrei nascosti, in maniera da procedere al loro arresto seguito dalla consegna dei perseguitati ai soldati con la svastica[48].

In una parola: il governo di Salò riuscì a mettere in piedi un meccanismo persecutorio i cui ingranaggi funzionavano efficientemente, permettendo all'alleato tedesco di usarlo come se fosse un frammento della immensa macchina attuatrice dell'Olocausto[49].

4. L'intesa antiebraica fra occupanti e occupati fu piena e totale. Salò divenne pertanto un tassello – vale la pena di ripetere – del congegno genocida nazista, al quale i neofascisti diedero il loro apporto determinante.

Il bagno di sangue addebitabile alla follia razziale assunse di conseguenza la qualifica composita di nazifascista, data la metodica cooperazione della Repubblica con Berlino per l'inveramento della profezia hitleriana. Donde ne discese la responsabilità solidale e illimitata degli uomini di Salò nella perpetrazione dello sterminio con i gerarchi del terzo Reich.

L'impronta massacratrice dello Stato repubblicano e di un fascismo oramai completamente omologato al nazismo[50], fece capire agl'italiani che anche al di qua delle alpi tutto era oramai possibile e che la spersonalizzazione dell'uomo, ovverosia l'abolizione della sua personalità giuridica, era soltanto il primo passo verso la soppressione fisica.

---

vanni Preziosi e l'Ispettorato generale per la razza, a cura di M. Sarfatti, Firenze, 2008, p. 18.

[46] M. Avagliano e M. Palmieri, *Gli ebrei*, cit., p. LII; M. Franzinelli, *Storia*, cit., p. 353 ss.

[47] M. Fioravanzo, *Mussolini e Hitler. La Repubblica sociale sotto il Terzo Reich*, Roma, 2009, p. 92.

[48] L. Picciotto, *La macchina antiebraica*, cit., p. 26.

[49] *Ivi*, p. 43.

[50] A. De Bernardi, *Il fascismo*, cit., p. 101.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-1calvo

Il programma di espellere dalla faccia del pianeta un gruppo allogeno, reo – a detta del menzognero accusatore – di pianificare la conquista del mondo, implicava – lo ha dimostrato la straordinaria forza annientatrice del sistema concentrazionario nazifascista – la cancellazione della memoria storica dei martirizzati, come se mai fossero nati o esistiti[51]. La distruzione anche del loro patrimonio culturale era difatti funzionale alla soppressione delle tracce di un intero popolo, onde evitare per sempre la corruzione giudaica della cultura ariana.

La legge, snaturata dall'abiura dei diritti naturali dell'uomo, fu lo strumento che accese il rogo infame: essa, o meglio, la sua trasfigurazione agevolata dalla cieca coazione emancipata dalla *recta ratio*, armò le mani di una classe politica, la quale fece della criminalità di Stato il proprio credo. Un credo che, disumanizzando la legge e spogliandola di basamento etico, riuscì nell'intento di far apparire come misura normale la mostruosità dell'eccidio dei civilmente morti, consumatosi nell'inferno dei *Lager*[52].

Nessun carnefice avrebbe giammai potuto sentirsi colpevole dell'ecatombe, poiché – come insegnava la «Bibbia» pagana scritta sulle pagine del *Mein Kampf* – egli si limitava a sopprimere esseri inutili e dannosi: «se gli internati sono dei parassiti, è logico che vengano uccisi col gas»[53]. Chi usava – in quanto nemico dell'umanità – le lenti distorte dell'ideologia nazionalsocialista, ce la fece persino a trovare una logica nell'impiego dei campi di sterminio per ripulire la società dai suoi corpi estranei[54].

Superato l'incubo dello stato d'eccezione, soltanto grazie alla restaurazione delle conquiste liberali e alla coeva restituzione agli ebrei dello *status* di cittadino[55] assieme alla reintegrazione dei diritti inalienabili e universali della persona, si poteva provare a suturare le ferite all'umanità inferte dall'azione animalesca di un sistema politico e giuridico che, attraverso l'involgarimento della legge scritta, ha abu-

---

[51] H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* (1973), trad. it., Torino, 2004, p. 606.

[52] *Ivi*, p. 610.

[53] *Ivi*, p. 626.

[54] *Ibidem*.

[55] G. Fubini, *La condizione giuridica dell'ebraismo italiano dal periodo napoleonico alla Repubblica*, Firenze, 1974, p. 89.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-1calvo

sato del potere formale, dissimulando il potere assoluto del male e dell'irrazionale, di un irrazionale immunizzante l'uomo-dittatore dalla coazione spirituale del dovere morale[56]. Intendiamo riferirci a una legge senza valori e a uno Stato senza etica, ove i diritti prenormativi venivano rimossi e sostituiti dalla bieca volontà di potenza, che creò le premesse per disumanizzare l'individuo, tramutandolo in *res nullius* sottoposta alla ferocia genocida d'istituzioni onnipotenti e affrancate dall'autorità del tribunale supremo della ragione universalmente valida.

La restaurazione dei valori democratico-liberali, oltre a saldare – per quanto umanamente possibile – quelle tremende lacerazioni della carne viva di persone inermi, per sempre profanate della loro dignità, serve e servirà a evitare – come ebbe a insegnarci Ermanno Vitale – che gli orrori di cui si è detto cadano con esecrabile noncuranza «nel grande fiume della violenza nella storia»[57], andando così a perdere, secondo il comune sentire, la loro raccapricciante unicità.

Abstract

Il saggio tratta dei fondamenti giuridici e filosofici degli ordinamenti nazifascisti, i quali, tramite la forza formale della legge, tramutarono l'essere umano in *res nullius*. La legge fu usata da tali ordinamenti criminali come mezzo di soppressione dell'uomo e di mortificazione della sua dignità. Il diritto degenerò così in antidiritto, ossia in uno strumento di forza e distruzione.

The essay deals with the legal and philosophical foundations of the Nazi-fascist systems, which, through the formal force of the law, transformed the human being into res nullius. The law was used by these criminal systems as a means of suppressing man and humiliating his dignity. Law thus degenerated into anti-law, that is, into an instrument of force and destruction.

[56] F. SCHILLER, *Lettere sull'educazione estetica dell'uomo. Callia o della bellezza* (1795), trad. it., Roma, 2005, p. 174. Come ebbe a scrivere G. FUBINI, *La condizione giuridica*, cit., p. 73, ricorrendo a un'azzeccata metafora, la «liberazione del territorio nazionale e la caduta del fascismo dovevano segnare l'inizio del ritorno al pendolo».

[57] E. VITALE, *Auschwitz*, cit., p. 150.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-1calvo

Cristiano Cicero

LE DIRETTRICI DI EVOLUZIONE DEL SISTEMA SUCCESSORIO

Sommario: 1. La revisione inevitabile del concetto di successione e le tre direttrici per una *Modernisierung* del diritto successorio. – 2. La riforma della successione dei legittimari. – 3. L'introduzione del contratto ereditario. – 4. La rivitalizzazione del testamento: una rinnovata "cultura" testamentaria e l'abbandono dei vecchi formalismi. – 5. Conclusioni.

1. Il processo di revisione inevitabile del concetto di successione va correlato ad alcuni eventi: α) il mutamento del sistema delle fonti; β) il fenomeno della depatrimonializzazione del diritto civile; γ) le innovazioni tecnologiche, il cui utilizzo va coniugato con la tutela delle situazioni esistenziali. In un contesto socio-economico molto mutato rispetto a quello del tempo della codificazione del 1942, è fortemente avvertita l'esigenza di un "ammodernamento" legislativo del sistema successorio italiano, ancorato allo *ius sanguinis* e preordinato alla conservazione della ricchezza nel gruppo familiare, per uniformarsi alla legalità costituzionale e comunitaria ed al modello costituzionale dell'art. 42, 2° co., Cost. Certamente non sembra ormai sostenibile, come si faceva in passato, che il diritto successorio sia il settore del diritto civile vincolato ad antichi schemi e refrattario ai rinnovamenti; la successione *mortis causa*, anzi, nel tempo contemporaneo verosimilmente non può essere limitata alla sola situazione giuridica patrimoniale, ma descrive il complesso delle vicende di rapporti giuridici sia patrimoniali sia esistenziali che nella morte di un individuo trovano il loro fondamento causale[1]. La centralità della di-

[1] Rimando a V. Barba, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, *passim*, e Id., *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle succes-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-2cicero

gnità umana deve rappresentare il programma assiologico e antifarisaico del diritto (anche di quello successorio), della legge e della giurisprudenza teorica e pratica, non potendo il linguaggio dei valori ridursi a linguaggio puramente tecnico o descrittivo, né potendo il giurista affidarsi all'idea secondo cui la validità presuppone la giustizia.

La *Modernisierung* del diritto successorio – il quale tendenzialmente non si evolve nella prassi, come avviene invece per quello delle obbligazioni e dei contratti – dovrebbe solcare tre direttrici, tra loro strettamente e inevitabilmente collegate, inerenti α) alla riforma della successione necessaria, β) all'introduzione nell'ordinamento italiano del contratto ereditario, γ) alla rivitalizzazione del testamento, prendendo coscienza delle sue potenzialità e adeguando le forme dell'atto di ultima volontà alle tecnologie dei tempi.

2. Nel codice civile non è presente la formula "successione necessaria", utilizzata comunemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza per indicare quella forma di delazione che attribuisce il diritto di successione agli stretti congiunti del defunto, anche contro la volontà di questo, come si desume dall'ultimo comma dell'articolo 457, il quale stabilisce che le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari. Di particolare impatto è la definizione di Luigi Mengoni (Villazzano, Trento 1922 - Milano 2001), per cui la successione necessaria è la successione nella legittima qualificata dall'impugnazione di disposizioni lesive dei diritti riservati ai legittimari.on poi molto diversamente, si leggeva in Antonio Cicu (Sassari 1879 - Bologna 1962) che la successione necessaria è una successione legittima "potenziata". Il punto di partenza della riflessione dovrebbe essere nel senso che la successione c.d. necessaria sempre più spesso sembra non rispondere a quella funzione solidaristica che dovrebbe esserne *ratio* e fondamento, anzi appare piuttosto assolvere lo scopo di una sterile conservazione di un patrimonio all'interno di una famiglia[2]. Legittimari, titolari del di-

sioni, in *Dir. succ. fam*., 2018, p. 745: M. Ieva, *Per una tutela non giurisdizionale della volontà del testatore*, in *Riv. dir. priv*., 2022, p. 181; G. Perlingieri, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam*., 2018, p. 1 ss.

[2] Nella dottrina moderna, V. Barba, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020, p. 11 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-2cicero

ritto alla legittima, ai sensi dell'art. 536 sono il coniuge, i figli e gli ascendenti. Ai figli sono equiparati gli adottivi. Va inoltre aggiunto, tra i soggetti c.d. legittimari, l'unito civilmente (l. n. 76/2016). Oggi, la frammentazione del modello familiare – divenuto spesso una mera sommatoria di relazioni private tra individui – rende anacronistica la previsione di una regola successoria unitaria. Per quanto attiene ai possibili interventi di riforma, la revisione del sistema di tutela dei legittimari dovrebbe essere realizzata sia sul piano quantitativo, incidendo sull'elenco degli aventi diritto e/o sull'entità del diritto medesimo (ad es. con l'esclusione del riferimento agli ascendenti), sia sul piano qualitativo (ridisegnando le quote e rivisitando la successione del coniuge superstite), ridefinendo i presupposti di riconduzione alla categoria dei legittimari e ridisegnando gli strumenti di tutela (in particolare in presenza di figli minori oppure affetti da disabilità).

3. Il sistema successorio italiano assicura l'equilibrata coesistenza di due princìpi fondamentali: rilevanza della volontà del *de cuius* di decidere del destino dei propri beni per il tempo in cui avrà cessato di vivere; conservazione della ricchezza relitta nell'ambito della famiglia secondo quote ritenute opportune. È preclusa tradizionalmente la possibilità di disporre dei propri beni *post mortem* al di fuori del testamento. Corollario di questo divieto è quello di stipulare, con finalità successorie, patti, convenzioni, accordi *mortis causa*. Il divieto dei patti successori presente nell'ordinamento italiano è frutto di una scelta tecnica del legislatore, il cui abbandono non contrasterebbe con i princìpi del nostro ordinamento. L'interrogativo da porsi è se sia da abolire il divieto dei patti successori *tout court*. L'opinione preferibile sottolinea che la compressione dell'autonomia privata derivante dall'art. 458 va posta in relazione con la tutela dei legittimari. Il contratto ereditario di diritto tedesco può essere forse un punto di riferimento. Accostare il concetto di pianificazione ereditaria allo strumento tecnico dell'atto di disposizione significa guardare un orizzonte più ampio di quello offerto dal testamento, per spingersi all'atto tra vivi. Il problema allora, inerisce alla esigenza oggi da molti avanzata di una riformulazione del divieto di contratto ereditario, considerato da molti fonte di problemi insuperabili sia per la mobilizzazione dei beni con provenienza donativa sia con riferimento al passaggio generazionale dell'im-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-2cicero

presa[3]. L'osservazione sociologica mostra una progressiva diminuzione del ricorso al testamento quale strumento negoziale regolatore della vicenda successoria. E tuttavia, rimane fortemente avvertita l'esigenza di regolare il fenomeno successorio al di fuori della successione legittima. È in questo senso meritevole di considerazione l'ampio fenomeno teso a ricomprendere qualsiasi fatto destinato ad assumere rilevanza al momento della morte di un soggetto, nonché i trasferimenti patrimoniali nei quali la scelta della configurazione da dare alla fattispecie sia in qualche modo influenzata da finalità successorie. La questione fondamentale, in una ricerca di strumenti negoziali in funzione alternativa al testamento, è certamente quella di verificarne la validità alla luce del disposto dell'art. 458. Da questa premessa, è agevole comprendere come in letteratura si sia rivolta l'attenzione all'esame di un elevato numero di negozi, e di clausole negoziali, da un particolare angolo visuale, al fine di valutare una loro possibile utilizzazione in funzione successoria[4]. In via esemplificativa, di recente la S. C. ha affermato che ferma la nullità della donazione *mortis causa* per violazione dell'art. 458 c.c., la donazione con clausola sospensiva di premorienza del donante produce effetti preliminari immediati in vita del donante ed investe un singolo bene inteso come entità separata dal resto del patrimonio, sempre che permangano l'irrevocabilità della disposizione e l'immediata costituzione del vincolo giuridico tra le parti, con conseguente attualità dell'attribuzione la cui efficacia è solo differita alla morte, avendo il donatario facoltà di compiere atti conservativi e finanche di disporre del bene[5].

4. La dottrina liberale borghese francese del diciannovesimo secolo affermava che *le testament est le triomphe de la liberté dans le droit civil*[6]. Certamente oggi la costituzionalizzazione del diritto suc-

[3] *Amplius*, C. Cicero, *Contratto e successioni*, in *Trattato Roppo*, VI, *Interferenze*, 2ª ed., Milano, 2022, p. 512 ss.

[4] In argomento, rinvio allo studio di M. Ieva, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008, p. 105 ss., e ora Id., *Dai contratti parasuccessori al contratto ereditario: un percorso da completare*, in *Riv. not.*, 2023, p. 1149 ss.

[5] Cass., 13 dicembre 2023, n. 34858.

[6] R. Troplong, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testament*, I, Bruxelles, 1885, p. I.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-2cicero

cessorio impone correttamente di respingere l'individualismo e di riconoscere al testamento la funzione di strumento complesso regolatorio di rapporti. Rimane da esplorare tuttavia la problematica dell'adeguamento delle forme testamentarie alle nuove tecnologie. L'idea di fondo dovrebbe essere nel senso di un recupero del margine di libertà più ampio possibile del testatore, ciò al fine di positivizzare l'istituto testamentario. L'interprete dovrebbe in particolare concentrarsi sul problema del formalismo testamentario, dando al medesimo un significato che vada oltre la sterile applicazione della lettera della legge; ciò che deve interessare è esclusivamente la tutela della volontà (oggettivata, mai presunta) del testatore, che in nessun caso dovrebbe rimanere frustrata in seguito ad un'applicazione meccanicistica di una regola formale. Sul presupposto che andrebbe maggiormente sostenuto l'utilizzo del testamento pubblico, la gravissima questione attiene ovviamente al rapporto tra olografo e progressiva digitalizzazione delle attività umane. La problematica pur già sentita, è ancòra sopita perché l'atto di ultima volontà è in Italia atto dell'anziano, ma molto presto diverrà la fonte dei maggiori problemi successori[7]. La garanzia di certezza, e ancòra di definitività, di ponderatezza e di libertà della manifestazione della volontà testamentaria, nonché di autenticità dell'atto, non può essere eccessiva in guisa di renderla tanto gravosa fino ad impedirla. Il rispetto delle forme non può scadere nel vuoto formalismo, che non tenga conto dei mutamenti sociali, inerenti soprattutto alla funzione attuale del testamento, all'aumento della vita media dell'individuo, al miglioramento del grado di istruzione della popolazione, all'utilizzo di nuove tecnologie. Si impone, allora, un ripensamento sia soprattutto del concetto di testamento e del suo utilizzo, in rapporto all'atto contrattuale, sia della tassatività delle forme testamentarie, arrivando anche a contestare l'esigenza della necessaria redazione per iscritto perlomeno nella tradizionale modalità cartacea.

5. La necessità di una riforma di ampio respiro delle successioni italiane, già avvenuta in altri ordinamenti europei vicini al nostro, è ineluttabile[8]. La successione necessaria deve rispondere ancóra a una

[7] C. Cicero, Il *problema del formalismo testamentario*, Napoli, 2023, p. 52.

[8] P. Perlingieri, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 135.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-2cicero

funzione solidaristica al momento dell'apertura della successione, per riflettere quella che è la solidarietà interna alla famiglia; l'osservazione permette di apprezzare la legalità della quota di riserva, auspicabilmente moderata rispetto alla previsione attuale. Esclusa la legalità di una abrogazione della successione necessaria, andrebbero tuttavia per certo rivisitate le quote (e soprattutto la loro fissità) e la riserva a favore del coniuge superstite. In argomento la proposta è *de iure condendo* di elaborare una disciplina che prevede che i legati aventi ad oggetto i diritti di abitazione e uso gravino sulla quota di riserva del coniuge e qualora questa non sia sufficiente per il rimanente sulla sola quota disponibile, profilando una tutela del coniuge tale da non pregiudicare in modo irragionevole la quota dei figli. In tale ottica, si propone di ammettere la derogabilità dell'assegnazione da parte del testatore e la previsione della monetizzazione della mancata riserva, con conversione del diritto di abitazione e di uso in equivalente monetario. L'introduzione di un nuovo terzo comma nell'art. 540 c.c. permetterebbe una maggiore tutela della libertà testamentaria[9]. Probabilmente va valorizzata in argomento l'effettività della residenza familiare, correttamente considerata alla stregua di un presupposto oggettivo al fine di riconoscere in capo al coniuge i diritti disciplinati dall'art. 540, comma 2, c.c. Ciò, in un quadro evolutivo caratterizzato dalla frantumazione del modello unitario di famiglia, e dalla proliferazione di molteplici tipologie di *famiglie*, in cui i soggetti svolgono la propria personalità.

L'introduzione possibile del contratto ereditario ha invece minore importanza della riforma della successione dei legittimari. Ammettere il contratto ereditario, verosimilmente iniziando da quello rinunziativo, impone però di riflettere sul passaggio da una devoluzione dell'eredità finora soltanto legittima e testamentaria a una devoluzione anche contrattuale. Nell'ipotesi, il contratto ereditario dovrebbe necessariamente essere formale, da concludersi per atto pubblico; con esclusione della rappresentanza; non limitante il diritto del disponente di alienare i beni; tale da rendere inefficaci le disposizioni testamentarie, sia anteriori che successive, incompatibili

[9] G. Perlingieri, *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 1224; T. Rossi, *La riserva a favore del coniuge superstite*, Napoli, 2022, p. 173.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-2cicero

con il diritto del beneficiario contrattuale; assicurando, infine, il recesso purché espressamente previsto nel contratto medesimo.

Probabilmente con opinione controcorrente, la maggiore riflessione dovrebbe inerire all'esigenza di rivitalizzazione del testamento, che, di sicuro permette di creare qualcosa che prima non c'era, ovverosia regole di disciplina di singoli rapporti. Con il testamento, in realtà, si possono realizzare quasi tutti gli effetti che si possono realizzare con il contratto e i suoi contenuti possono essere estremamente vari. Pur muovendo dagli istituti classici (istituzione di erede, legato, onere), è innegabile che, attraverso il testamento, si possano conseguire numerosi effetti. Dalla statistica emerge come ad es. nell'anno 2017 in Italia il solo 12 percento dei deceduti aveva redatto un testamento, a differenza invece del dato pari al 45 percento degli inglesi che in quello stesso anno avevano redatto un *will.* Va dato respiro all'autonomia testamentaria, e adeguato ai nostri tempi l'attuale rigido formalismo testamentario. Il rispetto delle forme non può scadere nel vuoto formalismo, che non tenga conto dei mutamenti sociali, inerenti soprattutto alla funzione attuale del testamento, all'aumento della vita media dell'individuo, al miglioramento del grado di istruzione della popolazione, all'utilizzo di nuove tecnologie. E sul punto, non può essere sottaciuto il problema della tutela del testatore fragile. A differenza di altri atti di natura patrimoniale, il testamento è spesso predisposto in momenti di instabilità fisica e psichica, quali la malattia o l'età avanzata. La possibilità di redigere un testamento olografo (ma si deve rilevare che il ricorso al testamento pubblico non esclude in radice il problema), nonché la semplicità della sua revoca, rendono tale atto particolarmente esposto alle influenze esterne; influenze peraltro in sé fisiologiche, e addirittura ricercate dal soggetto che si accinge a fare testamento, posta l'assoluta normalità della richiesta di consigli. In dottrina è stato sottolineato che l'anziano non è spesso in grado di leggere le relazioni con le altre persone nel quadro della sua storia personale, investendo in modo acritico su determinate figure, in assenza di capacità di discriminare tra il comportamento sincero e quello interessato[10]. Di recente, anche in giurisprudenza si è sostenuto che l'incapacità invali-

[10] S. Patti, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 992.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-2cicero

dante del testamento non può più essere identificata *sic et simpliciter* nei parametri rigidi dell'art. 591 c.c.[11] Non va provata, in altri termini, ai fini dell'annullamento l'assoluta incapacità naturale del testatore. La tutela della vulnerabilità va accostata alla dignità della persona; e ciò, sempre nell'ottica della centralità della persona nel nostro ordinamento affinché l'essere umano sia libero di sviluppare in modo pieno la propria personalità, di formarsi e di affermarsi.

Abstract

La modernizzazione del diritto successorio – il quale tendenzialmente non si evolve nella prassi, come avviene invece per quello delle obbligazioni e dei contratti – dovrebbe solcare tre direttrici, tra loro strettamente e inevitabilmente collegate, inerenti α) alla riforma della successione necessaria, β) all'introduzione nell'ordinamento italiano del contratto ereditario, γ) alla rivitalizzazione del testamento.

The modernization of inheritance law – which does not tend to evolve in practice, as is the case with that of obligations and contracts – should follow three lines, closely and inevitably linked, inherent α) the reform of the necessary succession, β) the introduction into the Italian legal system of the inheritance contract, γ) the revitalization of the will.

[11] Cass., 17 ottobre 2022, n. 30424, in *Giur. it*., 2023, p. 2601, con nota di C. CICERO, *Il testamento della persona vulnerabile*; in dottrina F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2022, pp. 170 e 219.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-2cicero

Carlo Dore

IL "CONTRATTO ESTORTO" AL VAGLIO DELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA: SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA TUTELA DEL MINACCIATO

Sommario: 1. Il rapporto tra contratto e reato nella più recente giurisprudenza: il "contratto estorto" come contrario a norma imperativa. – 2. Ragioni a fondamento della presente soluzione e sue criticità. – 3. Contratto concluso sulla base di una condotta illecita e violazione di norma imperativa. – 4. Estorsione e violenza morale. – 5. Considerazioni conclusive: il contratto estorto tra annullabilità, mancanza di consenso e illiceità.

1. In una serie di recenti arresti giurisprudenziali, il Supremo Collegio ha riproposto all'attenzione degli studiosi il controverso tema del rapporto tra contratto e reato, e delle conseguenze che possono derivare sul negozio dalla violazione, perpetrata in occasione del perfezionamento dello stesso, di una norma penale incriminatrice[1]. Come è noto, l'argomento che si esamina è già stato oggetto

[1] In argomento, la letteratura è particolarmente vasta. Senza pretese di completezza, si segnalano in particolare gli scritti di A. Di Amato, *Contratto e reato - Profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ*. del Consiglio Nazionale del Notariato dir. da Perlingieri, Napoli, 2003, *passim*; I. Leoncini, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006, *passim*; Aa.Vv., *Contratto e reato*, a cura di Flamini e Ruggeri, Napoli, 2014, *passim*; F. Vassalli, *In tema di norme penali e nullità del negozio*, in *Riv crit. dir. priv*., 1985, p. 467 ss.; E. Pedicini, voce *Contratto e reato*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.) - Aggiornamento*, Torino, 2007, p. 374 ss.; A. Spatuzzi. *Norma imperativa e sua violazione. Interferenze ed effetti civili dell'infrazione della norma penale*, in *Riv. dir. civ*., 4, 2016, p. 1014 ss.; G. Passagnoli, *Il contratto illecito*, in *Tratt. del contratto* dir. da Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2022, p. 521 ss.; P. Gallo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ*., V, Torino, 2017, p. 869. Ivi ulteriori riferimenti di dottrina.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

dell'analisi di autorevole dottrina, la quale ha impostato la ricostruzione del medesimo sulla distinzione tra "reati-contratto" e "reati in contratto": distinzione secondo la quale ricorre un "reato-contratto" nel momento «in cui la norma penale vieta direttamente la conclusione del contratto, in ragione dell'assetto di interessi che esso tende a realizzare», mentre il "reato in contratto" può essere ravvisato allorquando «la norma penale punisce la condotta di uno dei contraenti in danno dell'altro in fase di conclusione del contratto»[2].

Lungi dall'assecondare esigenze meramente classificatorie, la presente distinzione giustifica l'applicazione di discipline differenti alle categorie menzionate: mentre infatti, nelle ipotesi di reato-contratto, la stipulazione viene considerata nulla ai sensi del comma 1 dell'art. 1418 c.c. (ravvisandosi un conflitto tra il precetto negoziale e la norma penale imperativa), nei reati in contratto si tende generalmente ad affermare l'annullabilità del negozio stesso, in ragione dell'alterazione del consenso dell'altra parte derivante dal perpetrarsi della condotta vietata (condotta riconducibile alle categorie civilistiche della violenza o del dolo)[3].

In generale, si osserva, la soluzione più appropriata al problema in analisi «è quella di applicare al comportamento vietato la sanzione penale e di applicare al contratto la disciplina privatistica a tutela della parte, secondo la rilevanza che quel comportamento assume sul piano civilistico. La soluzione trova ragione in ciò, che la norma penale, in ipotesi, non ha ad oggetto il contratto, ma l'attività che una delle parti realizza in danno dell'altra avvalendosi del contratto. Nel caso in cui l'attività criminosa determini un vizio della volontà con-

[2] In questi termini, M. Mantovani, *La nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contratto* dir. da Roppo, IV, *Rimedi*, a cura di Gentili, Milano, 2022, p. 45. Sul tema, cfr., tra gli altri, anche I. Leoncini, *Reati-contratto e reati in contratto*, in *Contratto e reato*, cit., p. 177 ss.; M. Rabitti, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, p. 6 ss.; G. De Cristofaro, *Nullità del contrtatto* ex *art. 1418 c.c. e "reati in contratto": l'evoluzione della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Studium Iuris*, 9, 2021, p. 1030 ss.

[3] Così ragionando, un reato-contratto viene sicuramente ravvisato nelle ipotesi della ricettazione, o della vendita di prodotti con segni falsi, giacché gli articoli 648 cod. pen. e 474 cod. pen. tendono appunto a vietare l'acquisto o la vendita di beni di provenienza illecita o recanti marchi o segni distintivi contraffatti. Per contro, si qualifica pacificamente come "reato in contratto" la truffa, identificandosi il raggiro in cui la condotta criminosa si traduce nel dolo negoziale *ex* art. 1439 c.c.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

trattuale (violenza, dolo) è conseguente che sia tale vizio ad essere fatto valere»[4].

Tutto ciò premesso, le decisioni della Cassazione dianzi richiamate non recepiscono questa consolidata impostazione: esaminando il problema del contratto concluso in forza di una estorsione realizzata in danno di uno degli stipulanti[5], tali pronunce affermano – sulla scia dell'orientamento che considera nullo il negozio posto in essere a seguito della circonvenzione di un incapace[6] – non già l'annullabilità del contratto stesso per violenza (come suggerirebbe la logica dei "reati in contratto"), ma la sua nullità per contrarietà a norma penale imperativa, identificata appunto nell'art. 629 cod. pen. Si sostiene infatti che le conseguenze del reato sul contratto debbano essere determinate non già in ragione della "direzione del divieto" (contrapponendo cioè le ipotesi in cui la disposizione incriminatrice miri a impedire la stipulazione in sé considerata da quelle nelle quali viene sanzionata la condotta diretta ad addivenire al perfezionamento del negozio), ma della natura del bene giuridico che l'ordinamento intende proteggere attraverso la statuizione della disposizione incriminatrice violata[7].

---

[4] In questi termini, C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 573.

[5] Sulla fattispecie di reato dell'estorsione, si rinvia a F. Mantovani, voce *Estorsione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, *passim*, ed ai riferimenti di dottrina e giurisprudenza ivi citati.

[6] Cfr., tra le altre, Cass., 19 dicembre 2016, n. 26097; Cass., 27 gennaio 2004, n. 1427, in *I contratti*, 11, 2004, p. 997, con nota di A. Albanese, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*. Sul punto, cfr. inoltre le considerazioni di A. Fusaro, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019, spec. pp. 99 ss.; Id., *Il contratto della persona vulnerabile nella prospettiva dei rimedi*, in *Annuario del contratto 2022*, dir. da D'Angelo e Roppo, Torino, 2023, spec. pp. 31 ss.

[7] Così Cass., 27 agosto 2020, n. 17959, in *Annuario del contratto 2020*, dir. da D'Angelo e Roppo, Torino, 2021, p. 204 ss. (s.m.), con nota di R. Baldini, *Nullità del contratto concluso per effetto di estorsione: ovvero, sulla difficile distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità*; Cass. ord., 31 maggio 2022, n. 17568, in *Europa dir. priv.*, 2023, p. 624, con nota di A. Albanese, *Estorsione contrattuale: una fattispecie penale in cerca di rimedio civilistico*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2023, p. 21 ss., con nota di F. Lazzara, *Consenso estorto tra nullità ed annullabilità del contratto*, e in *Annuario del contratto 2021*, dir. da D'Angelo e Roppo, Torino, 2022, p. 115 ss. (s.m.), con nota di M. Dellacasa, *La distinzione tra regole di comportamento*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

In questo senso, ad avviso della Cassazione, «la violazione della norma penale dà luogo ad un negozio nullo ogni qual volta la disposizione violata si connoti come norma penale di ordine pubblico nel senso che l'interesse o il bene giuridico protetto dalla norma assume una connotazione pubblicistica (*omissis*) ovvero solo quando la norma penale, tenuto conto della sua *ratio*, tutela interessi generali di rilevanza pubblica». Ne consegue che: «il contratto stipulato per effetto diretto del reato di estorsione è affetto da nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, in ragione del suo contrasto con norma imperativa, dovendosi ravvisare una violazione di disposizioni di ordine pubblico in ragione delle esigenze d'interesse collettivo sottese alla tutela penale, in particolare l'inviolabilità del patrimonio e della libertà personale, trascendenti quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti perseguite dalla disciplina sull'annullabilità dei contratti»[8].

Se dunque il contratto stipulato a seguito di un'estorsione deve considerarsi nullo per violazione dell'art. 629 cod. pen. – in ragione degli appena individuati interessi generali tutelati dalla disposizione in parola –, a un diverso regime risulta esposto il negozio perfezionato in ragione di una truffa, la cui semplice annullabilità viene fatta discendere tanto dall'affermata coincidenza tra il dolo costitutivo del delitto *ex* art. 640 cod. pen. e quello che vizia il consenso negoziale ai sensi dell'art. 1439 c.c., quanto dalla identificazione del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice in questione nell'interesse (non generale ma individuale) alla conservazione del patrimonio della vittima del raggiro[9].

---

e regola di validità alla prova dei "reati in contratto": la S.C. conferma la nullità virtuale dell'accordo frutto di estorsione.

[8] In questo senso sempre Cass., 27 agosto 2020, n. 17959; Cass. ord., 31 maggio 2022, n. 17568, cit.

[9] Cfr. sempre Cass., 31 maggio 2022, n. 17568, cit., secondo cui: «è consolidato l'orientamento secondo cui il contratto concluso per effetto di truffa, penalmente accertata, di uno dei contraenti in danno dell'altro è non già radicalmente nullo (*ex* art. 1418 c.c., in correlazione all'art. 640 c.p.), ma solo annullabile, ai sensi dell'art. 1439 c.c., atteso che il dolo costitutivo del delitto di truffa non è ontologicamente, neanche sotto il profilo dell'intensità, diverso da quello che vizia il consenso negoziale, entrambi risolvendosi in artifizi o raggiri adoperati dall'agente e diretti ad indurre in errore l'altra parte e così a viziarne il consenso».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

2. Come correttamente hanno segnalato alcuni commentatori, la soluzione declinata dall'orientamento appena esposto asseconda evidenti ragioni di giustizia sostanziale, identificabili nella necessità di tutelare le vittime di un reato particolarmente riprovevole come l'estorsione, rendendo per i soggetti in questione accessibili le tutele previste dal regime giuridico della nullità. In particolare, secondo questa soluzione, non solo il ricattato potrebbe proporre senza limiti di tempo la relativa azione di accertamento (fatti salvi, ovviamente, gli effetti dell'usucapione e della prescrizione della *condictio indebiti*), ma il Giudice, dinanzi all'azione dell'estortore diretta a ottenere l'esecuzione del negozio, verrebbe a trovarsi, anche di fronte all'eventuale silenzio del convenuto, nella condizione di rilevare *ex officio* la nullità della stipulazione. Verrebbe così disinnescato il potenziale cortocircuito tra giudizio penale e tutela civile, riscontrabile nelle ipotesi in cui un soggetto, pur condannato in via definitiva per estorsione, venisse a trovarsi nella condizione di ottenere una sentenza di condanna del minacciato all'adempimento del contratto concluso a seguito della propria condotta estorsiva[10].

Eppure, ad una approfondita analisi, non sfugge come sul suddetto orientamento insistano molteplici zone d'ombra: zone d'ombra che impongono una attenta riflessione sull'opportunità di privilegiare, ai fini della determinazione delle conseguenze prodotte dall'attività delittuosa sul contratto stipulato in conseguenza di essa, il già richiamato criterio "sostanzialista" – che pone attenzione alla natura dell'interesse protetto dalla norma violata – rispetto a quello, descritto come "di natura formale", il quale per contro privilegia «la verifica del vizio introdotto nel contratto a seguito della consumazione del reato, e dei possibili rimedi di tipo civilistico, secondo la rilevanza che la condotta vietata assume in questo ambito, sicché se la condotta del contraente – pur penalisticamente rilevante – comporti

[10] Sul punto, M. DELLACASA, *La distinzione* ecc., cit., p. 117 s., laddove afferma: «Al verificarsi di situazioni come quella che alimenta la controversia portata all'attenzione della S.C. – nel contesto della quale la vittima del reato non aveva chiesto l'annullamento del contratto (*omissis*) – escludere senz'altro la nullità comporterebbe un esito iniquo e paradossale: la vittima del reato verrebbe condannata in sede civile ad eseguire una prestazione a favore di un soggetto condannato in sede penale, mentre il processo civile verrebbe utilizzato da quest'ultimo per realizzare il risultato perseguito con la consumazione del reato».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

soltanto un vizio del consenso della controparte, il contratto si ritiene affetto da annullabilità»[11].

Le zone d'ombra a cui si è appena fatto cenno investono infatti due profili di notevole complessità, fatalmente intersecati dal tema del rapporto tra contratto e reato: quello della qualificabilità del contratto concluso sulla base di una condotta illecita come nullo per contrarietà a norma imperativa; e quello dell'impatto che una simile qualificazione riferita al "contratto estorto" produrrebbe sull'istituto della violenza e sulla sua posizione nel sistema delle invalidità.

3. Muovendo dal primo dei profili individuati, il tema della nullità del negozio contrario a norme imperative rappresenta notoriamente uno dei passaggi più impervi dello studio del diritto dei contratti, caratterizzato da ragioni di complessità che per forza di cose travalicano la portata di questo scritto[12]. Limitando il discorso all'essenziale, si può affermare che la nullità prevista dall'art. 1418 comma 1 c.c. ricorre nel momento in cui la regola contrattuale contravviene ad una norma non solo inderogabile, ma anche posta a tutela di un interesse generale[13], ovvero, secondo una differente lettura della disposizione in parola, di un interesse sottratto alla libera disponibilità dei privati[14].

Peraltro, statuendo la medesima disposizione che il contratto contrario a norme imperative deve considerarsi nullo "salvo che la

[11] In questi termini ancora Cass., 27 agosto 2020, n. 17959; Cass. ord., 31 maggio 2022, n. 17568, cit.

[12] Sempre senza pretese di completezza, cfr. sul tema i contributi di G. De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Il contratto - Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2012, p. 257 ss.; G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, *passim*; A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, *passim*; Id., *Non tutto ciò che è "virtuale" è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Europa dir. priv*., 2, 2012, p. 503 ss.; M. Rabitti, *Contratto illecito* ecc., cit., p. 115 s.; A. Gentili, *Le invalidità*, in *Tratt. dei contratti* dir. da Rescigno e Gabrielli, I, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 2006, p. 1539 ss.; M. Mantovani, Le *nullità* ecc., cit., p. 35 ss.; P. Gallo, *Il contratto*, cit., p. 848; C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 572 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv*. dir. da Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 693 ss.; F. Galgano, *Il contratto*, Padova, 2020, p. 269 ss.

[13] Sostiene questa posizione F. Galgano, *op. cit*., p. 272.

[14] Così M. Mantovani, *op. ult. cit*., p. 40; V. Roppo, *op. ult. cit*., p. 701.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

legge disponga diversamente", la dottrina propone tre diverse interpretazioni del principio contenuto in siffatto enunciato: secondo alcuni autori, la nullità non opererebbe allorquando, pur in presenza della violazione di una norma imperativa, si riscontra una espressa esclusione della nullità medesima da parte del legislatore; secondo altri studiosi, invece, la nullità sarebbe preclusa dalla previsione di una differente sanzione quale conseguenza della contrasto tra negozio e disposizione imperativa; infine, in base ad un'ultima costruzione, l'esclusione della nullità sarebbe ricavabile dalla *ratio* della norma violata[15].

Tutto ciò premesso, è tuttora largamente condivisa l'opinione secondo cui: «perché possa ritenersi nullo il contratto, in assenza di un'espressa previsione in tal senso nella specifica norma violata, è invece necessario che il contenuto programmatico dell'atto (eventualmente in concorso con altri elementi) esprima il disvalore che ne giustifica la proibizione, rendendo coerente dal punto di vista logico la negazione degli effetti negoziali con il divieto previsto dalla legge». Infatti, «contrario alle norme imperative non può che essere il "contratto" come regolamento, in quanto soltanto di questo si potrebbe ragionevolmente negare la validità e l'efficacia, mentre non avrebbe alcun senso predicare la nullità di comportamenti e delle omissioni nella fase che precede la formazione del consenso, nonostante questi assumano rilevanza come violazione di precisi obblighi di condotta»[16].

---

[15] La prima soluzione è sostenuta da A. Albanese, *Violazione di norme imperative* ecc., cit., p. 96 ss.; per la seconda impostazione, cfr. invece L. Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, Napoli, rist. 2014, p. 149; sembra invece aderire all'ultima costruzione G. Villa, *op. cit*., p. 78.

[16] In questi termini, A. Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi*, in *Corr. giur.*, 1, 2008, p. 107 ss. Nello stesso senso, C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 573; E. Del Prato, *Le annullabilità*, in *Tratt. del contratto*, dir. da Roppo, IV, *Rimedi*, cit., p. 187, il quale, con specifico riferimento al contratto contrario a norma penale imperativa, osserva: «Un criterio utile a comprendere il problema viene dalla constatazione che la nullità del contratto stipulato in violazione di norme penali deriva dal contrasto del regolamento, e dunque del programma perseguito, con le norme imperative, non invece dal modo in cui il contratto viene concluso. Se poi il presidio contro tale modo di conclusione si riflette in un'altra forma di patologia non vi è spazio per un'ipotesi di nullità».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

Una posizione, quella appena espressa, che trova riscontro nella ben nota pronuncia delle Sezioni Unite in tema della nullità dei contratti di intermediazione finanziaria, pronuncia la quale ritorna sulla distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, precisando che: «la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a procurarne la nullità»[17].

Queste considerazioni pongono, a nostro avviso, una serie di ostacoli difficilmente superabili per i sostenitori dell'orientamento che considera il contratto estorto nullo per contrarietà alla norma penale imperativa di cui all'art. 629 cod. pen. Nell'ipotesi che si esamina, infatti, il divieto cristallizzato nella disposizione incriminatrice si appunta non sul regolamento di interessi elaborato dai privati – che di per sé non collide con quanto statuito dalla disposizione stessa –, bensì sulla condotta precontrattuale messa in atto in danno di una delle parti dall'altro contraente o da un terzo per addivenire alla conclusione del negozio: condotta identificabile nella violenza o minac-

[17] Così Cass. S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno e responsabilità*, 5, 2008, p. 525 ss., con nota di V. Roppo, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*. Sul tema, cfr. inoltre G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2002, p. 37 ss.; G. Perlingieri, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, Napoli, 2003, *passim*; C. Cicero, voce *Regole di validità e di responsabilità*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, *Agg.*, IX, Torino, 2014, p. 539 ss. ed i riferimenti di dottrina ivi richiamati. Al riguardo, si osserva come, specie nella legislazione di più recente introduzione, esistano svariate ipotesi di nullità collegate all'inosservanza di doveri precontrattuali (si pensi, solo a titolo di esempio, alla previsione di cui all'art. 2 del d.lgs. 122 del 2005 in materia di tutela degli acquirenti di immobili da costruire, che sanziona con la nullità del contratto di vendita l'inosservanza, da parte del venditore, dell'obbligo di procurare al compratore una fideiussione per un valore corrispondente al corrispettivo da questi versato prima del trasferimento della proprietà): si tratta tuttavia di ipotesi di nullità testuale – come tali riconducibili alla previsione dell'ultimo comma dell'art. 1418 c.c. – e che dunque non richiamano il problema della contrarietà del contratto a norma imperativa, contemplato dal comma 1 dello stesso art. 1418 c.c.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

cia diretta a assicurare (attraverso la stipula del contratto) un vantaggio al suo autore con corrispondente danno per il destinatario della stessa, e che pertanto si sovrappone con la fattispecie della violenza morale, individuata dal legislatore tra le cause di annullabilità della stipulazione[18].

Le stesse decisioni che declinano l'opinione da noi confutata sembrano considerare la rilevanza di questa obiezione, nel momento in cui tentano di valorizzare l'*obiter dictum*, riscontrabile nella sopra richiamata pronuncia delle Sezioni Unite, secondo cui, con riferimento al problema del negozio concluso attraverso la circonvenzione di un incapace, «occorrerebbe forse rimeditare se ed entro quali limiti l'illiceità penale della condotta basti a giustificare l'ipotizzata nullità del contratto sotto il profilo civile»[19]. Così statuendo, il Supremo Collegio avrebbe, secondo le sentenze in analisi, «evidenziato che (*omissis*) deve assecondarsi la direzione intrapresa da quella giurisprudenza che tende a ricondurre al vizio della nullità anche la violazione di norme che riguardano elementi estranei a quel contratto o a quella struttura»[20]. Argomento, in verità, non del tutto persuasivo, giacché l'esigenza di "rimeditare" palesata dalle Sezioni Unite potrebbe paradossalmente essere diretta a favorire una rivalutazione non già della distinzione tra norme di validità e norme di comportamento, nella sua applicazione alle ipotesi di contratto contrario a norma penale, bensì della conclusione (della nullità del contratto

[18] Descrive il contratto estorto come annullabile per violenza E. Del Prato, *op. cit.*, p. 185, laddove afferma: «Non sorge questione allorché la violazione della norma imperativa concerne un comportamento strumentale alla conclusione del contratto (come accade per la minaccia e l'estorsione, che, sul terreno negoziale, danno luogo ad annullabilità), perché tale norma non è violata dal programma contrattuale. Né si pone questione quando sorge un contrasto tra tale programma e la norma imperativa, perché qui la ragione di annullamento resta assorbita dalla nullità». Successivamente (p. 189), nell'esaminare l'orientamento che descrive il contratto estorto come nullo per contrarietà a norma penale imperativa, l'Autore manifesta la necessità di: «calibrare in misura differenziata il peso dell'estorsione a seconda dell'entità dell'"ingiusto profitto" che il colpevole ha procurato a sé o ad altri "con altrui danno", non potendosi espandere l'area della nullità a tutti i casi di consenso estorto con violenza (art. 1427) o dal quale conseguono "vantaggi ingiusti" (art. 1438)».

[19] In questi termini Cass. S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.

[20] Così Cass. ord., 31 maggio 2022, n. 17568, cit.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

concluso dall'incapace circuito) individuata a sostegno della tesi in contestazione.

Ancora, come in precedenza osservato, nel ravvisare la nullità per contrarietà a norma penale imperativa del negozio estorto, i sostenitori della suddetta tesi danno rilievo (non alla direzione del divieto, secondo lo schema "reati-contratto"/"reati in contratto", ma) all'interesse oggetto della norma violata, contrapponendo in questo senso le disposizioni incriminatrici di ordine pubblico (e cioè poste a protezione di interessi generali, tra le quali viene fatta rientrare l'art. 629 cod. pen.) a quelle che presidiano interessi più marcatamente individuali (come l'art. 640 cod. pen., relativo alla truffa): mentre alla violazione delle prime si riconnette la violazione la nullità della stipulazione, si associa per contro alla contravvenzione delle altre l'annullabilità della stessa[21].

Anche quest'ultima affermazione è però destinata ad andare incontro a tre rilievi di non poco momento: in primo luogo, si segnala infatti che la norma relativa al reato di truffa è del pari posta a tutela di un interesse generale, risolvendosi nell'assunto in forza del quale «è interesse generale che la volontà di ogni contraente (ancorché capace di intendere e di volere) non sia alterata da condotte ingannevoli o minacciose. Ebbene, tale interesse [che è anche l'interesse di ogni cittadino a che il processo civile non venga utilizzato per conseguire il risultato di un reato] viene ritenuto adeguatamente salvaguardato dall'azione di annullamento e dall'eccezione di annullabilità se la vittima è stata raggirata mentre era capace di intendere e di volere»[22].

---

[21] Cfr. sempre Cass. ord., 31 maggio 2022, n. 17568, cit., la quale, esaminando le due fattispecie del contratto concluso sulla base di una truffa e di quello perfezionato attraverso la circonvenzione di incapace, osserva: «I due diversi orientamenti, in relazione alle diverse ipotesi di reato, sono entrambi coerenti con l'interpretazione dell'art. 1418 c.c., cui si intende aderire, atteso che, nel primo caso, la norma penale violata (art. 640 c.p.) mira a tutelare un interesse privo di rilevanza pubblica, quale è quello connesso alla tutela del patrimonio del soggetto passivo; nel secondo caso, la norma penale violata (art. 643 c.p.) mira a tutelare esigenze di interesse collettivo sottese alla tutela della libertà di autodeterminazione dell'incapace».

[22] Così M. DELLACASA, *La distinzione* ecc., cit. p. 119. Sul punto, anche M. MANTOVANI, *Violazione di norme penali e nullità virtuale del contratto*, in *Contratto*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

In secondo luogo, non sfugge come la più recente legislazione abbia inoculato nell'ordinamento una serie di disposizioni – a protezione di specifiche categorie di contraenti, percepiti come deboli, e dunque particolarmente meritevoli di protezione – certamente qualificabili come imperative (con conseguente nullità del negozio realizzato in violazione di esse), ancorché volte a salvaguardare gli interessi specificamente riconducibili alle categorie protette[23].

Infine, dinanzi a una costruzione che nella sostanza distingue tra norme penali imperative di "ordine pubblico" e norme penali imperative "non di ordine pubblico" (ravvisando solamente nella violazione delle prime una causa di nullità del negozio), torna in rilievo l'osservazione, formulata da autorevole dottrina, secondo la quale: «una volta detto che la norma imperativa che comporta la nullità è quella di ordine pubblico, si opera una restrizione delle ipotesi di nullità: perché non tutte le norme imperative sono di ordine pubblico. Ed allora l'art. 1418, 1° comma cod. civ., finisce per essere letto come se dicesse: "è nullo il contratto contrario all'ordine pubblico"»[24].

4. Le criticità che emergono dalla ricostruzione del contratto estorto come nullo per contrarietà all'art. 629 cod. pen. conducono, come dianzi accennato, a riflettere sull'inciso finale dell'ultimo

---

e reato, cit., p. 113, la quale evidenzia: «la contraddizione insita nel prospettare – sul terreno civilistico – quale conseguenza della violazione della norma imperativa penale, intesa come norma di ordine pubblico, talora la nullità (virtuale) del contratto (come nel caso della circonvenzione di persone incapaci), talaltra la semplice annullabilità per vizi del consenso».

[23] Cfr., sul punto, M. Mantovani, *Le nullità* ecc., cit., p. 39 ss.

[24] In questi termini, G. De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 264. Sul concetto di ordine pubblico, cfr. V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 384, il quale descrive l'ordine pubblico come: «l'insieme dei principi politici, sociali, economici che sono a base dell'ordinamento giuridico in un determinato momento storico». In alcuni casi, questi principi sono direttamente cristallizzati in disposizioni espressamente statuite (che evidentemente configurano delle norme imperative), mentre in altri essi emergono «da norme o complessi di norme che, pur senza enunciarli, li presuppongono». In letteratura, tra gli altri, G.B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, *passim*; Id., voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1040 ss.; A. Guarneri, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti di diritto civile*, Milano, 1974; L. Lonardo, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1992.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

comma dell'art. 1418 cod. civ., laddove si afferma la nullità del negozio contrario a norme imperative, "salvo che la legge disponga diversamente". Già nel paragrafo precedente abbiamo avuto modo di chiarire come, al netto delle differenti ricostruzioni che possono offrirsi in ordine al contenuto del presente enunciato, la nullità della stipulazione vada esclusa allorquando il legislatore sanziona la contravvenzione delle norme in esame attraverso l'applicazione di un differente rimedio, come appunto l'annullabilità.

Si apre allora il secondo dei fronti di indagine individuato nei passaggi introduttivi di queste nostre note, costituito appunto dalla possibilità di identificare la violenza o minaccia in cui si risolve il comportamento estorsivo nella violenza morale regolata dall'art. 1434 c.c. Premesso infatti che la violenza ricorre proprio allorquando la volontà di un soggetto risulta coartata, ai fini della stipula di un successivo contratto, attraverso la minaccia (prospettata dall'altro contraente o da un terzo) di un male ingiusto e notevole[25], viene quasi spontaneo descrivere siffatto vizio del consenso come la proiezione nel diritto civile della condotta integrante la fattispecie incriminatrice dell'estorsione, con conseguente qualificazione in termini (non già di nullità, bensì) di annullabilità del negozio concluso sotto la spinta di essa[26].

In questa prospettiva, la carica di illiceità che connota la condotta estorsiva in cui la violenza si identifica proietta la sua onda lunga sulla fase di esecuzione del contratto: non si deve infatti dimenticare che la coartazione non è normalmente riferita alla sola stipulazione, ma investe anche le condotte attuative della stessa, dalle quali dipende il concreto perseguimento dell'utilità a cui l'autore della minaccia aspira attraverso il negozio. Questa carica di illiceità trova puntuale riscontro nella disciplina dell'annullamento, la quale

[25] Tra i tanti contributi dedicati al tema della violenza, si segnalano in particolare gli scritti di G. Criscuoli, *Violenza fisica e violenza morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 127 ss.; A. Figone, *La violenza*, in *Cod. civ. comm.* dir. da Schlesinger e Busnelli, artt. 1434-1438, Milano, 2005, *passim*; C. Cicero, *La violenza nel negozio giuridico*, Padova, 2000, *passim*; L. Corsaro, *Violenza (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994; G. D'Amico, *Violenza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 858 ss.; E. Del Prato, *Le annullabilità*, cit., p. 295 ss.

[26] V. *supra*, i riferimenti richiamati alla nota 18.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

non a caso impone, ai fini della convalida tacita, l'integrità del volere del minacciato (escludendo così che all'esecuzione della prestazione contrattuale da parte del soggetto che ancora si trova sotto la pressione della minaccia possa essere attribuita efficacia sanante dell'invalidità inficiante il negozio estorto), e individua il *dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione dell'azione regolata dagli artt. 1441 ss. cod. civ. nel momento in cui la violenza viene a cessare. Inoltre, sempre nella prospettiva appena indicata, si segnala come, anche una volta prescritta l'azione di annullamento, il minacciato conservi comunque la possibilità di rifiutare l'esecuzione del contratto concluso sulla base della condotta estorsiva, facendo valere la violenza in via di eccezione[27].

La sovrapposizione tra violenza ed estorsione viene però contestata dalla corrente di pensiero la quale, muovendo dalla lettera dell'art. 629 cod. pen., evidenzia come, nell'estorsione, la minaccia sia diretta a procurare un "ingiusto profitto" all'autore della stessa (ravvisabile allorquando «la corrispondente pretesa manchi di qualsiasi fondamento o sia indebita per l'entità, per il soggetto che la richiede o il momento in cui è avanzata») e un corrispondente danno per la vittima (a sua volta descritto alla stregua di un pregiudizio avente «un carattere patrimoniale e può anche consistere nell'assunzione dell'obbligo di effettuare una determinata prestazione patrimoniale)[28].

Tutto ciò premesso, «con riguardo al rapporto tra estorsione e concussione, da un lato, e violenza – vizio, dall'altro, occorre rilevare che le norme di diritto penale richiedono, come si è visto, che la prestazione estorta sia indebita (art. 317 c. pen.) o dannosa, e determini il conseguimento di un profitto ingiusto (art. 629 c. pen.). Viceversa, gli artt. 1434 ss. cod. civ., in tema di violenza non richiedono tale requisito (*omissis*). Non esiste affatto, di conseguenza, una coincidenza tra le fattispecie della concussione e della estorsione da un lato e della violenza civile dall'altro. Le prime sono caratterizzate da un elemento specializzante, costituito, appunto, dalla ingiustizia dell'atto di disposizione. Ne deriva che un contrasto tra atto di disposizione e

[27] Sui vari profili della disciplina generale dell'annullamento, si rinvia a G. Marini, *Il contratto annullabile*, in *Tratt. del contratto* dir. da Roppo, IV, cit., p. 321 ss., e ai riferimenti di dottrina e giurisprudenza ivi richiamati.

[28] In questi termini, A. Di Amato, *Contratto e reato* ecc., cit., p. 191.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

norma è ravvisabile solo rispetto alle previsioni penalistiche e non a quelle civilistiche. Queste ultime, di conseguenza, non sono idonee a essere considerate derogatorie della disciplina generale contenuta nel primo comma dell'art. 1418 cod. civ., in quanto non prendono in considerazione, a differenza delle norme penali sulla concussione e sulla estorsione, il contenuto dell'atto di disposizione frutto dell'indebita interferenza sull'altrui libertà di determinazione»[29].

Se tuttavia questa posizione fosse accolta, si andrebbe per forza di cose incontro a una conseguenza estrema: vale a dire la sostanziale espunzione della violenza (quale causa di annullabilità) dal sistema, assorbita come sarebbe dalla nullità per violazione della norma penale imperativa. Posto infatti che lo schema della violenza normalmente ricorre nel momento in cui un soggetto si vede imposta, tramite la prospettazione di un male ingiusto, la stipula di un contratto di cui altrimenti non avrebbe accettato la conclusione (ritenendolo evidentemente non compatibile con i propri interessi, e in tal senso considerandolo "pregiudizievole") e di cui per contro il minacciante aspira al perfezionamento (per incamerare un vantaggio altrimenti inaccessibile, e soprattutto non realizzabile con la protezione dell'ordinamento), la presente lettura giungerebbe a qualificare il negozio appena descritto come nullo per contrasto con l'art. 629 cod. pen., e circoscriverebbe l'area dell'annullabilità per violenza alle ipotesi (difficilmente configurabili nella pratica) nelle quali la minaccia è diretta alla conclusione di un contratto che non assicura un profitto al minacciante e che risulta vantaggioso (o quantomeno non pregiudizievole) per il ricattato.

La differente formulazione delle due norme potrebbe viceversa trovare la sua ragion d'essere nella diversa finalità delle stesse: mentre la disposizione penale prende in considerazione la posizione dell'autore della minaccia – il cui comportamento diretto a influenzare l'altrui condotta, per assicurarsi un ingiusto profitto in danno del ricattato, viene sanzionato tramite la pena prevista per il reato di estorsione –, l'art. 1434 cod. civ. è posto a tutela del minacciato, al quale viene offerta – tramite l'azione di annullamento – la scelta in ordine alla conservazione o alla distruzione di un negozio stipulato a seguito

[29] Così sempre A. Di Amato, *op. cit.*, p. 195.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

della prospettazione del male ingiusto e notevole.

5. Le riscontrate connessioni tra l'estorsione diretta alla conclusione di un contratto e la sua annullabilità per violenza lasciano spazio ad un ultimo interrogativo: è infatti possibile domandare se le criticità emergenti dall'esame della tesi che afferma la nullità del contratto estorto per contrarietà all'art. 629 cod. pen. impediscano di evitare quel possibile conflitto tra tutela civile e giudizio penale descritto nei paragrafi introduttivi di questo scritto, e destinato a venire meno attraverso l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1421 ss. cod. civ.

A nostro avviso, prendendo atto delle tante zone d'ombra proposte dalla suddetta ricostruzione, residua comunque qualche spazio per collocare nell'alveo della nullità alcune particolari ipotesi di negozio perfezionato attraverso una condotta estorsiva. In questo senso, occorre innanzi tutto rilevare che la dottrina è pressoché concorde nel ritenere il contratto annullabile per violenza morale allorquando «la violenza, ancorché ne perturbi la volontà, non impedisce che si formi una dichiarazione di volontà contrattuale effettivamente riferibile alla parte»[30].

Si tratta di quella che autorevole dottrina (nel tentativo di ripensare la tradizionale contrapposizione tra violenza fisica e violenza morale) descrive come "violenza relativa"[31]: dinanzi alla prospettazione del male ingiusto e notevole, il contraente minacciato "sceglie" di procedere alla conclusione di un negozio che altrimenti non avrebbe posto in essere, ritenendo in qualche modo preferibile vincolarsi ad esso piuttosto che subire il contenuto della minaccia. In queste situazioni, anche qualora la condotta del minacciante integri il reato di estorsione, le considerazioni formulate nei paragrafi precedenti inducono a qualificare il contratto annullabile per vizio del consenso, non ricorrendo nessuna delle cause di nullità previste dall'art. 1418 c.c.

[30] In questi termini, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 774.

[31] La distinzione tra violenza assoluta e violenza relativa è proposta in particolare da G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 863 ss., e da A. FIGONE, *op. cit.*, p. 31 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

Il discorso assume per contro differenti connotati allorquando si esaminano le situazioni nelle quali la coartazione innervante la condotta estorsiva «per l'immediatezza e la gravità del male prospettato, sopprime la volontà del minacciato (si pensi al noto esempio di colui che sottoscrive un atto con la pistola puntata alla tempia)»[32]. Dinanzi ad una minaccia che non "vizia" semplicemente la volontà del ricattato (lasciando al destinatario della stessa quel margine di scelta a cui si è appena fatto cenno) ma di fatto la azzera, traducendosi in una costrizione irresistibile diretta alla stipulazione, ecco profilarsi una violenza c.d. "assoluta" che rende nullo il negozio: nullità tuttavia riconducibile non già all'appena richiamato comma 1 dell'art. 1418, bensì alla categoria delle nullità strutturali di cui al secondo comma della disposizione in parola, in ragione della mancanza dell'elemento essenziale dell'accordo[33].

[32] Così E. DEL PRATO, *op. cit*., p. 298. Sul punto, la posizione espressa nel testo – che ravvisa, nel caso del contratto concluso da un soggetto che conclude il contratto con una pistola puntata contro, un'ipotesi di violenza assoluta, e come tale idonea a generare la nullità della stipulazione – rappresenta già di per sé un incremento della tutela del minacciato. La dottrina più risalente, infatti, qualificava il negozio posto in essere sotto la minaccia di un'arma da fuoco come annullabile per violenza morale, sulla base del rilievo secondo cui: «Sembra però che si debba conservare netta la distinzione dalla *vis physica*, perché quella si riferisce direttamente all'atto della manifestazione. Nei riguardi della *vis moralis*, la distinzione si riduce a questione di specie, a questione di confini. Fino a che c'è una volontà, sia pure non libera (*coactus voluit*) avremo annullabilità per vizio del volere; dove invece si può escludere che ci sia una volontà, avremo, per altra causa, nullità radicale, per mancanza dell'elemento essenziale, fondamentale di ogni negozio». Sono parole di A. TRABUCCHI, voce *Violenza (vizio della volontà - diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it*., Torino, XX, 1957, p. 943.

[33] Sul punto, cfr. P. GALLO, *op. cit*., p. 761 s. Come segnalato nel testo, la distinzione tra violenza assoluta e violenza relativa vorrebbe superare quella tra violenza fisica e violenza morale, che identifica nella prima una causa di nullità della stipulazione per mancanza di consenso ravvisabile allorquando ricorrono le ipotesi di scuola (e come tali, di difficile riscontro pratico) del soggetto che firma un contratto perché altri gli conduce la mano, o che accetta l'offerta ad un'asta perché altri gli solleva il braccio. Rileva peraltro V. ROPPO, *op. ult. cit*., 774, come anche la dicotomia violenza assoluta/violenza relativa lasci spazio ad una "zona grigia" nella quale ricadono situazioni in cui è incerto se la minaccia subita da uno degli stipulanti renda la volontà del medesimo assente o semplicemente viziata: si pensi al caso del soggetto che firma un contratto perché l'altra parte ha posato una pistola sul tavolo della trattativa.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

Inoltre, l'annullabilità per violenza ricorre nel momento in cui la minaccia risulta diretta al perfezionamento di un contratto che (al netto della perturbazione subita dal volere di uno degli stipulanti) non presenta profili di illiceità nei suoi elementi essenziali: a indurre, in altri termini, un soggetto alla stipulazione di un negozio di cui altrimenti non avrebbe proceduto alla stipula, ma che, una volta posto in essere, non risulta caratterizzato da profili di illiceità né con riferimento al suo oggetto, né tantomeno alla sua causa. Tale affermazione mantiene, per le ragioni illustrate nelle pagine precedenti, intatto il suo valore anche allorquando la suddetta minaccia integra la fattispecie incriminatrice dell'estorsione, appuntandosi il giudizio di disvalore cristallizzato nell'art. 629 cod. pen. sulla condotta del ricattatore e non sul contratto concluso in forza di tale condotta[34].

Possono tuttavia profilarsi comportamenti estorsivi diretti alla conclusione di accordi (aventi contenuto patrimoniale) che programmano prestazioni evidentemente disapprovate dall'ordinamento o che divisano assetti di interesse non meritevoli di tutela per lo stesso ordinamento giuridico: si pensi, a titolo di mero esempio, al caso del soggetto che vede il suo computer contaminato da un virus, e che accetta di pagare all'autore dell'attacco informatico un corrispettivo per ottenere la restituzione dei dati; o, ancora, al caso della persona che corrisponde una somma di denaro a chi minaccia di diffondere informazioni private o immagini compromettenti, al fine di impedire la divulgazione delle stesse. Detti accordi, perfezionati sulla base di una coartazione certamente riconducibile allo schema dell'estorsione declinato dall'art. 629 cod. pen., risultano *ictu oculi* configurabili come nulli (con conseguente applicazione del regime di cui agli artt. 1421 ss. cod. civ.), ma la causa di siffatta nullità non deve rinvenirsi, per le ragioni in precedenza esposte, nella violazione della norma penale imperativa, bensì nell'illiceità dell'oggetto o della causa della stipulazione, secondo quanto previsto dal comma 2 dell'art. 1418 cod. civ.[35].

[34] In questo senso, a titolo di esempio, deve certamente considerarsi annullabile il contratto con cui un lavoratore accetta di alienare un proprio bene (del quale altrimenti non era disposto a privarsi) al suo datore di lavoro sotto la minaccia del licenziamento.

[35] Cfr., sul punto, M. MANTOVANI, *Le nullità*, cit., p. 46, che descrive appunto il contratto stipulato sulla base di un'estorsione come nullo per illiceità della causa.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

Torna dunque in rilievo, sotto questo profilo, la contrapposizione, costantemente richiamata dalla dottrina, tra contratti "illeciti" e "contratti illegali", secondo la quale devono definirsi illeciti quei negozi il cui oggetto o la cui causa collide con una norma imperativa, con l'ordine pubblico o con il buon costume, mentre si considerano illegali i contratti che, contrastando con una norma imperativa sotto un profilo diverso dall'oggetto o dalla causa, ricadono sotto la previsione della nullità prevista dal comma 1 dell'appena richiamato art. 1418[36].

Dall'analisi finora svolta, emerge dunque come la reazione, sul piano civilistico, alla condotta estorsiva diretta a addivenire alla stipulazione di un contratto deve essere differentemente graduata a seconda dell'impatto che tale condotta sortisce sulla libertà di determinazione del ricattato, e sull'oggetto e sulla causa della stipulazione. Così ragionando, il contratto si considera infatti annullabile per violenza nel momento in cui l'intensità della minaccia è tale da incidere sulla prestazione del consenso da parte del minacciato, senza però recidere integralmente il nesso di imputazione tra dichiarazione e volontà del soggetto in questione; inoltre, la coartazione perpetrata in danno del medesimo deve generare la prestazione di un consenso viziato in ordine a un negozio scevro da profili di illiceità in ordine al suo contenuto.

Per contro, la qualificazione del contratto estorto in termini di nullità può basarsi ora sul riferimento alla nullità "strutturale" per mancanza di accordo (nelle ipotesi in cui l'intensità della minaccia

[36] Sulla distinzione tra contratti illeciti e contratti illegali, cfr., tra i tanti, M. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 69; V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 700 ss.; G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, cit., p. 565 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 260. Come è noto, la contrapposizione tra contratti illeciti e contratti illegali implica la soggezione delle due fattispecie a un differente regime, ferma restando la comune connotazione in termini di nullità. Volendo ridurre il discorso all'essenziale, ricordiamo solo che, mentre il contratto illecito, ai sensi dell'art. 1418 cpv. cod. civ, deve sempre considerarsi nullo, il contratto illegale è nullo solamente se la norma imperativa violata non dispone diversamente. Ancora, ai sensi dell'art. 2126 cod. civ., la nullità del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il medesimo ha avuto esecuzione, salvo che la nullità del contratto stesso non derivi da nullità dell'oggetto o della causa. Infine, in base all'art. 2035 cod. civ, la prestazione oggetto di un contratto nullo è suscettibile di ripetizione, sempreché la medesima prestazione non costituisca offesa al buon costume.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

esclude ogni determinazione volitiva del ricattato in ordine alla stipulazione), ora sull'illiceità dell'oggetto o della causa del negozio che il minacciato conclude per effetto della coartazione. Ma se dunque in questo senso il contratto estorto può considerarsi nullo in quanto illecito ai sensi dell'art. 1418 cpv., le argomentazioni in questa sede sviluppate rendono assai più ardua la sua ricostruzione nei termini di un contratto illegale nullo per contrarietà al più volte richiamato art. 629 cod. pen., e come tale idoneo a superare la tradizionale distinzione tra "reati-contratto" e "reati in contratto", destinata invece a mantenere intatto il suo rilievo ai fini della ricostruzione del rapporto tra atto di autonomia privata e norma penale imperativa.

Abstract

Lo scritto esamina criticamente l'orientamento, declinato dalla più recente giurisprudenza del Supremo Collegio, secondo il quale il contratto concluso sulla base di una condotta integrante il reato di estorsione dovrebbe considerarsi nullo per contrarietà alla norma penale imperativa di cui all'art. 629 cod. pen. A confutazione di tale argomento, si osserva infatti che la nullità *ex* art. 1418 comma 1 c.c. ricorre allorquando oggetto del divieto contenuto nella norma imperativa violata sia il "contratto" inteso come regola convenzionale elaborata dalle parti, non la condotta diretta ad addivenire alla stipulazione dello stesso. Anche alla luce dell'inciso finale contenuto nella norma appena o richiamata (secondo cui il contratto contrario a norma imperativa deve considerarsi nullo "salvo che la legge disponga diversamente), la violenza o la minaccia perpetrata in danno di una delle parti – per indurla alla prestazione del consenso in ordine a un negozio altrimenti non voluto (e funzionale a procurare un vantaggio per il minacciante, con correlativo danno per il minacciato) – sembra viceversa coincidere con la fattispecie della violenza morale, con conseguente annullabilità della stipulazione ai sensi degli art. 1434 ss. cod. civ.

Tutto ciò premesso, il negozio perfezionato sulla base della condotta estorsiva può essere considerato nullo solamente qualora la suddetta condotta integri una "violenza assoluta" tale da escludere la configurabilità di un accordo (azzerando di fatto la libertà di scelta in capo al ricattato in ordine alla prestazione del consenso), ovvero qualora sia diretta alla conclusione di un contratto avente oggetto o causa illeciti: ipotesi di nullità pertanto riconducibili alla previsione contenuta (non nel primo, ma) nel secondo comma dello stesso art. 1418 c.c.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

The paper critically examines the orientation, declined by the most recent jurisprudence of the Corte di Cassazione, according to which the contract concluded by a conduct constituting the crime of extortion should be considered null for infringement of the mandatory penal provision set in Article 629 of the Criminal Code. Against this argument, it is in fact observed that the nullity under Article 1418(1) of the Civil Code occurs when the object of the prohibition contained in the mandatory rule violated is the "contract" understood as a conventional rule drawn up by the parties, not the conduct aimed at reaching the stipulation thereof. Also in the light of the final clause contained in the rule just referred to (according to which a contract contrary to a mandatory rule is to be considered null "unless the law provides otherwise"), violence or the threat perpetrated against one of the parties – in order to induce it to consent to a transaction otherwise not intended (and aimed to procure an advantage for the threatening party, with correlative damage to the threatened party) – would, on the contrary, appear to coincide with the case of moral violence, with the consequent annulment of the contract pursuant to Art. 1434 et seq. of the Civil Code.

That being said, a contract concluded by an extortionist conduct may be considered null only if such conduct constitutes "absolute violence" such as to exclude the configurability of an agreement (effectively resetting to zero the extorted party's freedom of choice as to the provision of consent), or if it is aimed at the conclusion of a contract having an illegal object or cause, and therefore falling within the nullity provision found (not in the first, but) in the second paragraph of Article 1418 of the Civil Code.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-3dore

EDOARDO FERRANTE

L'INTERESSE DI CLASSE*

SOMMARIO: 1. Le peripezie legislative della nostra *class action*: il problema della «retroattività». – 2. (*Segue*) Lo spostamento della *class action* dal codice del consumo al codice di procedura civile. – 3. Alcune ricadute sostanziali della riforma del 2019 e della *class action* in genere. – 4. Una piccola classe di aderenti. – 5. Verso il superamento del diritto soggettivo nel processo di massa (c'è un interesse «punitivo» di classe?). – 6. Un'appendice sull'azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (nuovi artt. 140-*ter* ss. c.cons.).

1. Ad uno sguardo d'insieme il nostro ordinamento non può più dirsi povero di procedimenti collettivi. Anzi, l'impressione è quasi d'abbondanza, se non di sovrappopolamento. Ma se domandassimo a dieci operatori quanta tutela queste azioni abbiano recato al cittadino, al consumatore, al lavoratore, probabilmente nove (o dieci) risponderebbero «poca». Strumenti più risalenti e altri recenti, inibitori e risarcitori, generali e settoriali hanno finora mancato alle promesse, e restano in cerca d'identità e spazio reale. Se un'istantanea restituirebbe immagini movimentate, un filmato che riproducesse l'evoluzione della giustizia collettiva in Italia sarebbe ben poco limpido.

D'altro canto, è risaputo che in queste faccende la quantità non diventa qualità, il moltiplicarsi dei riti non basta, il proliferare dei rimedi si fa controproducente. La tanto declamata effettività percorre itinerari complessi e talora misteriosi, non riducibili all'introduzione

* Il presente contributo (con l'aggiunta di un breve indirizzo di saluto, qui omesso) è destinato agli Scritti in onore di Giovanna Visintini.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

di nuovi modelli o alla rivisitazione dei vecchi, e talora diritto e processo sembrano parlare lingue diverse[1].

Solo per schizzi, l'inibitoria collettiva «generalista» *ex* art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. ha assorbito l'inibitoria collettiva consumeristica *ex* artt. 139-140 c.cons., ma sopravvive l'inibitoria speciale *ex* art. 37 c.cons. contro le clausole vessatorie, salvo ritenerla – ma è arduo – implicitamente abrogata. L'azione di classe «generalista» *ex* art. 840-*bis* ss. c.p.c. ha assorbito quella consumeristica *ex* art. 140-*bis* c.cons., ma i nuovi artt. 140-*ter* ss. c.cons. (introdotti dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28, attuativo della Dir. 1828/2020/UE in materia di azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori), hanno ripristinato a far data dal 25 giugno 2023 un'azione collettiva a struttura esponenziale, che può essere tanto inibitoria (art. 140-*octies* c.cons.) quanto compensativa (art. 140-*novies* c.cons.).

Fra tutte resta paradigmatica l'epopea della nostra azione di classe. Come noto la «1ª edizione», risalente al 2007, non è mai entrata in vigore[2]. Quanto alla «2ª», entrata in vigore il 1° gennaio 2010 per gli illeciti posteriori al 15 agosto 2009, le azioni sono state poche e promosse per lo più durante il primo anno di vigenza[3]. Ora gli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., introdotti con Legge 12 aprile 2019, n. 31, ne rappresentano la «3ª edizione»[4]. La nuova *class action* sarebbe entrata in

---

[1] Lo ribadiva a chiare lettere, per tutti, P. PERLINGIERI, *Relazione su sistemi di* enforcement *e principio di effettività*, in S. MAZZAMUTO (cur.), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, in particolare 210; sotto altro punto di vista, M.C. PAGLIETTI, *La tutela civile dei diritti dei consumatori*, Napoli, 2013, 88 ss.

[2] Cfr. l'art. 2, co. 446, Legge 24 dicembre 2007, n. 244.

[3] Cfr. l'art. 140-*bis* c.cons., introdotto dall'art. 49, co. 1, Legge 23 luglio 2009, n. 99, modificato dall'art. 6 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. «cresci Italia»), e convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27.

[4] Per un commento «a caldo» cfr. C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 2019, 737 ss.; e R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 305 ss. In questo modo il nostro legislatore dà seguito alla Raccomandazione 2013/396/UE (in G.U.C.E. L n. 201/60 del 26 luglio 2013), dopo che già vi aveva dato seguito la Francia con l'art. 1 *Loi n. 2014-344 du 17 mars 2014*, che introduce l'art. 423 *code de la consommation* (una traduzione in lingua italiana compare in *Contratto e impresa/Europa*, 2014, 929 ss., a cura di L. COPPO; e per un breve commento, G. BERTOLINO, *L'*"opt-out" *nell'azione risarcitoria collet-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

vigore il 19 aprile 2020, se col solito decreto-«milleproroghe» la sua entrata in vigore non fosse stata rinviata di ulteriori sei mesi[5]; e in ogni caso, ai sensi dell'art. 7, co. 2, l. 31/2019, il nuovo rito vale solo per gli illeciti commessi dopo l'entrata in vigore della legge medesima. Ne deriva che per quelli commessi tra il 16 agosto 2009 e il 19 ottobre 2020 è ancora in vigore, ad esaurimento, la «2ª edizione», che però difficilmente verrà adoperata in futuro (se già langue l'uso dell'ultima e vigente edizione).

Come si nota all'istante, non è l'usuale successione di leggi processuali nel tempo: alla scansione temporale dei riti corrisponde quella degli illeciti che attraverso quei riti possono cadere *sub judice*; il tempo della domanda si lega a quello del fatto dannoso[6]. Ecco una prima, latente dimensione sostanziale della nostra *class action*. Come nella «2ª edizione», così nella «3ª» il legislatore tratta l'istituto alla stregua del rimedio prima che del rito[7]: se dall'ottobre 2020 esso vale solo per chi abbia patito danno a partire da quella data, ciò significa che una pretesa maturata prima è sostanzialmente diversa da una maturata dopo, perché la prima serba una minore effettività, la se-

---

tiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 475 ss. e in particolare 501 ss.) e la Germania, che ha varato il *Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage* (o *MuKlag*), entrato in vigore il 1° novembre 2018.

[5] La vacanza fino all'aprile 2020 e poi fino all'ottobre 2020 si spiegava «al fine di consentire al Ministero della giustizia di predisporre le necessarie modifiche dei sistemi informativi per permettere il compimento delle attività processuali con modalità telematiche» (art. 7, co. 1, l. 31/2019); notazione più che comprensibile, visto quante azioni di tipo collettivo sono naufragate, nei fatti, prima ancora dell'avvio, a causa dei notevoli inconvenienti organizzativi e logistici, prima che delle (vere o presunte) pastoie del rito.

[6] Nota la disputa che aveva accompagnato la c.d. «irretroattività» dell'art. 140-*bis* (testo previgente) c.cons., stante il disposto dall'art. 49, co. 2, l. 99/2009: in tema sia consentito rinviare, fra i molti, a E. Ferrante, *L'azione di classe nel diritto italiano*, Padova, 2012, 183 ss.

[7] Impossibile censire la dottrina «rimedialista», anche solo con riguardo alle esperienze della giustizia collettiva: cfr., per tutti, A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, in particolare 13 ss., 49 ss. e 71 ss.; D. Messinetti, *La sistematica rimediale*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo Di Majo* a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, 103 ss.; e di recente E. Pesce, *I rimedi dell'autonomia*, Pisa, 2022, *passim* ma in particolare 36 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

conda un'effettività maggiore[8]. È come se il legislatore temesse l'imprevedibilità o «retroattività» dell'*actio*, quando di solito a questi fini basta guardare al tempo della domanda. È chiaro però, qui più che altrove, che *jus* e *actio* vanno insieme, che una pretesa azionabile in forma allargata è diversa da una che non lo è, che le accresciute potenzialità di salvaguardia collocano l'istituto nell'area dei rimedi anziché dei semplici riti alternativi. Evidentemente il legislatore dell'art. 7, co. 2, l. 31/2019 ha stimato incongruo che chi abbia commesso un illecito prima dell'ottobre 2020 soggiaccia ad una tutela non ancora accessibile all'epoca dell'illecito, che chi confidava di sottostare alla sola azione individuale, che poco spaventa e poco danneggia, debba improvvisamente cimentarsi con un rito effettivo ed efficace. Giusto o sbagliato che sia, sembra uno scrupolo di «riconoscibilità» del rimedio[9]; e forse non è un caso che molti intravedano nell'azione qualcosa di sanzionatorio, qualcosa che non merita di patire chi non ne sia stato edotto fin dall'inizio[10].

Tuttavia, se lo sguardo si pose sulla «2ª edizione», vale a dire sull'unica che ha trovato riscontro[11] – per la «3ª» è presto dire – tanti timori paiono esorbitanti. Come noto le azioni esperite sono state non solo esigue, ma caduche e per lo più inette a superare il vaglio d'ammissibilità (riarticolatosi, a sua volta, nei giudizi di reclamo e di

[8] D'altro canto, secondo il «Documento di lavoro dei Servizi della Commissione. Consultazione pubblica: verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi», pubblicato il 4 febbraio 2011 come SEC (2011) 173 def., in particolare par. 1, «i diritti che non sono esercitati nella pratica non hanno alcun valore»; mentre al par. 4 si legge «spesso le azioni legali intentate a livello individuale non risultano un mezzo efficace per far cessare le pratiche illecite o per ottenere un risarcimento dei danni da queste provocati (…). La conseguenza di ciò è che il perdurare di pratiche illegali causa, a livello complessivo, considerevoli perdite alle imprese e ai cittadini europei» (in tema, fra i molti, A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 29 ss. e 53 ss.; ID., *Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 525 ss.; e ancora ID., *Studi sulle "*class actions*"*, Padova, 1996, in particolare 182 ss.).

[9] Tra gli altri, P. POMANTI, *La "riconoscibilità" della norma penale*, Napoli, 2020, in particolare 255 ss.

[10] *Infra* par. 5.

[11] Un primo resoconto giurisprudenziale si legge in S. CAPORUSSO, *L'azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio* in itinere, in *Riv. dir. civ*., 2014, 1199 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

cassazione)[12]. Quelle ammesse alla trattazione del merito generalmente hanno visto aderire pochi consumatori e hanno condotto a risarcimenti modesti, all'esito di procedimenti dal ritmo più lento di quello mediamente occorrente per le liti individuali.

Difficile cogliere con esattezza le ragioni dell'insuccesso. La prima spiegazione cui va il pensiero, non risolutiva ma neppure trascurabile, è data dall'estraneità dell'istituto al suo ambiente d'elezione, quel che sembra avervi scatenato una crisi di rigetto: gli esordi – è cosa nota – sono stati vissuti con allarme dai giudicanti e diffidenza dalla classe forense. Non è detto si debba scomodare a tutti i costi l'idea della lontananza culturale o della scarsa formazione degli operatori, tare mentali che avrebbero reso indigesto il *transplant*[13]: potrebbe essersi trattato, più banalmente, di paura del «super-lavoro» per i giudicanti e del lavoro scarsamente retribuito per i difensori. E ciò conferma la persuasione, pur dopo l'ingresso nel sistema della *class action*, che i mali della giustizia non si curino con nuovi riti o lo snellimento dei vecchi, ma con più risorse, giudicanti e no, e con incentivi pratici che rendano appetibile il processo[14].

Il discorso vale anche per la *class action*, che promette molto, ma per raggiungere i suoi obiettivi necessita delle giuste misure d'accompagnamento, che fluidifichino il superamento della bipolarità processuale tra un attore e un convenuto singolo, e forse, sul lungo periodo, della stessa logica bilaterale del diritto soggettivo.

---

[12] Numeri bassi, come nota C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele individuali nel disegno di legge-delega di riforma del codice civile*, in *Contratti*, 2019, 493 ss. e in particolare 499-500.

[13] Notazione diffusa ma cfr., per tutti, F. DENOZZA, *L'azione privata. Tutela individuale o strumento di* enforcement, in Class action*: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia* (Atti del convegno di Courmayeur, 1-2 ottobre 2012), Milano, 2011, 46 ss.; di recente P.G. MONATERI, *La riforma italiana della* class action *tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 314.

[14] Come per le liti «a due», così per quelle di classe c'è bisogno di *third party funding*, che prima o poi arriverà anche da noi, piaccia o no (lo menziona il recente art. 140-*septies*, co. 5, c.cons.): E. D'ALESSANDRO (cur.), *Prospettive del* third party funding *in Italia*, Milano, 2019, *passim*; L. CASTELLI - S. MONTI, Third party litigation funding*: quali prospettive in Italia?*, in *Contratti*, 2019, 580 ss.; e ancora E. D'ALESSANDRO - C. PONCIBÒ, *European Parliamentary Research Service, Responsible private funding of litigation. European Added value assessment*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2021, 919 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

2. È un discorso che porterebbe lontano dal tema, mentre le ragioni dell'insuccesso della nostra *class action* devono essere cercate più in prossimità.

Ora, badando ai soggetti del rapporto processuale allargato, un primo importante restringimento dell'azione previgente era dato dalla circostanza per cui, in forza dell'art. 140-*bis*, co. 1-2 (vecchio testo), c.cons., attore di classe poteva essere solo un consumatore, convenuta solo un'impresa. Contratti, rapporti, questioni *business-to-consumer* e nulla più, settori importanti, ma pur sempre settori. È un problema che tornerà, quando verrà in gioco la neonata azione rappresentativa consumeristica[15].

Quanto all'oggetto del rapporto processuale, altra importante restrizione era data dalla circostanza per cui, in forza dell'art. 140-*bis*, co. 2, in particolare lett. «a)», «b)» e «c)», c.cons., la materia del contendere doveva ricadere entro taluni specifici insiemi d'illeciti: inadempimento di contratti seriali, responsabilità del produttore, pratiche commerciali scorrette e danni da illecito *antitrust*. Anche qui settori vasti ed eterogenei, in fatto e in diritto, ma pur sempre parti del tutto.

Questa politica delle limitazioni era anzitutto il sintomo di una volontà legislativa incerta, preoccupata delle ricadute negative dello strumento prima che della sua effettività, a dispetto di quanto impongono gli artt. 47, co. 1, Carta UE e 13 CEDU[16]. D'altra parte, la «2ª edizione» della nostra *class action* non nacque da un disegno politico meditato ma quasi da una casualità, per quanto sia arduo parlare di casualità dinanzi all'opera legislativa: anche una veloce scorsa all'allora art. 140-*bis* c.cons. era sufficiente a cogliere il disagio di chi vuole e disvuole, fa e disfa[17].

---

[15] Cfr. *infra*, par. 6 (in materia di azione rappresentativa).

[16] Per tutti, N. Trocker, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in G. Vettori (cur.), *Carta Europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 381 ss.

[17] M. Taruffo, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 122-123; e A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, in *Foro it.*, 2010, I, 253.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

Inoltre, frammentare artificiosamente l'area del rimedio ha significato rimaneggiarne le occasioni d'impiego. Come detto l'area restava ampia, ma fatta di zone distanti e non comunicanti. Incrociando le restrizioni soggettive e quelle oggettive si aveva come un arcipelago di situazioni coperte entro un mare di contenzioso sguarnito, dove il processo tradizionale lasciava (e lascia) gran parte delle liti nel sommerso. Non ne poteva scaturire un «grosso» contenzioso di classe.

Ma frammentarne artificiosamente l'area – ecco il difetto peggiore – ha indotto le parti a controvertere sui requisiti d'accesso, anziché sul merito della lite, trasformandolo in un grande raccoglitore di cavilli; prova ne sia l'accanito dibattito, puntualmente sviluppatosi all'udienza-filtro, sulla qualità di consumatore del proponente[18], sull'appartenenza della materia del contendere al novero di quelle coperte, sulla pertinenza temporale della pretesa (se anteriore o posteriore al 15 agosto 2009, secondo quanto prescritto dall'art. 49, co. 2, l. 99/2009). Non a caso molte azioni si sono «spente» quasi subito, già all'atto di saggiare l'ammissibilità dell'azione.

Ebbene la riforma del 2019, con i nuovi artt. 840-*bis* ss. c.p.c, dopo circa dieci anni di faticoso ambientamento del nuovo rito, ha finalmente ricusato questa politica delle barriere e dei freni: come non ha limitazioni precostituite l'azione individuale, così non deve avere limitazioni quella di classe[19]. Ma la politica delle limitazioni ha ripreso presto altre strade[20].

---

[18] Più ampiamente, FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 48 ss. La qualità di consumatore è notoriamente problematica già in sede individuale: si pensi solo al quesito, recentemente tornato all'attenzione della Suprema Corte, circa la posizione della persona fisica fideiussore, se potenziale «professionista di rimbalzo» o consumatore «per natura» (come stabilito da Cass., 16 gennaio 2020, n. 742). Se l'azione di classe ora è aperta tanto ai professionisti, di rimbalzo e no, quanto ai consumatori per natura, il problema da questo punto di vista è risolto (salvo riproporsi nell'articolazione o «sub-articolazione» della classe costituita in giudizio, come si dirà *infra*, par. 4).

[19] Vi avrebbe certamente plaudito Galgano, a giudicare da quanto affermato in F. GALGANO, *Prefazione*, in C. CONSOLO - B. ZUFFI, *L'azione di classe* ex *art. 140* bis *cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012, 5 (cfr. anche TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano*, cit., 106-107; e G. COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it*., 2007, V, 140 ss.).

[20] Ancora *infra*, par. 6.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

3. Dunque, l'azione di classe generalista non è più «cosa» del consumatore[21]. Per i cultori del diritto sostanziale il dato non è di poco conto, perché il diritto dei consumi costituisce pur sempre una rete di protezione utile a collocare il rito o rimedio in un preciso contesto[22]; ordinamento settoriale incompleto e instabile, ma contrassegnato da princìpi e forse da valori suoi propri, non omologabili a quelli di parte generale (ad es. la lotta al disequilibrio informativo in area contrattuale, quella alla passività nell'accesso al prodotto pericoloso, l'incapacità di «scaricare» su altri i fallimenti del mercato, in primo luogo le conseguenze delle pratiche commerciali scorrette e delle intese anticoncorrenziali)[23]. In una battuta, il diritto privato della regolazione, proveniente soprattutto dall'Unione, ha fatto del consumatore l'anello e il controllore terminale del mercato, tanto in àmbito contrattuale quanto in àmbito extracontrattuale; e l'ha dotato delle tutele funzionali allo scopo, che non è solo proteggere soggetti deboli ma salvaguardare, per questa via, la leale concorrenza tra im-

[21] Per un commento sintetico alla nostra *class action* riformata cfr. N. Rumine, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Pisa, 2022, 233 ss. (ed *ivi* ampia bibliografia).

[22] Cfr., fra i contributi di maggiore meditazione, F. Busnelli, *La faticosa evoluzione dei princìpi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, in particolare 293-295; R. Rolli, *Il «codice» e i «codici» nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, in *Contratto e impresa*, 2007, 1496 ss.; S. Patti, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 735 ss. (e inoltre Id., *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2004, 85-87, 94-95 e 106-108); U. Breccia, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. critica dir. privato*, 2008, 347 ss. e in particolare 372 ss.; G. Alpa, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, ne *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?* (Atti del convegno per il cinquantenario della *Riv. dir. civ.*), Padova, 2006, 351 ss.; N. Irti, *"Codici di settore": compimento della "decodificazione"*, in M.A. Sandulli (cur.), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, 17 ss.; P. Rescigno, *Unità e pluralità del diritto civile: il sistema e le fonti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 23 ss.; e P. Schlesinger, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 403 ss.

[23] Vi si sofferma, di recente, T. Febbrajo, *Il* private enforcement *del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018, 7 ss.; un bilancio si legge in G. De Cristofaro, *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, in *Contratti*, 2019, 177 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

prese[24]. Spostare la *class action* nel codice generalista ha significato abbandonare quest'universo rassicurante, ripristinare in certo senso l'idea del soggetto unico di diritto, fatto positivo ma che richiederà molta accortezza[25]. Sotto questo punto di vista l'azione rappresentativa consumeristica, ultima nata fra i procedimenti collettivi, appare un passo indietro[26].

Può suonare paradossale ma, allo stato, desta molta più sorpresa un'azione ad ampio spettro, libera di attraversare il diritto privato, che non una destinata a ricalcare i *cliché* del codice di settore (come la *class action* previgente *ex* art. 140-*bis* c.cons. o come la nuova azione rappresentativa *ex* art. 140-*ter* ss. c.cons.). Questo dovrebbe rilanciare un quesìto più recòndito: forse la parte generale, che sia contratto o illecito, ha pian piano perduto non solo d'importanza ma pure di flessibilità sistematica[27]. Se calare la *class action* al centro dell'ordinamento preoccupa – inutile negarlo –, forse è perché quel centro non è più tale, e meglio parrebbe governabile la periferia, che si auto-contiene e si auto-risolve in forme più stilizzate. La periferia si svela meglio attrezzata ad assorbire e comporre spinte e controspinte tipiche della modernità, mentre la parte generale degrada a fondamento epistemologico, imprescindibile ma remoto (quasi un baluardo per la didattica). La ritrovata generalità della nostra azione di classe, checché se ne dica, va in controtendenza.

Più modestamente – per rilanciare un quesìto meno aeriforme – si potrebbe porre il problema di un'azione sì ad ampio spettro, ma dove fra proponenti e aderenti convivano «gomito a gomito» consumatori e no: a quel punto soggetti danneggiati da inadempimenti o

---

[24] Non è dunque profilo di «democrazia dei consumatori», né di democrazia *tout court*, come s'immaginava un tempo: F. GALGANO, *La democrazia dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 38 ss.; S. RODOTÀ, *Diritti civili e politiche delle riforme: il diritto collettivo come terza dimensione della geometria istituzionale*, in A. BALDASSARRE (cur.), *I limiti della democrazia*, Bari, 1985, 86 ss. e in particolare 98; di recente cfr. anche i vari contributi raccolti in P. SIRENA - A. ZOPPINI (cur.), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018.

[25] G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna, 1976, 35 ss.

[26] Cfr. in breve *infra*, par. 6.

[27] Lo descrive, con peculiare riferimento all'area del contratto, fra i molti, V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2020, 69 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

illeciti identici (ovvero da un medesimo inadempimento o illecito plurioffensivo) potrebbero riversare nel processo pretese diversificate in ragione del loro appartenere all'una o all'altra categoria, pigiare nel medesimo contenitore tutele consumeristiche e tutele di parte generale.

Ecco che alla semplicità ritrovata della «3ª edizione» fa da contraltare la necessità di spaccare la classe in almeno due sotto-classi, consumatori e no, con la notazione allarmante che tale scissione sarebbe tendenzialmente rigida, una volta impostosi il *trend* della c.d. armonizzazione massima; e come noto a questo *trend* rimonta il diverso incidere dei precedenti giurisprudenziali europei, visto che la Corte UE ha il monopolio interpretativo sul diritto euro-unitario, ma non altrettanto, ovviamente, su quello esterno al raggio delle norme europee[28].

Ma c'è poco da fare, perché il futuro del nostro diritto contrattuale (e non solo) sarà sempre più segnato e quasi attanagliato dal dubbio: il consumatore è ancora *cives*?[29] Sono ormai domande retoriche, che paiono vieppiù contraddire l'idea che consumatori e non-consumatori possano condividere rimedi unici. Alle spaccature sempre più nette che dividono il diritto d'impronta tradizionale da quello euro-derivato fa da contraltare un'azione che tutto ingloba e tutto sublima, e gli esempi d'incoerenza sarebbero allora molteplici[30].

Giusto per sceglierne uno, si ponga mente alla vendita di un elettrodomestico portante un vizio di fabbricazione: il compratore-

[28] Fra i molti, S. WEATHERILL, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford, 2017, 209 ss.

[29] Cfr., fra i molti, E. FERRANTE, *La Direttiva 19/771/UE in materia di vendita al consumo: primi appunti*, in *Annuario del Contratto 2018*, diretto da A. D'ANGELO e V. ROPPO, Torino, 2019, 51 ss.; in termini più generali, non ristretti alla sola contrapposizione tra consumatori e imprenditori (o professionisti), F. AZZARRI, *Ricodificazione del diritto dei contratti tra parte generale e discipline di settore*, in P. SIRENA (cur.), *Dal 'fitness check' alla riforma del codice civile*, Napoli, 2019, 163 ss.; nonché D. FARACE, *Coerenza e legislazione nazionale (sul rapporto tra codice civile e leggi speciali)*, *ibidem*, 209 ss.

[30] Ormai lontane, ad es., le pagine di M. FRANZEN, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlin, 1999, 483 ss., ove s'immaginavano ben altri e più progressivi scenari, l'idea di un diritto europeo protagonista dell'armonizzazione virtuosa del diritto nazionale.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

consumatore vanta l'esatto adempimento sotto forma di sostituzione o riparazione del bene difforme, ma non più la risoluzione immediata, neppure – v'è da credere – nell'ipotesi peregrina dell'*aliud* (estromesso dall'arsenale dei rimedi consumeristici, per lo meno a quanto è dato intendere)[31]; il compratore-imprenditore, viceversa, non vanta l'esatto adempimento, estraneo alla vendita comune, ma potrebbe facilmente giovarsi della risoluzione per *aliud*, là dove ne ricorrano i generosi presupposti concessi dalla giurisprudenza[32]. Ora, se già è lecito dubitare della razionalità di quest'assetto, non meno arduo è immaginare, per lo meno «a freddo», un'azione unica che veda tra proponenti e aderenti consumatori e professionisti, tutti accomunati dall'aver comprato l'elettrodomestico mal funzionante. E discorsi analoghi si potrebbero fare per il credito al consumo e per le pratiche commerciali scorrette.

L'abbandono delle limitazioni oggettive, poi, è certamente positivo, ma richiederà impegno. La *class action* di *Common law* – espressione sempre imprecisa[33] – ha coperto e copre le materie più disparate, dalle intossicazioni da prodotto agli illeciti contro l'ambiente, dalla malasanità agli abusi sessuali, dalle liti tributarie alla negligenza degli investitori, dalle condizioni di lavoro nelle fabbriche alle rivendicazioni salariali, per finire con i danni da vacanza rovinata, gli allarmi domestici difettosi, le scomesse sportive truccate e le diffamazioni a mezzo stampa. Come si vede non solo *small claims*, a dispetto del pregiudizio (per lo più continentale) che lega lo strumento al bagatellare.

Per i cultori del diritto sostanziale il dato non è di poco conto, perché l'azione s'affranca da binari prestabiliti per aprirsi a tutti i settori e a tutti i problemi della responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale. Tutto il diritto privato dovrà fare i conti con l'azione di classe o l'azione di classe dovrà fare i conti con tutto il diritto privato.

---

[31] In tema, di recente e con ampie considerazioni, G. AFFERNI, *La responsabilità del venditore per i difetti materiali del bene*, Napoli, 2022, 266 ss.

[32] Ancora AFFERNI, *La responsabilità del venditore*, cit., 124 ss.

[33] Sempre vivo il *memento* di G. GORLA, *Studio storico-comparativo della* «common law» *e scienza del diritto (le forme d'azione)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 25 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

Squarciata la rete di protezione del codice di settore e della tipizzazione per gruppi d'illeciti, l'interprete si troverà dinanzi ad un enigma per lui inedito (ma scontato agli occhi dell'interprete d'oltreoceano): qual è il limite naturale della *class action*? Ora, l'unico limite – ma non è un limite, è la *ratio* – consisterà nella *commonality* della materia del contendere: le posizioni individuali devono manifestare uno o più tratti unificanti, necessari e sufficienti a rendere il procedimento allargato preferibile rispetto al proliferare delle liti singole; e su questo profilo, l'unico davvero cruciale, sia l'art. 140-*bis* c.cons. previgente sia i nuovi artt. 840-*bis* ss. c.p.c. hanno deciso di glissare con formule di rinvio, vale a dire prima l'«identità» e poi, col «cresci-Italia» (art. 6 d.l. 1/2012), l'«omogeneità» dei diritti individuali.

È paradossale che pure un'amplissima disciplina come i nuovi artt. 840-*bis* ss. c.p.c. lasci nell'ombra l'enigma di fondo, vale a dire come si possa e si debba «ritagliare» il processo di classe. Ma forse non è poi così paradossale: spetta davvero al legislatore regolare in forma analitica e tassativa i confini dello strumento? È possibile precostituirne il funzionamento tramite norme generali e astratte, come sono pur sempre quelle legislative, e che al contempo non siano di puro rinvio? In ogni caso, anche all'esito della riforma tutto continuerà a gravare sulle spalle dell'interprete, ma per essere schietti su quelle dell'attore, fondamentalmente solo nella ricerca della giusta via per oltrepassare il filtro di ammissibilità.

Non v'è chi non veda come il rito finisca col confermare una fortissima impronta sostanziale: l'omogeneità è dei diritti, non del procedimento. Non è questa la sede per trattarne a fondo, ma i recenti sviluppi confermano che la *commonality* non è spiegabile puramente e semplicemente come unicità dell'istruttoria, come se omogenei fossero quei soli diritti per la cui tutela di classe sia richiesta una delibazione singola ed unitaria tanto all'udienza-filtro quanto nella fase di merito. L'unicità dell'istruttoria è al più una conseguenza, non il metro dell'omogeneità. Spetta invece al diritto sostanziale dire che cosa è omogeneo e che cosa no[34].

4. Sennonché la riforma del 2019, che pure ha affrancato il rimedio dalle sue pregresse costrizioni soggettive ed oggettive, come

[34] *Infra*, par. 5.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

non scioglie il nodo dell'omogeneità, così non abbandona l'ormai consueto meccanismo dell'*opting-in*. Anche nella sua «3ª edizione» la nostra non sarà un'azione di classe in senso proprio, ma un'azione di aderenti, i quali entrano nel processo con un atto positivo di partecipazione (art. 140-*bis*, co. 3, c.cons. e nuovo art. 840-*quinquies* c.p.c.). Questo ha scatenato e continuerà a scatenare discussioni accese sulla posizione anomala dell'aderente, parte (solo) sostanziale del processo aggregato, e sull'intima contraddizione che si crea fra la natura unitaria di questo e l'ingresso a titolo singolare di ciascun membro della classe[35].

[35] Sul punto la letteratura è folta, dai tempi della nostra prima *class action* fino alla versione in vigore: cfr., fra gli altri, A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013, 620 ss. e 634 ss.; Consolo - Zuffi, *L'azione di classe* ex *art. 140* bis, cit., 135 ss.; Taruffo, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano*, cit., 115 ss.; Proto Pisani, *Appunti sulla tutela giurisdizionale*, cit., 254; R. Donzelli, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, 265; A. Pace, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova "*class action*"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 19; Schlesinger, *Introduzione*, in Class action*: il nuovo volto*, cit., 14-15; A. Donati, *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, in *Contratto e Impresa*, 2010, 947-948; G. Canale, *Il "convitato di pietra" ovvero l'aderente nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1304 ss.; P. Porreca, *Ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 551 ss.; M. De Cristofaro, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1941 ss.; L. Pelle, *Lo* status *processuale di aderente nell'azione di classe* ex *art. 140* bis *cod. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 972-973. In senso contrario: A. Giussani, *Il nuovo art. 140* bis *c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 602; Id., *Azione di classe e tutela* antitrust*: profili processuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, 383; nonché Id., *L'azione di classe: un primo bilancio*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1189; e inoltre S. Menchini - A. Motto, *L'azione di classe dell'art. 140* bis *c. cons. (legge 23 luglio 2009, n. 99)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1430-1431; M. Bove, *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 1033 ss.; e R. Caponi, *Il nuovo volto della* class action, in *Foro it.*, 2009, V, 387. In giurisprudenza si segnala in particolare Cass., 15 maggio 2019, n. 12997, in *Giur. it.*, 2020, 535 ss., con nota di chi scrive, la quale precisa: «Gli aderenti, nei confronti dei quali fa stato la sentenza, non sono parti processuali in senso tecnico»; formulazione più completa si deve all'ormai datata Trib. Torino, ord. 4 giugno 2010, in *Giur. it.*, 2010, 2601 ss., con note di A. Ronco e di B. Zuffi, in *Foro it.*, 2010, I, 2523 ss., con nota di A.D. De Santis, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 869 ss., con nota di M. Libertini e M. Maugeri, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 610 ss., con nota di S. Cerrato, in *Danno e responsabilità*, 2011, 67 ss., con nota di L. Frata, in *Corr. merito*, 2010, 1045 ss., con nota di V. Sangiovanni, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1487 ss., con nota di E. Ruggeri (e commentata anche da G. Costantino - C. Consolo, *Prime pronunce e qualche punto fermo*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

L'adesione porta inevitabilmente con sé questioni individuali, come diviene lampante quando il convenuto, ammessa l'azione alla fase di merito, formuli eccezioni personali non contro la classe, ma contro il singolo aderente come tale. Ne discende l'individualizzazione di ritorno della lite, nonché l'impossibilità di ridurla ad un'unica istruttoria; al contrario, potrebbero occorrere tante istruttorie quanti sono gli aderenti, ciò che mette a repentaglio l'idea stessa della comunanza della materia del contendere. Se con l'*opt-in* l'aderente formula un'autentica domanda di tutela, esattamente al pari del proponente, egli deve poter replicare alle eccezioni del convenuto, per lo meno quando dette eccezioni riguardino soltanto lui e non altri; e da questo vicolo cieco non si può uscire sottraendo al convenuto la facoltà di sollevare eccezioni personali, pena la violazione di ogni suo più elementare diritto di difesa[36]. Ecco il rischio di fondo: per via indiretta l'azione degrada a somma di cause individuali, perché accanto alla lite fra proponente e convenuto insorgono tante liti individuali quanti sono gli aderenti. Esattamente l'opposto della *commonality*.

Un'attenuazione del fenomeno può derivare dall'uso delle sottoclassi, abituale nelle azioni di *common law*, ove si parla di *subclassing*. Proprio per salvaguardare la compattezza della lite e non giungere ad un coacervo informe di liti individuali, queste sono riaggre-

---

sull'azione risarcitoria di classe, in *Corr. giur.*, 2010, 985 ss. e in particolare 987 ss.), ove il Tribunale ha affermato che «(…) l'azione di classe tutela i diritti individuali omogenei dei consumatori ed utenti ed a tal fine può agire ciascun componente. Solo il soggetto che assume tale iniziativa processuale assume la qualità di parte processuale, mentre coloro che aderiscono all'azione ai sensi del 3° co. ne subiscono gli effetti, ma non assumono la qualità di parte essendo privi di poteri di impulso processuale e della possibilità di impugnare la decisione, che fa comunque stato nei loro confronti».

[36] Per citare un esempio noto – verosimilmente non l'unico né il più importante – Trib. Torino, 10 aprile 2014, in *Giur. it.*, 2015, 331 ss., con nota di chi scrive, nel rigettare la quasi totalità delle adesioni, non aveva sottaciuto di aver accolto «contestazioni sollevate dalla parte convenuta»; ma a quanto consta neppure s'era dato modo a quegli aderenti di replicare (in tema, fra gli altri, F. SCAGLIONE, *Azione di classe e nuove forme risarcitorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 63 ss.; R. RORDORF, *L'azione di classe nel novellato art. 140* bis *cod. consumo: considerazioni [e qualche interrogativo]*, in *Foro it.*, 2010, I, 187; e di recente, G. PONZANELLI, *La nuova* class action, in *Danno e responsabilità*, 2019, 308).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

gate attorno a più poli, a più sotto-classi omogenee che hanno qualcosa in comune e qualcosa no, ma entro una medesima e più lata cornice; la situazione-modello che «esce» dall'udienza-filtro si scompone e riarticola in più sotto-modelli, sicché l'istruttoria non sarà unica ma neppure polverizzata in tanti procedimenti paralleli.

Sennonché nella vigenza della «2ª edizione» consta un unico caso virtuoso ove il giudice ebbe a «fare» *subclassing*[37], a riprova di come lo strumento, a distanza di dieci anni, sia ancora maneggiato con disagio nelle aule di giustizia e di come, verosimilmente, non basterà averne riformato ed allungato la disciplina con la riforma del 2019.

Tutti sanno, infatti, che è molto difficile curare le storture dell'*opt-in* e che l'unica *class action* funzionante è quella basata sulla classe chiusa o sull'*opt-out*[38]. Non a caso negli Stati Uniti la *class action* non è decollata fintantoché non s'è imposta l'automatica deduzione in giudizio di tutte le posizioni facenti capo ai membri della classe, capace di raggruppare i portatori di situazioni isomorfe, anziché quei pochi che di volta in volta decidano d'aderirvi[39].

---

[37] Trib. Cagliari, 10 febbraio 2017, in *Giustizia civile.com*, 2017, con nota di F. De Dominicis.

[38] Rilievo diffuso: per tutti, Chiarloni, *Il nuovo articolo 140*-bis *del codice del consumo: una tutela debole*, in Class action*: il nuovo volto*, cit., 217 ss.; e ancora di recente, Ponzanelli, *La nuova* class action, cit., 308.

[39] Poiché è risaputo che l'inerzia del danneggiato è molto difficile da vincere e lo tiene lontano non solo dalle liti individuali ma anche da quelle collettive, i due modelli dell'*opt-out* e dell'*opt-in* si differenziano anzitutto sul piano quantitativo: l'uno dà vita a «grandi» azioni, perché tutti gli appartenenti a quella stessa cerchia di danneggiati, per il fatto di vantare posizioni conformi a quella dell'attore, attraggono automaticamente gli effetti del giudicato collettivo; l'altro dà vita a «piccole» azioni, perché l'estensione soggettiva del giudicato è tale da coprire solo gli aderenti, i quali saranno sempre una frazione minimale dell'intero (ancora Taruffo, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano*, cit., 116 ss.). Già solo questo scarto quantitativo rende palese la preferibilità dell'*opt-out*: solo un grande processo aggregato restituisce davvero all'azione civile la sua efficacia riparatoria e deterrente, tutelando appieno la massa dei danneggiati, anziché quei pochi che decidano scientemente di parteciparvi (cfr., nella letteratura americana, sconfinata, R. Mulheron, *The case for an opt-out class action for european member states: a legal and empirical analysis*, in *15 Columbia Journal Eur. Law*, 2009, 409 ss.; e in prospettiva più ampia, D.M. Kahan, *The logic of reciprocity: Trust, collective action, and law*, in *102 Michi-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

La versione statunitense conviene al membro della classe, che sotto la guida dell'attore esercita o «vede esercitata» la sua pretesa senza dover fare alcunché; non redige atti adesivi, non subisce eccezioni di controparte, non necessita d'assistenza difensiva, non sostiene spese di sorta, e tutto ciò per la semplice ragione che non compare personalmente in giudizio[40]. Essa conviene però anche al convenuto, che apprestando le sue difese contro l'attore, simultaneamente si difende da tutti i componenti la classe; al termine del giudizio, quale che ne sia l'esito, la partita sarà chiusa per sempre, non già nei confronti dell'attore e di quei pochi che abbiano aderito, ma di tutti gli appartenenti alla classe, *ivi* compresi quelli che non siano neppure consci del loro diritto; non c'è spazio per questioni personali, capaci di frammentare l'*iter* fino a renderlo guazzabuglio di liti singolari; non c'è spazio per un contenzioso di risulta, vale a dire per cause a due coltivate a margine o *a posteriori*. Tutto deve iniziare e finire in sede collettiva. Se è data la facoltà d'uscita, l'impresa potrà temere qualche azione individuale durante o dopo quella collettiva, ma i numeri saranno così bassi da non rappresentare una seria minaccia.

Questo si ripercuote sulla stessa transigibilità della lite di gruppo: in un sistema ad *opting-in* perché mai il convenuto dovrebbe accettare una transazione? Se dovesse transigere, il giorno dopo s'esporrebbe ad una sequela di cause individuali, incoraggiate dalle sue concessioni in sede allargata. In un sistema *mandatory*, ove il membro della classe neppure vi può fuoriuscire, il contenzioso si chiude e per il convenuto ha senso pratico transigere, al punto che anzi bisogna diffidare da transazioni troppo «facili» e magari troppo profit-

gan Law Rev., 2003, 71 ss.; in Italia, fra i molti, C. CONSOLO, Class actions *fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 629 ss.; e – sia consentito – E. FERRANTE, Opt-out *ed incentivi d'oltreoceano: idee per una vera* class action *in Italia e in Europa*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2012, 487 ss.).

[40] Non a caso l'art. 23, «[a]», 4ª proposizione, delle *Federal Rules of Civil Procedure* (*Rule* 26) prescrive che «*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*» (in tema, T. BARRINGTON WOLFF, *Discretion in class certification*, in *Univ. Pennsylvania L. Rev.*, 2014, 1897 ss.; nella dottrina italiana, fra i molti, C. PUNZI, *L'"azione di classe" a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 259-260; e 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.*, 2010, II, 363).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

tevoli per il convenuto stesso. D'altra parte, si sa che negli Stati Uniti la maggior parte delle azioni certificate si chiude con l'*agreement* approvato dal giudice, mentre dal 2010 ad oggi in Italia ci sono state, a quanto consta, ben poche transazioni di classe. Di nuovo dati incomparabili, ma che danno un ordine di grandezza.

V'è dell'altro. Per quanto possa stupire visti i fiumi di dollari che fa scorrere, la *class action* americana sul lungo periodo ha una sorta d'effetto-calmiere sui risarcimenti, anche quando non si chiuda con la composizione anticipata della lite, ovviamente in proporzione alle dimensioni ragguardevoli del contenzioso che smuove. Infatti, poiché i membri della classe sono assenti, la liquidazione del danno è necessariamente in astratto, improntata a criteri di probabilità statistica, e ciò che è probabile e medio, normalmente è anche prevedibile ed assicurabile, e s'attesta entro una soglia che non è di picco[41]. Forse che i tanto deprecati risarcimenti punitivi sono stati introdotti proprio perché, in loro mancanza, la somma posta a carico del convenuto risultava mediamente bassa? Inoltre, non solo la quantificazione ma anche l'assegnazione del risarcimento al *class representative* ha qualcosa d'astratto, perché la somma liquidata a carico del soccombente è sì prelevata dal patrimonio di questo, ma non immediatamente riversata in quello di altri; chiuso l'itinerario occorre distribuire il ricavato fra i membri della classe, i quali però sono assenti, ed è normale che una quota di costoro resti assente per sempre. La *class action* americana libera risorse che spesso trascendono le pretese concretamente avanzate dai membri della classe, la c.d. *take-up rate* (e allora viene spontaneo, per lo meno in Europa, pensare ad una loro destinazione alla mano pubblica).

Raramente accade che i membri della classe siano inaspettatamente numerosi e l'ammontare dei loro crediti oltrepassi il ricavato. In questo caso la ripartizione non potrà che essere concorsuale e proporzionale. Se il *class representative* e il giudice sottostimano l'ampiezza della classe e l'entità globale delle pretese, questo non potrà pregiudicare il convenuto, che si libera pagando la somma concordata in sede conciliativa o portata a suo carico dalla sentenza di condanna. Quasi un *cap* spontaneo, anziché fissato per legge.

[41] B. Großfeld, *Risikobegrenzung!?*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2003, n. 8, I.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

Alfine si tratta di cose note e sufficienti per dire che l'azione americana resta un esempio cui guardare[42].

5. Divelte le restrizioni all'accesso, la nostra *class action* riformata rischia pur sempre di stentare, sotto la pretesa omogeneità dei diritti e l'adesione espressa dei membri della classe. Ma se dell'*opt-in* s'è appena detto – difficile curarne le storture, lontano il modello statunitense – il dilemma dell'omogeneità segnerà ogni prospettiva di successo (o di nuovo insuccesso) dell'azione[43]. La sua effettività dipende da una rivisitazione radicale del binomio *jus-actio* in una prospettiva, per noi inesplorata, «di massa», un cambio di mentalità che dovrà attraversare gradualmente diritto e processo. La sua riformulazione generalista, con la novella del 2019, varrà certamente a velocizzarne l'ambientamento e la capacità di trasformare il sistema, perché la *class action* – si sa – piano piano trasforma l'ordinamento dalle fondamenta. Ma diviene ancor più cruciale l'affinamento dei criteri d'assimilazione delle pretese individuali entro il canovaccio del rito allargato.

[42] Di tutto ciò pareva essere consapevole il legislatore europeo, almeno a giudicare già dal «Libro Verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori», COM (2008) 794 def., parr. 55-56 (in tema, V. VIGORITI, *L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2009, 680 ss.; e G. ALPA, *L'art. 140-*bis *del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 380), ma gli sviluppi successivi del dibattito europeo denotano maggiore freddezza nei confronti del prototipo americano (basti pensare alla risoluzione del Parlamento UE n. A7-0012/2012, «Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi», approvata in commissione giuridica il 12 gennaio 2012); parte della dottrina italiana condivide tali timori, come G. PONZANELLI, *I segnali della responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 2010, 1230-1231; E. BELLINI - G. PONZANELLI, *I limiti delle* class actions *nell'esperienza nordamericana. Un monito per il legislatore italiano*, in F. GALGANO - G. VISINTINI (cur.), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006, 337 ss.; e F. VALERINI, *L'introduzione della* class action *nell'ordinamento italiano*, in S. PANIZZA - R. ROMBOLI (cur.), *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Padova, 2000, 136 ss. Si sente dire in particolare che l'eventuale suo affermarsi nel contesto europeo costituirebbe l'ennesimo svantaggio competitivo per le imprese continentali o l'ennesimo disincentivo agli investimenti provenienti da Paesi *extra*-UE. Ma non risulta che l'economia-USA ne abbia sofferto o che la *class action* abbia reso quel mercato meno attraente.

[43] S'è tentata un'impostazione sostanziale dei problemi in FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 208 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

Come premesso, dall'ottobre 2020 tutto il diritto privato deve fare i conti con l'azione di classe e l'azione di classe deve fare i conti con tutto il diritto privato. Però un'azione (davvero) di classe contemporaneamente richiede e produce diritti di classe; difficile dire che cosa venga prima e che cosa dopo, ma non è possibile guardare al processo di massa con le lenti del rapporto a due o guardare ai rapporti a due con quelle del processo di massa. Questo è il problema di fondo, che è *de jure condito* e non *de jure condendo*, un uso alternativo del processo e del diritto[44].

Se il vaglio d'omogeneità si riduce, come accaduto finora, ad un raffronto su scala «1:1» tra il diritto soggettivo perfetto dell'attore e quello parimenti perfetto di ciascun aderente, alla ricerca di tratti comuni sufficienti all'instaurazione congiunta della lite – e se poi, in aggiunta, si chiede a tutti i portatori di quei diritti d'intraprendere un'adesione espressa –, la lite di classe non sarà mai veramente di classe. E allora qual è il senso ultimo della *commonality* o dell'omogeneità (impropriamente detta), un senso che l'*opting-out* esalta ma l'*opting-in* non nega? La situazione-modello (impropriamente omogenea) spetta alla classe come tale, non a questo o quel membro individualmente inteso[45].

L'omogeneità dei diritti individuali, se malintesa, può condurre ad una valutazione comparativa fra situazioni soggettive singole – che cosa hanno in comune? Che cosa le separa? –, mentre l'azione di classe richiede e produce una situazione-modello che, a rigore, non è né omogenea né disomogenea rispetto a qualcos'altro, ma è semplicemente imputabile alla classe come tale.

Proponenti e aderenti fruiscono dell'azione allargata non perché le rispettive situazioni soggettive siano *tout court* identificabili o so-

[44] L'atavica tendenza a minimizzare l'azione, degradandola a mero rito speciale, sullo stesso piano dei molti riti noti al processo contemporaneo, è stata contrastata con vigore proprio dalla dottrina processual-comparatistica italiana: M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, 268 ss.; ma già ID., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti la giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 361 ss.

[45] Qualche barlume in App. Milano, 26 agosto 2013, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 1319 ss., con nota di chi scrive, ove si narra di un diritto omogeneo di classe, ma in modo quasi allusivo, verboso anziché concettuale.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

vrapponibili, ma perché le loro domande presentano lineamenti utili ad una trattazione e decisione congiunte. La comunanza cui è subordinato l'accesso al rimedio implica l'emarginazione delle questioni strettamente individuali e la convergenza su quelle di classe[46]. Ne discende che la posizione *sub judice* non preesiste all'azione ma è un prodotto di questa: proponente e giudice vi danno forma rispettivamente con la citazione e con l'ordinanza ammissiva (anzi, per essere più precisi, la citazione fornisce come una bozza, ma è solo l'ordinanza a creare il diritto tutelabile col nuovo rito)[47].

Ne discende inoltre che, trattandosi di una situazione-modello che come tale non fa capo ad alcuno ma è sufficiente all'uso del rimedio, la tutela ottenibile da ciascun membro della classe, se raffrontata a quella ricavabile in sede individuale, è generalmente inesatta: qualche danneggiato potrebbe conseguire «di più», qualcun altro «di meno», con una *fluid recovery* che valica il principio di specularità perfetta fra danno e risarcimento (e sul lungo periodo potrebbe segnare l'accantonamento di quel principio nell'area del nuovo rito)[48]. È il prezzo dell'effettività, ove il processo a due, volto

[46] Per tutti, in direzione sostanzialmente convergente, TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano*, cit., 115; PAGNI, *L'azione di classe*, cit., 356 ss.; e DONZELLI, *L'azione di classe*, cit., 257.

[47] Un protagonismo giudiziario che, abituale nella *Common Law*, resta piuttosto lontano dalla mentalità e dalla prassi del giudice continentale, il cui *modus operandi*, anche a causa dei carichi di lavoro, va sempre più inaridendosi e burocratizzandosi. Vi contribuisce – o ne consegue – una qualche percepita neutralità o indifferenza del rito, quasi il modello processuale divenisse un «velo» (F. AULETTA, *L'effettività* nel *processo*, in G. GRISI [cur.], *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, 52; ma già DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 7).

[48] Emblematica l'idea del non patrimoniale di classe, come ad es. in Cass., 31 maggio 2019, n. 14886 (non priva di qualche archetipo nella giurisprudenza di merito, come in App. Roma, [ord.] 27 gennaio 2012, inedita, a quanto consta; App. Torino, [ord.] 26 gennaio 2012, anch'essa inedita, sempre a quanto consta, ove si dice: «Non rileva, dunque, in concreto, […] la qualità o quantità del pregiudizio patrimoniale affermato, né pare corretto escludere *a priori* l'esperibilità dell'azione di classe a tutela dei diritti non patrimoniali, per definizione personali, non avendo il legislatore posto alcun distinguo in merito alla natura del danno tutelabile»; e infine, ma *obiter*, App. Torino, [ord.] 25 ottobre 2010, in *Foro it*., 2010, I, 3530 ss., con nota di A.D. DE SANTIS, in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, 502 ss., con nota di M. LIBERTINI e M. MAUGERI, in *Corriere giur.*, 2011, 525 ss., con nota di B. ZUFFI, in

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

ad una tutela esatta, lascia ingenti porzioni di contenzioso nel sommerso.

La compensazione fluida non è punitiva[49]. Al contrario essa è per lo più calmierante, perché l'approssimazione non si pratica spingendo i livelli ai loro picchi, ma tenendo un parametro medio che rifugge per definizione da qualsiasi pretesa sanzionatoria. Una *class action* ben oliata stempera ed accomoda sui grandi numeri la quantificazione del danno. Forse l'impresa preferirebbe fronteggiare poche o pochissime liti individuali, ma è intuitivo come un'unica azione di classe minacci esborsi comunque più bassi di quanto non conseguirebbe alla ripetuta soccombenza in sede individuale, allorché una quota significativa di azioni singole fosse intrapresa. Se invece per punitività s'intende maggiore effettività, allora sì, la *class action* è sicuramente «punitiva»[50].

Danno e resp., 2011, 71 ss., con nota di L. FRATA; e commentata anche da R. POLI, *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 38 ss.). Quanto alla dottrina cfr., in senso sostanzialmente affermativo e pur con molte sfaccettature, CAPONI, *Il nuovo volto*, cit., 388; CONSOLO - ZUFFI, *L'azione di classe* ex *art. 140*-bis, cit., 90 ss., in particolare nota 39; M. LIBERTINI, *Pratiche commerciali scorrette e azione di classe*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 159-160; C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, in particolare 511 ss.; in breve, G. ALPA, *L'art. 140*-bis *del codice del consumo*, cit., 391; e C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazioni sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 518 ss. e in particolare 528.

[49] Di recente, C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, Padova, 2019, 233 ss.

[50] Verrebbe da citare, ovviamente, Cass., 5 luglio 2017, n. 16601, che ha enunciato con ènfasi la polifunzionalità della responsabilità civile e una sorta di benestare ai risarcimenti punitivi, pur nel quadro di un procedimento di delibazione di una sentenza straniera (sul punto, fra i molti, DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie*, cit., 31 ss.; M. DELLACASA, Punitive damages*, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. impr.*, 2017, 1142 ss.; A. LASSO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, 2018, 26 ss.; A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, 2017, *passim*; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1410 ss.; e in chiave internazional-privatistica, G. PERLINGIERI - G. ZANNA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 166 ss.). Ma il precedente non è in termini, nel senso che la *class action* non implica di per sé alcuna valenza punitiva della sentenza di condanna, né impone che ad essa s'unisca la statuizione di risarci-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

Insomma, la tutela ha qui ad oggetto una situazione-modello che, prodotta dal rito e solo approssimativamente riferibile a ciascun membro, spetta in realtà alla classe come tale. È un risultato che implica l'abbandono o la rivisitazione di tutto l'armamentario classico del processo civile, e stimola un graduale ripensamento dello stesso diritto sostanziale, destinato a massificarsi tanto quanto il rito, non appena l'istituto si sarà fatto meno rado nella pratica. Ha qualche punto di contatto con quello che negli Stati Uniti è detto *Class Action-Respecting Canon*, e che da noi potrebbe rileggersi, allusivamente, come bisogno di un approccio interpretativo che ritagli per l'istituto uno spazio suo, anziché pretendere di forzarlo nelle pieghe del già noto[51].

L'azione di classe, per funzionare, al tempo stesso richiederà e favorirà il superamento del diritto e del rapporto soggettivi, emblemi

---

menti ultracompensativi (GALGANO, *Prefazione*, cit., 2-3; e A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 239 ss.); e comunque, a dispetto di quanto asserito dalla Suprema Corte con la citata sentenza, non spetta necessariamente al legislatore fissare una volta per tutte le funzioni della responsabilità civile, se non altro perché, in fin dei conti, queste funzioni dipendono dal *quantum*, cosa che sfugge a qualsiasi tipizzazione o precomprensione legale (in tema, fra gli altri, A. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 222 ss. e in particolare 230 ss.; A. DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 1314 ss.; e M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 92 ss.).

[51] Su come la *class action* possa contribuire a riplasmare il diritto sostanziale, la letteratura anglo-americana è davvero sterminata: fra i molti, M. HANDLER, *The shift from substantive to procedural innovations in antitrust suits: the twentythird annual antitrust review*, in *71 Col. Law Rev.*, 1971, 5 ss.; W. SIMON, *Class actions: useful tool or engine of destruction*, in *55 Federal Rules Decisions*, 1973, 375 ss.; G.L. PRIEST, *Procedural Versus Substantive Controls of Mass Tort Class Actions*, in *26 Jour. Legal Stud.*, 1997, 521 ss.; A. NAGAREDA, *The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action*, in *103 Col. Law Rev.*, 2003, 149 ss. e in particolare 181; M. MOLLER, *Class Action Law Making: An administrative Law Model*, in *11 Texas Rev. Law & Pol.*, 2007, 41 ss. e specialmente 46 ss.; N. LANDSMAN-ROOS, *Front-End Fiduciaries: Precertification Duties and Class Conflict*, in *65 Stanford Law Review*, 2013, 817 ss.; nella nostra dottrina, per tutti, GIUSSANI, *Studi sulle "*class actions*"*, cit., 155 ss.; e A. FRIGNANI - P. VIRANO, *La* class action *nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. econ. assic.*, 2009, 26 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

«stanchi» della modernità[52], per abbracciare la logica di un diritto e di un processo massificati[53]. Questa visione olistica, implicita nell'esperienza americana, è per noi indigesta[54]; inutile negarlo[55]. Ma è ancor meno utile negare la visione in sé ed affermare che un diritto

[52] Quasi una mistica del diritto soggettivo: cfr., per citare due scritti pressoché coevi ma molto distanti tra loro, W. CESARINI SFORZA, voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 659 ss.; e A. ROSS, *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Torino, (rist.) 1990, 160 ss. (l'ed. originale è del 1958); ma in merito al «realistico» superamento della proprietà occorrerebbe rimeditare, *in primis*, K.N. LLEWELLYN, *Through Title to Contract and a Bit Beyond*, in *Law: A Century of Progress*, III, New York, 1937, 80 ss.; ID., *Across Sales on Horseback*, in *Harvard Law Rev.*, 1939, 725 ss.; e ancora ID., *The First Struggle to Unhorse Sales*, *ibidem*, 873 ss.; e per una recente rimeditazione critica, S. RUPERTO, *La dinamica giuridica*, Torino, 2019, 80 ss.

[53] Il diritto privato s'è già ampiamente massificato e si tratta solo di prenderne atto, a fronte di un nuovo modello di processo che ne esalta ulteriormente la massificazione. Solo due esempi, qui appena enunciati ma facilmente comprovabili: nella materia contrattuale, il deperimento dei vizi del volere e delle relative tutele e loro sostituzione col paradigma della trasparenza – chiarezza e comprensibilità o chiarezza ed esaustività – presidiata in primo luogo dall'interpretazione contro l'autore della clausola *ex* artt. 1370 c.c. e 35, co. 2, c.cons. (poderoso K. KOSCHE, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, Tübingen, 2011, *passim*; in Italia, fra i molti, V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore» [la novella al codice civile]*, Napoli, 1997, 51 ss.; F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, 81 ss.; E. MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 592 ss.; ID., *Nuovi requisiti di forma del contratto*, Padova, 2006, *passim* ma in particolare 38 ss.; P. GAGGERO, *Trasparenza del contratto e rimedi di autotutela*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, 461 ss. e in particolare 489 ss.; in breve A. GENTILI, *Senso e consenso*, Torino, 2015, 606); nella materia extracontrattuale, il trionfo giurisprudenziale della prova probabilistica del nesso causale, del «più probabile che non», e delle presunzioni legali che talora semplificano accertamento e quantificazione del danno in un'ottica statistica anziché personalizzata (vi si soffermano, tra gli altri, N. RIZZO, *La causalità civile*, Torino, 2022, *passim* ma in particolare 227 ss.; e D.M. FRENDA, *Il danno da perdita di* chances *tra le ragioni della vittima e le regole del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1325 ss.; ma la letteratura è davvero molta). D'altro canto, il giudice «di classe» è espressamente autorizzato dall'art. 840-*quinquies*, co. 4, c.p.c. ad «avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici», norma dal chiaro sapore *antitrust*.

[54] Sempre suggestivo C. ANGELICI, *«Consegna» e «proprietà» nella vendita internazionale*, Milano, 1979, 43 ss. (ed *ivi* ampia bibliografia).

[55] Ci costringe ad ammettere l'insufficienza delle politiche pubbliche, cosa che per l'osservatore continentale è sempre spiacevole: FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 26 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

azionato tramite *class action* resti uguale ad uno azionato in sede individuale.

L'omogeneità dei diritti, confermata dall'art. 840-*bis* c.p.c., non è dunque una «vera» clausola generale, come la buona fede o l'ingiustizia del danno, né un precetto elastico come la diligenza[56], ma un predicato (atecnico) della posizione tutelabile, che non è più soggettiva ma omogenea, e perciò stesso di classe. Così intesa, l'omogeneità del diritto azionato nel processo di classe potrebbe restituire una rinnovata ed effettiva forma di controllo dei poteri privati, al servizio della collettività tutta, fatta di consumatori e no.

6. La conclusione non cambia di molto quando si ponga mente all'ultima novità, vale a dire all'azione rappresentativa ricomparsa nel codice di settore con gli artt. 140-*ter* ss. c.cons. All'esito di un percorso legislativo che trova avvio nel diritto europeo, vale a dire nella Dir. 1828/2020/UE, dopo lunghi dibattiti nelle più svariate sedi[57], ricompare nel codice del consumo un'azione collettiva dedicata al consumatore e al suo bisogno di protezione (anche transfrontaliera) dinanzi alle storture e deficienze del mercato. Ecco che, mentre la nota *class action* piano piano si posiziona nel nuovo *habitat* del codice di procedura, altra azione riaffiora nel codice di settore e ripristina strettoie che la «sorella maggiore» aveva lentamente oltrepassato (non ultima la «stretta» sulle materie coperte di cui al nuovo Allegato II-*septies* c.cons., materie tutte di rilievo consumeristico, ma tali da non saturare certamente il quadro complessivo). Questa volta si tratta di un'azione rappresentativa, rimessa a soggetti bisognosi di una legittimazione attiva certificata (artt. 140-*quater* e 140-*quinquies* c.cons.), e calibrata espressamente sugli interessi collettivi dei consumatori (già ricomparsi col «cresci-Italia» nel previgente art. 140-*bis*, co. 1, c.cons., ma poi scomparsi nel nuovo art. 840-*bis* ss. c.p.c.)[58].

---

[56] Nella sterminata letteratura, di recente, S. PATTI, *Il giudice e le clausole generali*, in F. RICCI (cur.), *Princìpi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2018, 119 ss.; e V. VELLUZZI, *L'interprete e le clausole generali*, *ibidem*, 135 ss.

[57] Per un *resumè* del lavorìo europeo e del dibattito che ne è seguìto cfr., fra gli altri, RUMINE, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi*, cit., 214 ss.

[58] Resta opaco il perché di queste repentine comparizione e sparizione, e forse neppure cruciale: ancora RUMINE, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi*, cit., 235 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

Prematuro e ozioso sembra commentare, in questa fase, il senso ultimo del «doppione», ammesso che un senso lo abbia veramente. Da un lato viene semplice censurare, ancora una volta, il difetto di coordinamento o lo strabismo di un legislatore interno che, non potendo o non volendo fare di più, si limita a travasare nuove forme processuali nel recipiente più comodo, il codice del consumo, pressoché immemore di strumenti già presenti altrove. Dall'altro lato, però, viene semplice ribadire che attuare il diritto europeo in misura espansiva, unificando gli istituti e amalgamando i rimedi, non va indenne da criticità: l'interpretazione europeisticamente orientata, svolta «a valle» del precetto, vale finché vale il diritto europeo «a monte», ma se la norma da interpretare è più lata, vi sarà un'area ove quell'interpretazione non è doverosa; la Corte UE ha il monopolio finale sull'interpretazione del diritto europeo, ma non su norme che, per quanto ispiratesi ad esso, non ne costituiscano un'attuazione in senso tecnico. Se dunque quest'attuazione è sovra-obbligatoria, residua una zona grigia ove l'interpretazione conforme è possibile ma non doverosa, l'applicazione delle sentenze della Corte opzionale ma non vincolante (e si rischia il decadimento nella questione di gusto, nella diatriba tra interpreti e decisori filoeuropeisti ed altri agnostici, se non ostili, dinanzi al diritto di provenienza europea)[59]. Qualcosa di spiacevole sarebbe certamente accaduto anche all'atto di trasformare la Dir. 1828/2020/UE in diritto nazional-derivato, se il nostro legislatore avesse tentato una crasi fra vecchia e nuova disciplina, fra codice di procedura e codice di settore.

Ecco che il «doppione» pare da un lato censurabile, dall'altro quasi benefico. Certamente non passa inosservato, esprime una diseconomia di mezzi giuridici e rischia d'intrappolare l'interesse di classe nell'abbondanza (apparente) dei procedimenti. In ogni caso, che sia attore in una *class action* o sostituìto dall'ente nel nuovo *for-*

[59] Il discorso, ovviamente, ha trovato sensibile soprattutto l'interprete tedesco, aduso ad attuazioni espansive del diritto dell'Unione, ma neppure in Germania è stato coltivato a dovere: cfr. T. JÄGER, *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht*, Baden-Baden, 2006, in particolare 96 ss.; in breve, J. BASEDOW, *Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht*, in *Arch. civ. Prax.*, 2010, 157 ss.; e con riferimento più particolare alla vendita, G. WAGNER, *Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?*, in *ZEuP*, 2016, 87 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

mat di azione rappresentativa – «senza bisogno di mandato», dice l'art. 140-*septies*, co. 1, c.cons. – il portatore dell'interesse è latamente occasionale, giacché, scelto lo strumento, quell'interesse è della classe prima che del *class member*. Il provvedimento di tutela inibitoria o compensativa non protegge il diritto soggettivo o diritti omogenei, ma l'interesse di classe *tout court*.

Di nuovo si crea, in prospettiva, il circolo virtuoso tipico dell'azione statunitense: pretese facilmente aggregabili in giudizio lasciano meglio cogliere l'interesse di classe, lo standard «entra» bene nel rito di gruppo, ma un interesse ripetutamente difeso in sede allargata a sua volta si raffina fino a staccarsi, anche nella percezione comune, dalla base ideologica del diritto soggettivo. Il processo di massa, piccolo o grande che sia, predilige segmenti replicabili del diritto sostanziale – questo sì –, ma poi li rilancia e tende a massificare via via le zone circostanti, così aumentando l'area del massificato.

Per fare qualche esempio, è facile prevedere che la giurisprudenza chiamata a formarsi nelle azioni collettive giunga gradatamente a modificare e commisurare all'interesse di classe la nozione di consumatore, il danno non patrimoniale e lo stesso nesso di causalità: è inevitabile che l'interesse di classe agisca piano piano dall'interno, normalizzando la qualità di consumatore *ex* art. 3 (e 140-*ter*, co. 1, lett. «a]», c.cons.) entro tracce reiterabili – un consumatore «prevalente»? – limando quel *quid* di non patrimoniale mai standardizzabile, o imponendo un accertamento statistico-probabilistico del nesso causa-effetto, anche solo perché delibato con riferimento a gruppi anziché *singulatim*.

Ne dà recente conferma l'art. 140-*septies*, co. 8, lett. «b)», c.cons., quando dichiara inammissibile quella domanda collettiva che sia «priva degli elementi necessari ad individuare il gruppo dei consumatori interessati dall'azione»: il gruppo dei consumatori è compattato dall'interesse, è l'interesse del gruppo prima che dei singoli; sbaglia quell'attore esponenziale che, nello scrivere il ricorso, non sappia cogliere unicità e unitarietà dell'interesse.

Nell'affastellarsi dei riti e nella dovizia delle forme, poco o nulla potrà funzionare finché non s'abbandoni l'uso d'osservare la giustizia collettiva con le lenti del processo a due, o l'uso d'irregimentare l'interesse di classe entro lo stereòtipo dei diritti soggettivi identici od omogenei. Finché non sarà affrontato e sciolto questo nodo, che

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

è culturale e quasi ancestrale, le nuove forme di processo non potranno spiccare il volo.

Abstract

Nel nostro ordinamento l'azione di classe sembra non trovare pace: dopo le infauste vicende della prima versione (risalente al 2007) e della seconda (risalente al 2010), entrambe confinate nel codice del consumo, la riforma del 2019 l'ha collocata nel codice di rito, agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., spezzandone la vocazione a strumento di tutela consumeristica. Ma la ricollocazione non ne ha camuffato la portata sostanziale: anzi, depositaria di una disciplina ormai folta e per certi versi cavillosa, la nostra *class action* accresce la sua capacità di modellare il diritto sostanziale, prima che il processo. Nondimeno il trapianto legale, dall'archetipo nordamericano agli esperimenti europei di ultima generazione, se davvero ambisce ad incrementare effettività e deflazione della giustizia civile, dev'essere maneggiato con le lenti e con il supporto concettuale del processo allargato, anziché con quelli del tradizionale processo a due. La futura esperienza applicativa dirà se l'ultima riforma sarà capace di riservare al rimedio un posto tangibile nel sistema: al di là del suo ambientamento processuale, molto dipenderà da quanto l'azione saprà instaurare, gradualmente, una matura coscienza dei diritti omogenei di classe, non già la mera moltiplicazione numerica del diritto soggettivo individuale, ma posizioni realmente collettive e purtuttavia capaci di tutela civile. Ne risulterà semplificato pure l'insediamento dell'ultima nata, vale a dire dell'azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (nuovi artt. 140-t*er* ss. c.cons.).

In our legal system, the development of class-action lawsuits is seemingly restless: after the inauspicious events of the first version (dating back to 2007) and of the second one (dating back to 2010), both of which were confined to our Consumer Code, the 2019 reform placed the legal framework for class actions in the Code of Civil Procedure (Arts. 840-*bis* et seq.), thus breaking its consumer protection aim. But the relocation has not changed its potential impact. On the contrary, with its now rich and quibbling regulation, our class action model is more and more capable of shaping substantive law, even more than procedural law. Nonetheless, this legal transplant – from the North American archetype to the latest generation of European experiments – if it really aspires to increase the effectiveness of civil justice and reduce litigation, must be handled with the lens and con-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

ceptual support of the 'extended trial', rather than with those of the traditional two-person adversary proceedings. Future cases will tell us whether the latest reform will succeed in placing class action as an effective remedy in the Italian legal system. Despite its procedural nature, this will mostly depend on how much the action will be able to gradually establish deeper awareness of homogeneous 'class rights'; that is, not the mere numerical multiplication of individualized rights, but truly collective entitlements capable of being litigated. Such a result would also simplify the development of the newly introduced representative action for the protection of consumers' collective interests (Arts. 140-*ter* et seq. of the Consumer Code).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-4ferrante

Maurizio Ferrari

DANNO ALLA PERSONA, RENDITA VITALIZIA E NEUTRALIZZAZIONE DELL'ALEA

Sommario: 1. L'art. 2057 c.c. fra *overruling* giurisprudenziale e «scoperta» nomofilattica. – 2. L'equiparazione «finanziaria» della rendita vitalizia alla liquidazione *una tantum*. – 3. La rilevanza dell'alea nel rapporto di rendita vitalizia non originato da contratto. – 4. Considerazioni conclusive.

1. L'art. 2057 c.c. prevede che il danno alla persona, quando ha carattere permanente, può essere liquidato dal giudice sotto forma di una rendita vitalizia, tenuto conto delle condizioni delle parti e della natura del danno, disponendo le opportune cautele. La norma, in buona sostanza, affida al prudente apprezzamento del giudice, nel caso concreto, la scelta tra il risarcimento in forma di capitale e il risarcimento in forma di rendita, da compiersi verificando quale fra le due forme di ristoro si dimostri più conveniente rispetto ai reali interessi in gioco delle parti[1]. Mira, quindi, a realizzare una tendenziale corrispondenza fra permanenza del danno e del ristoro, configurando la liquidazione della rendita non come diritto della parte, ma come facoltà del giudice, che pure va accompagnata da opportune cautele, insindacabile in sede di legittimità[2].

Nella giurisprudenza di merito, si rinvengono sporadiche occasioni in cui il giudice abbia optato per la scelta della liquidazione in

[1] In dottrina, sull'attualità dell'art. 2057 c.c., per l'affermazione secondo cui «optare verso un sistema di rendita vitalizia che sia più in grado di assicurare protezione durante tutta la vita del leso» restituisce attualità a «quanto già la relazione al codice civile indicava ben settantasette anni orsono», cfr. V. Cuffaro, A. Gentili (a cura di), *Materiali per una revisione del codice civile*, vol. II, Milano, 2022, 256.

[2] In tal senso ebbe a pronunciarsi Cass. 28 aprile 1983, n. 2918, *Foro it*., Rep. 1984, voce *Danni civili*, n. 62.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-5ferrari

forma di rendita[3], risultando privilegiata la liquidazione del danno per equivalente monetario con corresponsione dell'importo in una unica soluzione[4]. Mentre la giurisprudenza di legittimità, a fronte di un unico precedente che ha ritenuto operabile d'ufficio l'opzione giudiziale verso la liquidazione in forma di rendita vitalizia del risarcimento del danno patrimoniale da lucro cessante per perdita della capacità lavorativa specifica[5], è pervenuta solo recentemente alla «scoperta» dell'art. 2057 c.c.[6], con una decisione della terza sezione civile[7], la quale – ribadito che la scelta di liquidare il danno permanente alla salute tramite una rendita vitalizia ai sensi dell'art. 2057 c.c. è rimessa al prudente apprezzamento del giudice, che può optare d'ufficio per tale soluzione anche in appello, disponendo in tal caso opportune cautele – ha dettato i criteri mediante i quali la scelta può concretizzarsi. Ad avviso della Corte, qualora il giudice ritenga di liquidare il danno permanente alla persona in forma di rendita vitalizia, dovrà procedere, in concreto: *a*) a quantificare il danno in somma capitale, avuto riguardo all'età della vittima al momento del sinistro, sulla base delle tabelle di mortalità e senza tener conto della

[3] Cfr. Trib. Milano 14 maggio 2019, in *Nuova giur. civ*., 2020, I, 538, con nota di M. Giaccaglia, *Ancora sul risarcimento del danno permanente alla persona mediante rendita vitalizia*, anche in *Dir. mercato assic. e fin*., 2020, 149, con nota di E. Giusti, *La rendita vitalizia ed il risarcimento del danno: il ruolo dell'assicurazione*, e in *Danno e resp*., 2019, 647, con note di L. Brizi, *La liquidazione del danno alla persona mediante rendita vitalizia: una rara occasione*, e di C. Scarpellino, *Danno permanente e rendita vitalizia: note in margine a una sentenza milanese*; nonché Trib. Milano 27 gennaio 2015, in *Riv. it. medicina legale*, 2015, 1605, con nota di A. Furlanetto, E. Macrì, in *Resp. civ. e prev*., 2015, 1637, con nota di D. Chindemi, *Rendita vitalizia in caso di danno patrimoniale futuro e da incapacità lavorativa: criteri di determinazione*, e in *Nuova giur. civ*., 2015, I, 621, con nota di C. Mazzanti, *Danno permanente alla persona e risarcimento sotto forma di rendita vitalizia.*

[4] Cfr., *ex multis*, Trib. Trieste 5 aprile 2012, in *Riv. it. medicina legale*, 2012, 1784, con nota di T. Gasparro, *Il risarcimento del danno alla persona post sez. un. 2008 tra automatismi e duplicazioni. L'opzione della rendita vitalizia* ex *art. 2057 c.c.*

[5] Cass. 18 novembre 2005, n. 24451, in *Resp. civ. e prev*., 2006, 637, con nota di P. Ziviz, *La valutazione del danno biologico nel nuovo codice delle assicurazioni*, e in *Nuova giur. civ*., 2006, I, 1123, con nota di A. Negro, *Pluridimensionalità del danno biologico o danni diversi?*

[6] L'espressione è di M. Franzoni, *La scoperta dell'art. 2057 c.c.*, in *Danno e resp*., 2023, 269.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-5ferrari

sua eventuale ridotta aspettativa di vita, qualora quest'ultima risulti conseguenza dell'illecito; *b*) a individuare un coefficiente di capitalizzazione fondato su corrette basi attuariali, aggiornato e corrispondente all'età della vittima al momento dell'evento; *c*) a dividere la somma capitale per il coefficiente di capitalizzazione; *d*) a dividere ancora (eventualmente) per dodici il rateo annuo, se intenda liquidare una rendita mensile invece che annuale.

La valenza nomofilattica dell'intervenuto *overruling* giurisprudenziale – consistente nel superamento delle diffidenze pregresse che inducevano i giudici a ritenere, quella della liquidazione in forma di rendita, una soluzione di ripiego rispetto a quella della liquidazione in forma di capitale – fa assurgere la costituzione di una rendita a forma privilegiata di risarcimento nei casi di pregiudizio derivante da una grave lesione alla salute, in modo da intercettare la proiezione diacronica di tutte le componenti del danno che, di giorno in giorno, il danneggiato avrebbe subìto[8]. Tuttavia non possono essere sottaciute alcune criticità in relazione al fatto che il risarcimento in forma di rendita vitalizia possa risolversi, in caso di minore aspettativa di vita determinata dal fatto illecito, in un vantaggio per il soggetto responsabile che, rispetto all'ipotesi di liquidazione per equivalente *una tantum*, verrebbe a giovarsi proprio della colpa che gli è imputabile, in quanto i ratei non sarebbero versati per tutti gli anni di vita computati sulla base delle tabelle di mortalità media, ma solo per il numero di anni effettivamente vissuti dal danneggiato. La liquidazione sotto forma di rendita vitalizia, infatti, cessando con la morte del beneficiario, agevolerebbe il responsabile del fatto illecito in tutti i casi in cui la gravità stessa delle lesioni provochi una ridotta aspettativa di vita per la vittima.

---

[7] Cass. 25 ottobre 2022, n. 31574, in *Foro it*., 2022, I, 3273, con nota di G. Stromillo, *Risarcimento in forma di rendita vitalizia e quadratura del credito*, in *Guida al dir*., 2022, fasc. 47, 28, con nota di F. Martini, M. Hazan, *La Cassazione sceglie un'altra via rispetto alle logiche «mercatorie»*, in *Danno e resp*. 2023, 172, con nota di F. Poiatti, Overruling *giurisprudenziale: la definitiva rinascita della rendita vitalizia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 143, con nota di M. Marinai, *Il bivio della liquidazione del danno: il sentiero inesplorato della rendita vitalizia*.

[8] In dottrina, aveva già auspicato tale opzione ermeneutica M. Rossetti, *Il danno civilmente rilevante: tipologie, accertamento, liquidazione*, in *Resp. civ. e prev*., 2002, 508.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-5ferrari

L'argomento, con il quale la Suprema Corte non ha mancato di confrontarsi, secondo cui tali criticità non avrebbero ragione d'essere, si fonda sulla necessità di distinguere il coefficiente utilizzato per la costituzione della rendita dalla durata della stessa (il primo dovendo corrispondere all'età del danneggiato al momento del sinistro, utilizzando come parametro la durata media della vita e non quella presumibile nel caso concreto), per cui una volta calcolato correttamente il rateo, non si violerebbe il principio della integrale riparazione del danno qualora, con la morte *ante tempus* della vittima, cessi il risarcimento giacché con il suo *exitus* cessa anche il danno sofferto. Argomento che può sembrare ineccepibile limitandosi a considerazioni di tipo geometrico-formali, basate sulla pretesa equivalenza delle due forme di risarcimento, in unica soluzione o tramite rendita vitalizia[9], ma che omette di considerare come con la seconda tecnica si vada ad allocare in capo al danneggiato il rischio di *exitus* prematuro in conseguenza dell'illecito, a tutto vantaggio del responsabile del fatto illecito, con ricadute non soltanto etiche, ma anche e soprattutto giuridiche.

Il postulato dell'equivalenza di base delle due forme risarcitorie, sicché la scelta rimessa al giudice dall'art. 2057 c.c. si rivelerebbe meramente organizzativa e ritagliata sugli elementi fattuali del caso concreto, appare inficiato dall'omesso apprezzamento dei valori personalistici coinvolti inevitabilmente in ogni concreta fattispecie di danno alla salute[10] ed irriducibili a parametri economici[11].

---

[9] La Corte, una volta stabilito che il giudice è libero di optare *ex officio* per lo strumento di cui all'art. 2057 c.c., chiarisce che incombe poi su quest'ultimo l'onere di assicurare che la rendita sia calcolata in modo da restituire un valore finanziariamente equivalente al capitale da cui è stata ricavata per l'intera durata di vita del beneficiario: sul punto, cfr. B. Vari, *La Suprema corte fa il punto sulla rendita vitalizia nella liquidazione del danno non patrimoniale e ne valorizza la funzione risarcitoria*, in *Dir. & giustizia*, 2022, fasc. 185, 9.

[10] Per i risvolti che il problema assume in ambito assicurativo, cfr. P. Corrias, *La copertura dei danni alla persona nella "sfinge" dell'assicurazione*, in P. Corrias e E. Piras (a cura di), *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*, Napoli, 2021, 174.

[11] Sul punto, cfr. R. Pardolesi, *Danno permanente alla persona e virtù del risarcimento in forma di rendita vitalizia: un sogno dai risvolti angosciosi*, in *Foro it*., 2023, V, 191.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-5ferrari

2. L'*overruling* operato da Cass. 31574/22 riferisce la tecnica risarcitoria in forma di rendita, e i suoi asseriti vantaggi, al danno biologico permanente riportato dalla vittima nella fattispecie concreta esaminata (persona macrolesa in tenera età) e al «danno morale ad esso conseguente», lasciando impregiudicata la liquidazione in forma di capitale del danno istantaneo al patrimonio biologico e morale[12]. L'attenzione della Corte è indirizzata alla rendita, quale tecnica di elargizione periodica di un *quantum* autonomamente definito, rispetto a una dazione *una tantum*, in grado di intercettare le esigenze di tutela della vittima nel corso dell'intera vita del soggetto leso, il cui diritto «matura *de die in diem*, ed ogni rateo di rendita compensa il pregiudizio sofferto dalla vittima nel corrispondente arco di tempo».

In tale prospettiva ermeneutica, afferma la Corte, incombe sul giudice «l'obbligo di assicurare che la rendita restituisca un valore finanziario equivalente per l'intera durata della vita del beneficiario», sicché nel delibare l'annualità o mensilità dovuta a titolo di rendita vitalizia, occorre determinare, in prima approssimazione, il capitale da cui ricavare la rendita, nel presupposto che la seconda sia, per il tramite del coefficiente adottato, equipollente al primo.

L'approccio è squisitamente finanziario: il capitale da versare nell'immediato è in grado di produrre rendite equivalenti per l'arco di tempo futuro considerato, con la possibilità di adeguare la rendita alle oscillazioni del potere di acquisto della moneta. Trascura, tuttavia, che non sarebbe altrettanto agevole la possibilità di revisione della rendita in caso di mutate esigenze del suo percettore, dal momento che una tale evenienza potrebbe essere fronteggiata solo mediante una nuova domanda risarcitoria, occorrendo per altro provare: *a*) l'impossibilità di accertare, al momento della prima liquidazione, fattori aggravanti successivi; *b*) l'impossibilità di prevederne

[12] Secondo M. Bona, *Critica alla liquidazione del danno non patrimoniale in forma di rendita vitalizia*, in *Resp. civ. e prev*., 2023, 108, v'è «sicuramente una quota di danno non patrimoniale a carattere, per così dire, "istantaneo" (le aspettative sono soppresse nel momento stesso in cui si verifica la menomazione idonea a travolgerle) ed al contempo oggettivo ed atemporale, non necessitando di essere vissuto di giorno in giorno per concretizzarsi, al punto che esso – innanzitutto sul piano del danno biologico-esistenziale (ma anche su quello della violazione dell'integrità morale) – è da risarcirsi anche in capo alla persona che si trovi in stato vegetativo o in coma».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-5ferrari

gli effetti; *c*) l'inesistenza di eventi successivi aventi efficacia concausale[13].

La Corte afferma, in motivazione, che «capitale e rendita costituiscono… due diverse forme di erogazione del medesimo valore, essendo il denaro un bene per definizione fruttifero, del quale sarà fruibile il valore d'uso (la rendita), ovvero il valore di scambio (il capitale), non diversamente da quanto accade per il godimento di un bene immobile, che potrà essere venduto o locato ricavando redditi diversi, ma che costituiscono pur sempre forme alternative di realizzazione del suo valore»[14]. Ciò evidentemente equivale ad escludere dalla ponderazione del problema proprio gli elementi personalistici che caratterizzano, viceversa, la fattispecie del danno alla persona[15]. Come si possa, dunque, concludere che il risarcimento in forma di rendita corrisponde a principi di «effettività, bilanciamento, giustizia delle decisioni», appare francamente incomprensibile.

Va ulteriormente osservato, poi, che anche il fatto che l'autore dell'illecito sia esposto a possibili ulteriori pretese risarcitorie dei congiunti in caso di dipartita della vittima[16] non si annovera a sostegno della supposta equipollenza fra le due forme di risarcimento, così come la circostanza che in tal caso verrebbe meno il danno, poiché non vi sarebbe più nulla da risarcire, comporta inevitabilmente che l'onere a carico di chi eroghi una rendita vitalizia possa risultare

---

[13] Cfr. Cass. 20 marzo 2017, n. 7038, non massimata, la cui motivazione si rinviene nella banca-dati del Foro italiano *ForoPlus* (*www.foroplus.it*).

[14] In dottrina, nonostante l'esplicita menzione che se ne rinviene nell'art. 820, 3° comma, c.c., non è condivisa l'idea che una rendita vitalizia possa essere equiparata ai frutti civili accanto agli interessi dei capitali, essendo stato autorevolmente rilevato che la nozione di frutti civili implica concettualmente una relazione tra un *quid* generante e un *quid* generato, insuscettibile di essere rinvenuta in tema di rendita: cfr. A. Torrente, *Rendita perpetua-rendita vitalizia*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, 4 ss.; A. Lener, *Il rapporto di rendita perpetua*, Milano, 1967, 191; G. Dattilo, voce *Rendita* (dir. priv.), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988, 865.

[15] Cfr. P. Corrias, *La copertura dei danni alla persona nella "sfinge" dell'assicurazione*, cit.

[16] Per riferimenti sul punto, sia consentito il rinvio a M. Ferrari, *L'alea contrattuale nella transazione sul risarcimento del danno alla salute* (nota a Cass. 1° settembre 2023, n. 25603), in *Foro it*., 2023, I, 2812.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-5ferrari

minore di quello cui è stato sottoposto chi abbia pagato il risarcimento in unica soluzione. «Allineare una tecnica risarcitoria spalmata sul lungo periodo con un'altra che, viceversa, si proponga – tutti e subito! – una liquidazione anticipata dei pregiudizi virtuali è impresa men che semplice. Che diventa impossibile quando l'aspettativa di vita concreta diverga da quella su cui è stato computato il ristoro totale. Nell'un caso (pagamento in unica soluzione) il rischio della premorienza della vittima è a carico del danneggiante, il quale, viceversa, in mancanza di correttivi, se ne libera quando sia tenuto a versare periodicamente una rendita. Non si tratta di una questione etica, ma dell'obiettiva traslazione di un rischio rilevante, che rende implausibile l'equipollenza delle due tecniche, se non si adottano correttivi *ex latere debitoris* (a maggior ragione laddove, come nel caso del rimedio *ex* art. 2057, l'opzione per l'una o l'altra traiettoria non sia rimessa all'interessato, con tanto di rischi conseguenti ai rovesci della fortuna, ma derivi dall'arbitrio incondizionato del giudice)»[17].

3. Che la rendita vitalizia sia un contratto aleatorio non può essere revocato in dubbio. Tale veniva qualificata già nel *Code Napoléon*[18] e nel Codice civile del 1865[19]. Non se ne ritrova menzione nel vigente Codice civile del 1942, per la scelta legislativa di omettere l'individuazione dei contratti aleatori[20], la cui categoria è comunque

[17] Sono testualmente le condivisibili osservazioni di R. PARDOLESI, *Danno permanente alla persona e virtù del risarcimento in forma di rendita vitalizia: un sogno dai risvolti angosciosi*, cit., il quale prosegue affermando che «caduto l'architrave dell'equipollenza, e messa a nudo l'improprietà di una scelta discrezionale del giudice che rischia di alterare drasticamente gli equilibri, diventa chiara la necessità di dismettere gli slanci entusiastici e di por mano a una rimodulazione del discorso volta a verificare se si diano modalità per una corretta applicazione dell'art. 2057 c.c. al ristoro del danno non patrimoniale».

[18] Il contratto di *rente viagére* è menzionato, nel novero dei contratti aleatori, dall'art. 1964 del *Code.*

[19] L'art. 1102 del Codice civile del 1865 precisa: «È contratto di sorte o aleatorio, quando per ambidue i contraenti o per l'uno di essi il vantaggio dipende da un avvenimento incerto. Tali sono il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio, il giuoco, la scommessa e il contratto vitalizio».

[20] Sul punto, diffusamente, cfr. V. FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2021.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-5ferrari

esplicitamente riconosciuta all'art. 1469 c.c., a mente del quale i contratti possono essere «aleatori per loro natura o per volontà delle parti»[21].

Non si dovrebbe, altresì, dubitare che la rendita vitalizia, costituita nei modi previsti dall'art. 1872 c.c., quindi non necessariamente con contratto[22], sia connotata dall'elemento essenziale dell'alea[23], posto che ne è ravvisabile il parallelismo – nella previsione di nullità del contratto per mancanza dell'alea[24], ai sensi dell'art. 1876 c.c. («il contratto è nullo, se la rendita è costituita per la durata della vita di persona che, al tempo del contratto, aveva già cessato di vivere») – con il contratto di assicurazione, a sua volta nullo, ai sensi dell'art. 1895 c.c. («il contratto è nullo se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto»), per insussistenza della incertezza configurante il rischio da assicurare, con conseguente venir meno dell'alea che connota il contratto di assicurazione[25].

Tuttavia, recenti studi hanno messo in luce come il contratto di rendita vitalizia possa anche non essere necessariamente connotato dall'alea[26], ritenendo che se storicamente all'alea veniva assegnata una funzione preventiva di tutela del contraente debole, attraverso la

---

[21] Sulla portata dell'art. 1469 c.c., cfr. G. Di Giandomenico, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, 40 ss. e 239 ss.

[22] Sull'ipotesi di costituzione mediante testamento, cfr. Cass. 19 gennaio 2005, n. 1079, in *Nuova giur. civ.*, 2006, I, 331, con nota di Bertino, con cui la Suprema corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ravvisato nella disposizione testamentaria la volontà della *de cuius* di attribuire ai propri cugini una rendita vitalizia e non un usufrutto, sulla base di un'attenta interpretazione letterale, precisando che tale conclusione era coerente con il tipo di cultura della testatrice e con l'influenza che sulla stessa aveva avuto il marito avvocato.

[23] Cfr. A. Torrente, *Rendita perpetua-rendita vitalizia*, cit., 79, il quale individua nell'alea uno degli elementi differenziali dalla rendita perpetua, nella quale le prestazioni possono essere esattamente valutate.

[24] Cfr. E. Valsecchi, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e continuato da L. Mengoni, vol. XXXVII, t. I, Milano, 1961, 162.

[25] A sostegno di tale tesi, cfr. P. Corrias, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 2016.

[26] Cfr., diffusamente, R. Quadri, *Rendita vitalizia e tipicità del contratto*, Napoli, 2012.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-5ferrari

preclusione di ogni forma di abuso, di approfittamento o di speculazione, in virtù della reciprocità ed equivalenza del rischio assunto dalle parti[27], nel contesto attuale dell'ordinamento privatistico debba essere valorizzata l'autonomia contrattuale delle parti nel dare luogo a regolamenti di interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, 2° comma c.c.[28]. Si tratta di tesi ampiamente condivisibile, sia per la lettura assiologica che di tale norma fornisce autorevole dottrina[29], sostenendo che il controllo di meritevolezza debba necessariamente operare con riferimento ai contratti tipici, e non soltanto a quelli atipici, come naturale conseguenza del concetto di causa concreta, sia per la riconsiderazione – in una visione del diritto civile che si ispiri alla legalità costituzionale, nel sistema delle fonti italo-comunitarie[30] – del ruolo dell'alea quale fenomeno che riguarda tanto i contratti aleatori, quanto quelli commutativi, esprimendo il margine di oscillazione dell'equilibrio contrattuale che, nel caso concreto, può consentirsi alla singola fattispecie contrattuale[31].

Ciò posto, con riferimento all'ipotesi normativa dell'art. 2057 c.c., non essendo la rendita vitalizia originata da un atto negoziale, per essere costituita con valutazione discrezionale *ex officio* dal giudice, persino *contra* il volere e le richieste delle parti[32], sorge il quesito se un ruolo vada riconosciuto, come possibile ed incidente, all'e-

---

[27] Sostiene sussistere un rapporto di continenza fra alea e rischio, inteso quest'ultimo in accezione più ampia, comprensiva di qualsiasi evenienza futura, prevista e non prevista dalle parti, G. Alpa, voce *Rischio contrattuale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, Torino, 1986, 864 ss.

[28] In tal senso, cfr. G. Perlingieri, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ*., 2015, 529, spec. 557 ss.

[29] Cfr. P. Perlingieri, *Lo studio del diritto nella complessità e unitarietà del sistema ordinamentale*, in *Foro nap*., 2014, 103 ss.

[30] L'espressione è volutamente riferita all'opera monumentale di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020.

[31] Cfr. V. Ferrari, *Il problema dell'alea contrattuale*, cit., 127 ss.

[32] È stato rilevato che la previsione di un potere così invasivo del giudice, nell'*overruling* operato da Cass. 31574/22, è ispirata da un forte impulso paternalistico: cfr. R. Pardolesi, *Danno permanente alla persona e virtù del risarcimento in forma di rendita vitalizia: un sogno dai risvolti angosciosi*, cit.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-5ferrari

lemento dell'alea in tale tipo di rendita vitalizia. Essa si caratterizza, infatti, come modalità della prestazione risarcitoria nell'ambito di una obbligazione, la cui fonte non è costituita dal contratto, bensì dal fatto illecito extracontrattuale. Sarebbe, per conseguenza, inappropriato parlare di «alea contrattuale», ma non di meno il problema dell'aleatorietà si pone sul piano del rapporto di durata nel corso del quale la prestazione viene eseguita in forma di rendita[33].

Il rapporto di rendita vitalizia, rispondendo all'interesse del creditore di ricevere una pluralità di prestazioni nel tempo da eseguirsi con ricorrenza periodica[34], si configura strutturalmente e funzionalmente come obbligazione, in conformità alla previsione dell'art. 1174 c.c., avendo ad oggetto prestazioni suscettibili di valutazione economica, che corrispondono a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore, la cui durata è però legata ad un evento *certus an sed incertus quando*. Tanto dovrebbe essere sufficiente a concludere che, se non può parlarsi di alea contrattuale, può comunque ritenersi configurabile un'obbligazione aleatoria[35] le cui sorti rimangono esposte all'incertezza del futuro. Ne consegue che se un contratto di rendita vitalizia può essere stipulato dalle parti, nella loro autonomia, escludendone la connotazione aleatoria, purché risulti meritevole di tutela l'assetto degli interessi dalle stesse voluto, nel caso di rendita vitalizia costituita *iussu iudicis*, ai sensi dell'art. 2057 c.c., alla connotazione aleatoria del rapporto non può sfuggirsi. L'elemento dell'alea si instaura contestualmente all'istituirsi del rapporto di rendita, la cui durata si prospetta fin dall'inizio incerta e imprevedibile.

4. La rendita vitalizia, nelle diverse figure normativamente ipotizzabili, assolve una funzione previdenziale[36]. Funzione che, pur

[33] L'espressione «rendita» designa qualunque prestazione periodica, avente per oggetto denaro o cose fungibili, caratterizzata da un'unica fonte che conferisce unitarietà all'obbligazione periodica: cfr. A. TORRENTE, *Rendita perpetua-rendita vitalizia*, cit., 2.

[34] In tal senso, cfr. A. LENER, *Il rapporto di rendita perpetua*, cit., 133.

[35] Concetto non estraneo alla tradizione degli studi in materia di obbligazioni: cfr. G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934.

[36] La dottrina sul punto è concorde: cfr. E. VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, cit., 3; A. TORRENTE, *Rendita perpetua-rendita vitalizia*, cit., 2;

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-5ferrari

prescindendo dall'aleatorietà della fattispecie[37], assume valore essenziale quando il rapporto di rendita subisce l'incidenza dell'alea senza possibilità di contenimento o elisione ad opera dell'autonomia contrattuale. Per la rendita costituita ai sensi dell'art. 2057 c.c., pertanto, è necessario che vengano adottate «opportune cautele» ad opera del giudice del caso concreto, che discrezionalmente e insindacabilmente l'abbia scelta come più opportuna rispetto alla liquidazione in forma di capitale, imponendola alle parti del giudizio[38].

L'effettività della tutela risarcitoria, preconizzata dall'art. 2057 c.c.[39], postula che le opportune cautele siano calibrate neutralizzando l'alea che connota il rapporto di rendita vitalizia, caratterizzata non solo dalla durata della vita del soggetto leso, ma anche da possibili sopravvenienze e aggravamenti delle sue condizioni, imprevedibili al momento della liquidazione[40]. Non è agevole, quindi, l'individuazione di un prodotto assicurativo specifico adeguato allo scopo, anche se non si tratta di una via impraticabile, ma resa difficoltosa dai costi dell'operazione finanziaria che dovrebbe essere costruita sull'equivalenza della rendita al capitale.

La «scoperta» dell'art. 2057 c.c., con tutta la valenza nomofilattica che va riconosciuta all'*overruling* operato da Cass. 31574/22, non ritrova nell'attuale realtà del mercato assicurativo italiano strumenti che valgano a soddisfare le «opportune cautele» rimesse al

---

G. Di Giandomenico, *Il contratto e l'alea*, cit., 71; G. Capaldo, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004, 145.

[37] Cfr. le significative considerazioni di P. Corrias, *La rendita vitalizia onerosa tra aleatorietà e funzione previdenziale*, in *Resp. civ. e prev*., 2022, 1024.

[38] Nel caso esaminato da Cass. 31574/22, il giudice del merito aveva indicato la stipula di una polizza fideiussoria a prima richiesta, suscitando non poche perplessità sull'efficienza della soluzione, che comunque è apparsa più percorribile rispetto ad altre ipotesi, come le polizze del ramo vita, comportanti una valutazione del «rischio di sopravvivenza» che si risolverebbero nella determinazione, a carico dell'obbligato, di un «premio unico» eccessivamente gravoso (cfr. F. Poiatti, Overruling *giurisprudenziale: la definitiva rinascita della rendita vitalizia*, cit.).

[39] M. Franzoni, *Dei fatti illeciti,* sub *art. 2057*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, supplemento artt. 2043-2059, 309, rileva che nella valutazione del danno alla persona «bisogna considerare ogni aspetto della vita attiva della persona umana».

[40] In tal senso, cfr. M. Rossetti, *Il danno alla salute*, Padova, 2017, 711.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-5ferrari

prudente apprezzamento dei giudici di merito. Saranno necessari ulteriori aggiustamenti, soprattutto riconsiderando il concetto puramente finanziario di equivalenza fra rendita e capitale, in attesa che il mondo delle assicurazioni si organizzi per fronteggiare adeguatamente, anche attraverso un efficiente dinamica con la riassicurazione, la copertura dei rischi che la liquidazione del danno alla persona in forma di rendita vitalizia comporta. La funzione previdenziale del rapporto di rendita, ragione legislativa che porta a preferirla rispetto alla liquidazione in forma di capitale[41], può assolvere appieno il suo ruolo di maggior garanzia per il risarcimento del danno permanente alla persona, a condizione che la persona stessa non abbia a subire alcuna incidenza negativa dell'alea insita nell'incertezza della durata del rapporto. Vale a dire, solo se l'esecuzione delle prestazioni periodiche dell'obbligazione aleatoria sia sottratta, con adeguati strumenti assicurativi, al deterioramento che il trascorrere del tempo può indurre nel valore, effettivo e non nominale, del *quantum* di ogni rateo della rendita, poiché è finalizzato a ristorare – come asserito nella motivazione di Cass. 31574/22 – un diritto risarcitorio che «matura *de die in diem*, ed ogni rateo di rendita compensa il pregiudizio sofferto dalla vittima nel corrispondente arco di tempo».

Abstract

Lo scritto esamina, alla luce del nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di risarcimento del danno alla persona di carattere permanente, le criticità che derivano dalla possibilità per il giudice di scegliere discrezionalmente fra liquidazione in capitale o in forma di rendita vitalizia, sul presupposto che siano finanziariamente equivalenti.

The paper examines, in light of the new jurisprudential orientation on the subject of compensation for permanent injury, the critical issues that arise from the possibility for the judge to discretionally choose between lump sum payment or through a life annuity, on the assumption that they are financially equivalent.

[41] Nella relazione ministeriale n. 802/1942, presentata dal Guardasigilli a corredo dell'allora neonato Codice civile, si legge testualmente: «il sistema della rendita vitalizia è funzionalisticamente orientato ad accrescere la tutela del danneggiato».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-5ferrari

Marco Ieva

L'AUTOTUTELA DEL TESTATORE MEDIANTE LA FORMA VOLONTARIA DEL TESTAMENTO: INERZIA DEL LEGISLATORE E INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il fondamentale ruolo della interpretazione nella evoluzione del sistema. – 3. Le argomentazioni utilizzate per affermare l'ammissibilità dell'autotutela del testatore mediante la forma volontaria del testamento. – 4. L'analisi critica delle argomentazioni espresse per negare la legittimità dell'autotutela mediante l'imposizione volontaria della forma pubblica per i futuri testamenti.

1. Queste pagine si collegano idealmente alle considerazioni svolte in un saggio recentemente pubblicato[1] e rappresentano il completamento di un percorso logico.

Nello scritto citato sono state ricordate le motivazioni che hanno indotto studiosi e operatori giuridici a intraprendere ricerche tendenti alla contrattualizzazione del diritto successorio.

Tuttavia si deve ammettere che i diversi strumenti attualmente utilizzabili da chi si accinge a disporre del proprio patrimonio "per il tempo in cui avrà cessato di vivere" non sempre realizzano pienamente gli interessi del disponente.

Il testamento, in particolare nella forma olografa, non garantisce l'effettiva attuazione delle volontà del disponente per una pluralità di

* Il saggio apparirà anche nella Rivista del Notariato.

[1] M. Ieva, *Dai contratti parasuccessori al contratto ereditario: un percorso da completare* in *Riv. Not*. 2023, I, p. 1149 e ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

motivazioni esaminate nel saggio già citato e in altri studi precedenti[2].

I contratti parasuccessori non realizzano l'interesse del disponente a revocare e modificare senza limiti la propria volontà fino all'apertura della successione[3].

Pertanto si è avvertita l'esigenza di un intervento legislativo per l'introduzione nell'ordinamento del contratto ereditario, considerato quale punto di equilibrio per il pieno soddisfacimento di tutti gli interessi del disponente, sul modello del contratto ereditario disciplinato dai paragrafi 2274 e seguenti del BGB (*Erbvertrag*).

Altro intervento legislativo auspicato è quello riguardante l'introduzione nella disciplina del testamento di una norma sulla forma volontaria, in analogia a quella contenuta nell'art. 1352 in materia di contratto.

L'indagine nel suo complesso ha riguardato la formulazione di soluzioni che siano in grado di contemperare pienamente le esigenze del disponente di non privarsi in vita della titolarità dei suoi beni e, allo stesso tempo, di essere certo che le proprie volontà troveranno piena realizzazione, evitando che dopo l'apertura della successione si debbano affrontare tempi, costi e incertezze di un giudizio.

Nella valutazione complessiva delle diverse soluzioni prospettate per il problema si ritiene che, oltre alla valutazione del risparmio di tempi e di costi per i soggetti coinvolti nella vicenda ereditaria, sia opportuno tener presente che l'utilizzo di nuovi strumenti, riducendo il contenzioso, comporterebbe significativi risparmi per la collettività.

2. Poiché da molti anni si auspica un intervento del legislatore finalizzato all'introduzione nell'ordinamento del contratto ereditario, in quanto la sua proibizione è considerata anacronistica[4], occorre

[2] M. Ieva, *Per una tutela non giurisdizionale della volontà del testatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, p. 181 e ss.; Id., *Il testamento: potenzialità e limiti nel confronto con i nuovi modi di trasmissione della ricchezza* in *Riv. critica dir. priv.*, 2017, p. 573 e ss. e nel *Liber amicorum Pietro Rescigno*, Napoli, 2018, I, p. 989 e ss.

[3] M. Ieva, *Dai contratti parasuccessori al contratto ereditario: un percorso da completare*, cit., p. 1161 e s.

[4] P. Rescigno, *La successione a titolo universale e particolare*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno coordinato da M. Ieva, I, Pa-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

prendere atto della perdurante inerzia del legislatore, perciò ci si deve adoperare affinché le soluzioni ai problemi pratici vengano dall'evoluzione del sistema attraverso l'interpretazione giurisprudenziale.

Lo spirito della ricerca deve dunque essere quello di offrire soluzione ai problemi pratici.

La possibilità per il testatore di adottare una forma volontaria che sia per lui vincolante (o, per meglio dire, di vincolarsi volontariamente ad adottare la forma pubblica) deve essere valutata sulla base dell'unico interesse che viene in considerazione, quello del testatore alla tutela della propria volontà e come strumento per contribuire finalmente a risolvere i notevoli problemi creati dal testamento olografo che, con ogni probabilità, tenderanno ad estendersi in una società nella quale le dinamiche demografiche sono caratterizzate dall'aumento delle famiglie monopersonali composte da persone anziane[5].

Nell'ambito di un discorso sull'interpretazione evolutiva, la circostanza che siano trascorsi più di quarant'anni dagli scritti ai quali intendo ora riferirmi, consente di indulgere, seppure brevemente, a personali memorie.

In quel periodo si dibatteva della sorte di una costruzione eseguita in costanza di matrimonio su un terreno avente natura di bene

---

dova, 2010, p. 10: "La proibizione del contratto ereditario è materia di una norma di legge ordinaria, ed anzi di una regola attorno alla quale non mancano le censure di carattere politico e tecnico. Da più parti essa è considerata anacronistica e se ne propone la rimozione, o almeno si chiede che venga profondamente riveduta e corretta"; ID., *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, ne *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p. 10 "La previsione costituzionale non impone il testamento come il solo atto di autonomia negoziale consentito per regolare la vicenda dei rapporti della persona al di là della morte; parimenti non è preclusiva la norma del codice civile, quest'ultima del resto modificabile con più semplici procedure rispetto alla revisione costituzionale" – *omissis* – "Dunque il sistema non pone preclusioni ad ammettere, accanto alle disposizioni testamentarie, forme di regolamento privato della successione diverse, ed anche a struttura non unilaterale, come sono i patti e le convenzioni, per usare i termini usati (e preferiti alla parola contratto) nella norma di divieto".

[5] M. IEVA, *Per una tutela non giurisdizionale della volontà del testatore*, cit., p. 189.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

personale di uno dei due coniugi, utilizzando, per l'acquisto dei materiali o per il pagamento del corrispettivo dell'appalto, denaro che non fosse anch'esso bene personale del coniuge proprietario del suolo ai sensi dell'art. 179 cod. civ.

La dottrina più autorevole[6] sosteneva la prevalenza della disposizione in tema di acquisti in comunione legale (art. 177 lett. *a*) cod. civ.) rispetto a quella in tema di accessione (art. 934 cod. civ.), pertanto l'interpretazione favorevole alla prevalenza del principio di accessione sostenuta, fra gli altri, da uno studioso non ancora ventiseienne[7] sembrava destinata ineluttabilmente a soccombere tenuto conto dell'autorevolezza dei sostenitori della opposta tesi.

Tuttavia la Cassazione a Sezioni Unite[8] si pronunciò in senso favorevole alla tesi della prevalenza del principio di accessione.

Oggi la tesi sulla forma volontaria del testamento sostenuta da Giorgio De Nova, rappresenta indubitabilmente un esempio di interpretazione evolutiva e una volta che fosse accolta dalla giurisprudenza, tendenzialmente incline ad una attenta valutazione degli interessi, potrebbe contribuire a risolvere un problema sociale di dimensioni crescenti[9]; per questo motivo sembra opportuno riesaminarla

---

[6] V. per tutti P. SCHLESINGER, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo, Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 375; C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile*, II, *La famiglia-le successioni*, Milano, 1981, p. 69 nota 37.

[7] M. IEVA, *Il principio di accessione e gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, in *Riv. not*. 1983, p. 707 e ss.; ID., *Ancora in tema di conflitto fra il principio di accessione e gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, nota alla sentenza della Corte d'Appello di Brescia del 25 maggio 1983 n. 229, in *Riv. not.* 1984, p. 1193-1196.

[8] Cass. Sez. Un. 27 gennaio 1996 n. 651, Pres. V. Sgroi Estensore V. Carbone in *Riv. not*., 1996, II, p. 545.

[9] L'aumento del numero delle persone prive di legittimari, la cui esistenza può costituire un argine ad un utilizzo abusivo del testamento olografo (in ipotesi falso o suggerito) al fine di appropriarsi del patrimonio del defunto, potrebbe infatti comportare un aumento del contenzioso legato all'uso del testamento olografo e già la stampa prospetta i lasciti solidali, prevalentemente posti in essere da chi non ha legittimari, come lesivi dei diritti dei successori legittimi (Corriere della Sera 12 settembre 2023, p. 31 L'Italia generosa per testamento di Chiara Daina. Nell'articolo si indicano in 5 milioni le persone orientate a destinare i loro patrimoni, almeno in parte, a beneficenza, ma si enunciano timori per gli eredi legittimi).

Ovviamente si tratta di una prospettazione inesatta, perché giuridicamente

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

con l'intento di dare risposta ad alcune critiche che in relazione ad essa sono state sollevate.

Preliminarmente si vogliono tuttavia menzionare alcuni significativi esempi di interpretazione evolutiva che hanno radicalmente modificato le prospettive con le quali venivano presi in considerazione taluni problemi.

Come importantissimo esempio di interpretazione evolutiva, si può ricordare il tema della tutela aquiliana del credito: la Cassazione, nel 1953, a proposito della strage di Superga, aveva negato al Torino Calcio il risarcimento del danno derivante dalla perdita dell'intero complesso dei propri calciatori, periti nella nota sciagura aerea di Superga[10]; nel 1964 Busnelli aveva scritto una importante monografia sul tema[11] affermando la risarcibilità del danno causato attraverso la lesione di un credito da parte di un terzo. Nel 1971 la Cassazione a Sezioni Unite[12], con riferimento al caso Meroni, affermò, invece, la legittimazione dello stesso Torino Calcio a pretendere il risarcimento del danno subito per la morte di uno dei calciatori in un incidente stradale risultando l'incidente dovuto a colpa di un terzo.

La sentenza venne pubblicata dal Foro Italiano con una nota di Arturo Carlo Jemolo che esprimeva la sua insoddisfazione per la decisione e con una nota di Francesco Donato Busnelli, che, al contrario, esprimeva adesione alla sentenza avendo da anni sostenuto la necessità di riconoscere la risarcibilità del pregiudizio causato da un terzo al credito, il che testimonia la difficoltà del percorso evolutivo.

È noto che l'accoglimento nel sistema della risarcibilità del danno al credito causato da un terzo ha, nel tempo, consentito la tutela di molte situazioni che, senza questa evoluzione interpretativa, sarebbero rimaste sfornite di tutela.

---

non è ipotizzabile alcuna contrapposizione di interessi fra volontà del testatore e successori legittimi. L'unico interesse da tutelare è quello alla piena realizzazione della volontà del testatore e, se si tiene conto delle problematiche generate dal testamento olografo, la forma volontaria può essere un sistema efficace di tutela non giurisdizionale della volontà del testatore (v. M. IEVA, *Per una tutela non giurisdizionale della volontà del testatore*, in *Riv. dir. privato*, 2022, p. 181 e ss.).

[10] Cass. 4 luglio 1953, n. 2085 in *Foro it.*, 1953, I, 1087.

[11] F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964.

[12] Cass. Sez. Un. 26 gennaio 1971, n. 174 in *Foro it.*, 1971, I, 342.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

Un altro importante caso di interpretazione evolutiva è quello che ha riguardato la collazione della donazione indiretta di un immobile: per lunghissimo tempo vi è stato un orientamento assolutamente consolidato in dottrina[13] e in giurisprudenza[14] in base al quale si riteneva che dovesse essere assoggettato a collazione il denaro uscito dal patrimonio dell'autore della liberalità e non il bene che con esso era stato acquistato.

La Cassazione ha poi modificato l'orientamento affermando che, nel caso in cui il donante abbia elargito il denaro quale mezzo per l'acquisto dell'immobile in capo al donatario, la collazione deve avere ad oggetto l'immobile, non già il denaro impiegato per il suo acquisto[15], soluzione che meglio realizza la perseguita parità tra i coeredi attraverso la redistribuzione dell'arricchimento[16].

---

[13] In tal senso in dottrina A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm*., diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956, p. 72 e ss. e specialmente p. 75; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1980, p. 288; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, p. 535; P. FORCHIELLI, *Della divisione*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1978, p. 318 e ss.; A. CICU, *Successioni per causa di morte, Parte Generale, Divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1958, p. 493; F.S. AZZARITI, C. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 696 nota 1.

[14] In giurisprudenza Cass. 28 febbraio 1987, n. 2147 in *Giust. civ. mass*., 1987; Cass. 19 ottobre 1978 n. 4711 in *Giust. civ. mass*., 1978; Cass. 11 maggio 1973 n. 1255 in *Giust. civ. mass*., 1973; Cass. 7 dicembre 1962, n. 3299; Cass. 16 maggio 1960, n. 1195; Cass. 7 ottobre 1954, n. 3390 in *Mass. Foro it.*, 1954 c. 683; Cass. 20 luglio 1954 n. 2604 in *Mass. Foro it*., 1954, 525; Cass. 21 gennaio 1954, n. 131 in *Foro it*., 1954, I, 438; Cass. 10 maggio 1951, n. 1124, in *Foro it.*, 1952, I, 1082; Cass. 13 maggio 1950, *Giur. cass. civ*., 1950 XXIX, 1013; Cass. 24 maggio 1949, in *Foro it*., 1950, I, 45; Cass. 29 aprile 1949 in *Mass. Foro it*., 1949, 215; Cass. 19 aprile 1949, n. 943 in *Mass. Foro it.*, 1949, 199; Cass. 5 ottobre 1948, in *Mass. Foro it.*, 1948, c. 349; Cass. 29 luglio 1948 n. 1280 in *Mass. Foro it.*, 1948, c. 269; Cass. 11 febbraio 1946, in *Foro it*., 1947, I, 34.

[15] Cass. 31 gennaio 1989 n. 596 in *Riv. not*., 1989, 1163; Cass. 6 maggio 1991, n. 4986 in *Riv. not*., 1991, 1076 e Cass. Sez. Un. 5 agosto 1992 n. 9282, in *Riv. not*. 1993, 144 dopo la quale l'orientamento è stato sempre confermato; *ex multis* Cass. 22 giugno 1994, n. 5989 in *Giur. it*., 1995, I, 1, c. 1558; Cass. 15 novembre 1997, n 11327 in *Riv. not*., 1998, 182; Cass. 29 maggio 1998, n. 5310; Cass. 22 settembre 2000, n. 12563; Cass. 26 agosto 2002, n. 12486; Cass. 30 maggio 2017, n. 13619.

[16] Per lungo tempo in dottrina è stata opinione isolata quella di V.R. CASULLI,

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

Altro significativo esempio di interpretazione evolutiva in materia successoria è quello che riguarda la diseredazione, ossia la disposizione di carattere patrimoniale a contenuto negativo con la quale il testatore esclude dalla successione un successibile *ex lege* che non sia legittimario.

Anche in questo caso è interessante esaminare lo sviluppo delle diverse interpretazioni offerte da dottrina e giurisprudenza.

La dottrina maggiormente legata ad una impostazione dogmatica ha sostenuto la soluzione negativa ritenendo che il testatore non potesse modificare le regole che concernono la successione legittima, se non creando i validi presupposti per la devoluzione testamentaria dell'eredità attraverso una disposizione positiva di contenuto attributivo[17].

Per lungo tempo la giurisprudenza di legittimità e una parte della dottrina hanno ammesso la validità della diseredazione non come disposizione testamentaria autonoma a contenuto negativo, ma solo in quanto potesse configurarsi come istituzione implicita dei successori *ex lege* eccettuato l'escluso[18].

Collazione delle donazioni, voce in *Novissimo dig. it*., Torino, 1958, p. 453 e ss. spec. p. 465 per il quale oggetto di collazione deve essere il bene oggetto di donazione indiretta.

Di estremo interesse i contributi di G. Amadio, *La collazione delle liberalità*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno e coordinato da A. Zoppini, vol. II, *Successioni, donazioni, beni*, tomo I, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, p. 307 e ss. spec. p. 311; Id., *Liberalità non donative e collazione*, in *Contratti*, 2000, 523 e ss. L'A., con approccio raffinato e moderno, identifica la "reale conformazione dell'interesse tutelato, come ricostruibile in base all'esame delle norme sulla collazione" e chiarisce che "il fine della collazione non è tanto la ricostituzione di una titolarità, quanto la redistribuzione di un arricchimento".

[17] A. Cicu, *Successione per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1954, p. 100; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1962, VI, p. 153-155.

[18] Cass. 18 giugno 1994 n. 5895 in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1564 con nota di C. Cecere, *Brevi note sulla diseredazione* e in *Riv. not.*, 1995, II, 342.

Nello stesso senso in dottrina C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1952, I, 10-11; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Successione legittima* in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo continuato da L. Mengoni, Milano, 1999, p. 22 e ss.; A. Torrente, voce *Diseredazione*, in *Enc. dir.*, *XIII*, Milano, 1964, p. 102 e ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

Una sentenza della Cassazione[19], in epoca relativamente recente, ha invece finalmente condiviso la linea interpretativa che era stata adottata dalla giurisprudenza di merito e dalla dottrina prevalente, già orientate a ritenere valida la diseredazione come disposizione testamentaria meramente negativa[20].

---

[19] Cass. 25 maggio 2012 n. 8352 Pres. R.M. Triola, Estensore S. Petitti, in *Giur. it*., 2012, p. 2506 con nota di G. Torregrossa e *ivi*, 2013, p. 315 con nota di M. Fusco, *È valida la clausola di diseredazione meramente negativa*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2012, I, p. 991 con nota di R. Pacia, *Principio di autonomia e validità del testamento contenente solo una clausola di diseredazione*; in *Riv. not*., 2012, II, p. 1228 con nota di M. Di Fabio, *In tema di diseredazione (anche) del legittimario*. Ora v. anche Cass. 17 ottobre 2018 n. 26062, Pres. A. Giusti, Rel. G. Tedesco.

[20] App. Genova 16 giugno 2000, in *Giur. merito*, 2001, 937 con nota di D. Morello Di Giovanni, *Clausola di diseredazione e autonomia negoziale del disponente*; Trib. Catania 21 febbraio 2000, in *Giur. it*., 2000, 70 con nota di E. Bergamo, *Brevi note sulla diseredazione.*

In dottrina, prima della citata sentenza della Cassazione n. 8352 del 2012, hanno sostenuto la tesi della diseredazione come disposizione testamentaria meramente negativa P. Rescigno, *Nozioni generali*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno coordinato da M. Ieva, I, Padova, 2010, 729-730; V. Cuffaro, *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., 820-821; Id., *Commento all'articolo 587 c.c.*, nel *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, II, Torino, 2010, 166-167; M. Moretti, *La diseredazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, Milano, 2009, 263 ss.; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, 221-222; S. Delle Monache, *Testamento - Disposizioni generali* ne *Il Codice Civile Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 138-139; L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, 119 ss.; F.S. Azzariti, G. Martinez, G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, 354; G. Grosso, A. Burdese, *Le successioni. Parte Generale*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1977, 83; M. Bin, *La diseredazione*, Torino, 1966.

Per l'ammissibilità della diseredazione anche N. Lipari, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970 il quale sottolinea le distinzioni con l'affermare (p. 240 nota 14) che "sarebbe legittimo chiedersi (prima di accedere, ancorché sulla base di una ben diversa motivazione, alla soluzione oggi prevalente) se l'ammissibilità della diseredazione, in funzione del contenuto tipico del testamento, possa essere riconosciuta anche senza dover ammettere un contenuto «atipico» dell'atto testamentario che tuttavia incida sulla vicenda del patrimonio del testatore e anche convenendo nel constatare l'inutilità del perentorio riferimento negoziale per determinare la disciplina del testamento".

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

Le principali motivazioni addotte a sostegno della tesi da ultima citata sono rinvenute nella decisiva considerazione che è ritenuto valido il testamento che contenga preterizione di erede legittimo accompagnata da istituzione di eredi non legati al *de cuius* da rapporti di parentela e nel riconoscimento della autonomia negoziale del *de cuius*[21].

Sempre in materia successoria, recentemente, in tema di captazione si deve registrare un'importante evoluzione interpretativa da parte della Cassazione[22] la quale, dapprima ha affermato, in conformità a precedenti decisioni[23], che «la idoneità dei mezzi usati deve

[21] Per una disamina meno sintetica delle argomentazioni addotte a sostegno delle diverse tesi, per la considerazione del rapporto tra diseredazione e testamento *per relationem* nonché delle conseguenze dell'esclusione testamentaria di un successibile *ex lege* sulla operatività della rappresentazione, v. M. IEVA, *La successione testamentaria*, in *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno coordinato da A. Zoppini, II, I, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, 127 s.

[22] Cass. 17 ottobre 2022, n. 30424 Pres. L.G. Lombardo estensore A. Scarpa in *Giur.it.*, fascicolo 12/2023, p. 2601 con nota di C. CICERO, *Il testamento della persona vulnerabile* e in *Riv. not.*, fascicolo 6/2023, p. 1358 e ss., con nota di M. RINALDO, *Sul testamento olografo redatto dalla persona fragile*.

In precedenza la Cassazione aveva affermato che "In tema di annullamento del testamento, l'incapacità naturale del testatore postula la esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche e intellettive del «*de cuius*», bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi" (così Cass. 22 luglio 2022, n. 22974 Pres. Bellini, Estensore Trapuzzano, in *Riv. not*., 2022, p. 625 con nota di C. AUDANO e C. CICERO, *Osservazioni in tema di incapacità a testare del soggetto* fragile; Cass. 19 febbraio 2018 n. 3934 Pres. F. Manna, Estensore M. Criscuolo).

Nella stessa linea di pensiero Cass. 22 marzo 1985, n. 2074 Pres. C. Marziano, Estensore R. Pafundi in *Giur. it*., 1986, I, 1, 470 e in *Riv. not*., 1986, II, p. 745 secondo la quale "per aversi incapacità naturale del testatore non è sufficiente che il normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà sia in qualunque modo alterato o turbato – come frequentemente avviene nel caso di grave malattia – ma è necessario che lo stato psicofisico del soggetto sia in quel momento tale da sopprimere l'attitudine a determinarsi coscientemente e liberamente".

[23] Cass. 22 giugno 1964 n. 1623 in *Foro it.*, 1964, I, c. 1964; Cass. 20 luglio 1962 n. 1950 ne *Il Foro Padano*, 1964, I, p. 74 con nota di P. BARCELLONA, *In tema di interpretazione dell'art. 624, secondo comma, cod. civ.*; Cass. 7 maggio 1957 n. 1553 in *Giur. it.*, 1958, I, sez. I, c. 504 con nota di A. TRABUCCHI, *Libertà testamen-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

essere valutata con criteri di larghezza nei casi in cui il testatore, per le sue anormali condizioni di spirito e di salute, sia più facilmente predisposto a subire l'altrui volontà» poi, recependo affermazioni fatte da autorevole dottrina[24], ha innovato precisando che «Va al riguardo considerata l'opinione dottrinale che, criticando il rigore di qualche precedente giurisprudenziale in tema di annullamento del testamento, evidenzia il diffondersi di malattie senili che, pur non determinando una situazione di totale incapacità della persona, causano abitualmente menomazione psichiche e riduzioni di capacità, con conseguenti debolezze decisionali ed affievolimenti della "consapevolezza affettiva", per cui il disponente può decidere di attribuire i propri beni in modo diverso da come avrebbe fatto in assenza di malattia, sovente subendo, in particolare, l'influenza dei soggetti che lo accudiscono o con cui da ultimo trascorre la maggior parte delle sue giornate».

La sentenza segnalata è di estrema importanza in quanto, rispetto alla giurisprudenza precedente, per tutelare la libera formazione della volontà accoglie l'idea che si debba tener conto della debolezza degli anziani in modo tale che per l'annullamento del testamento non sia più necessaria la prova della assoluta incapacità[25].

---

taria, captazione e raggiri determinanti, il quale rileva che "Un esame più approfondito della sentenza ci mostra come l'accento sia spostato dal presupposto oggettivo dell'esistenza del raggiro, alla sua efficacia soggettiva nella determinazione della volontà".

[24] S. Patti, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1000-1001 "Infatti, il prolungamento della vita umana è purtroppo caratterizzato da una tragica diffusione di malattie senili che, pur non determinando una situazione di totale incapacità della persona, causano spesso menomazioni psichiche e forme di capacità «ridotta», di debolezza decisionale e di affievolimento della «consapevolezza affettiva», per cui la persona può decidere di attribuire i propri beni in modo diverso da come avrebbe fatto in assenza di malattia. Inoltre, la persona che si trova nella condizione descritta risulta più debole rispetto all'influenza esercitata dai soggetti – spesso estranei – che con lei trascorrono molto tempo e la accudiscono".

[25] F. Padovini, *Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma*, ne *Il testamento: fisiologia e patologie*, a cura di F. Volpe, Napoli, 2015, p. 57.

L'A., con la finalità di garantire "la genuina espressione" dell'autonomia del singolo, esorta a "chiedersi se e come sottoporre a critica l'insegnamento che tende

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

3. Come già osservato, si ritiene certamente ascrivibile al concetto di interpretazione evolutiva la tesi espressa da Giorgio De Nova secondo la quale, anche in assenza di una espressa previsione normativa, il testatore può "autotutelarsi imponendo per propria volontà la forma del testamento pubblico quale requisito di validità dei propri futuri (ed eventuali) testamenti"[26].

L'autore pone come premessa che la forma del testamento pubblico sia più idonea della forma del testamento olografo a garantire che il testamento risponda alla effettiva volontà del testatore[27], si fa carico di affrontare la questione di principio relativa al potere dei privati di imporre una forma necessaria per la validità dei propri negozi e richiama l'affermazione di Rodolfo Sacco secondo il quale, in via di principio, "i privati – *omissis* – possono subordinare gli effetti dei loro negozi al verificarsi di circostanze non richieste dalla legge: possono perciò statuire che le loro convenzioni future saranno rilevanti solo quando assistite da una forma speciale"[28].

---

a preservare fin dove possibile il testamento e valutare se occorra elevare la soglia dell'incapacità rilevante" poi segnala che "L'esperienza giurisprudenziale dell'ultimo quindicennio insegna, invero, che l'annullamento della scheda testamentaria è stato dichiarato in numero limitato di casi, dove l'incapacità era estrema e conclamata" (*ex multis* Cass. 14 giugno 2012, n. 14655) mentre "ben più frequente è stato il rigetto delle domande di annullamento anche in presenza di casi oggettivamente estremi" (*ex multis* Cass. 10 luglio 2014, n. 15815).

[26] G. De Nova, *Il testatore anziano e la forma del testamento*, nel *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, Napoli, 2018, I, p. 771 e ss. spec. p. 772.

[27] G. De Nova, *Il testatore anziano e la forma del testamento*, cit., p. 772.

Già nel 1997 lo stesso De Nova "*Autonomia privata e successioni* mortis causa", in *Jus*, p. 277 affermava che "Chi ha conoscenza diretta dei casi in cui un anziano redige un testamento alla settimana, favorendo l'ultima persona che gli ha tenuto compagnia, o redige un testamento a favore di chi in quel momento gli è vicino, deve chiedersi se quei testamenti siano veri testamenti, cui affidare la delazione ereditaria.

Se si vuole evitare che il testamento non risponda ad una volontà effettiva, o sia, peggio, frutto di influenze esterne (che pur non integrano l'ipotesi di indegnità di cui all'art. 463, n. 4: si noti che le suggestioni e la captazione non rendono indegni secondo l'opinione dominante) occorre rimeditare sulla forma olografa del testamento".

In favore dell'utilizzo del testamento pubblico anche: M. Ieva, *Il testamento: potenzialità e limiti nel confronto con i nuovi modi di trasmissione della ricchezza*, nel *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, Napoli, 2018, I, p. 1009; A. Liserre, *Il formalismo*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

L'autore[29], consapevole della "diffusa ritrosia a riconoscere appieno tale potere dei privati", cerca di anticipare le possibili critiche alla sua tesi e lo fa citando gli scritti di Lorenzo Mossa e di Aurelio Candian[30].

Dopo aver riportato alcuni passaggi della polemica di Carnelutti (F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 217 ss.) con Candian prosegue De Nova[31] precisando "che, in presenza di forme legali, il potere dei privati di imporre forme volontarie va inteso non già nel senso di poter escludere la necessità della forma legale, bensì nel senso di adottare una forma che la legge non considera necessaria (del divieto di prevedere forme

---

testamentario, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio - degli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. Delle Monache, atti del convengo svoltosi a Udine nei giorni 9-11 giugno 2005 sul tema *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive* nei *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2007, p. 181 e ss. spec. pp. 185-186; G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, p. 581 e ss. spec. p. 586; S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 992 e ss. spec. p. 1000 e s.; ID., *Testamento della persona "vulnerabile", principio di conservazione e ragionevolezza* nel *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, Napoli, 2018, II, p. 1569 e ss. spec. p. 1577-1578; F. PADOVINI, *Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma*, cit., p. 58; C. CICERO, *Il problema del formalismo testamentario*, cit., p. 55. Un'ampia ricognizione del problema in F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., p. 192 e s. e p. 217 e s.

[28] R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, p. 431.

[29] G. DE NOVA, *Il testatore anziano e la forma del testamento*, cit., p. 773.

[30] G. DE NOVA, *Il testatore anziano e la forma del testamento*, cit., p. 773 riporta le parole di Lorenzo Mossa il quale afferma che "è un vecchio principio quello secondo il quale i privati possono stabilire come requisito per l'efficacia dei loro negozi, sia contratti che atti unilaterali, la forma e particolarmente la forma scritta, quando essa non sia imposta dalla legge. Nessuno dubita di questo, né della reale efficacia dell'accordo" (L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 414 ss. p. 431) e di Aurelio Candian il quale scrive: "che le parti abbiano la facoltà di porre come condizione della esistenza di un contratto – per legge non formale – l'adozione di una determinata forma (…) è fuori di ogni possibile discussione" (A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, I, Parma, 1925).

[31] G. DE NOVA, *Il testatore anziano e la forma del testamento*, cit., p. 774.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

«meno rigorose» parla A. CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, IV ed., Torino, 2014, p. 122 nota 4)" e comunque nel caso che si esamina "il testatore sceglierebbe una fra le più forme legali, giovandosi della pluralità di forme legali che caratterizza il testamento".

De Nova ricorda poi[32] che "All'entrata in vigore dell'art. 1352 c.c. gli interpreti si sono divisi tra chi tendeva a limitare il potere dei privati in tema di forma volontaria alla sola ipotesi espressamente regolata dalla norma (una convenzione per un futuro contratto) (così M. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, 1002) e chi, invece, considerava di natura non eccezionale il potere delle parti in materia di formalismo volontario (A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, p. 15 e p. 17 ss.)".

L'autore, dopo aver richiamato la giurisprudenza, la quale, in una serie di ipotesi, "riconosce il potere dei privati di pattuire una forma volontaria[33] anche con riferimento agli atti unilaterali che con-

[32] G. DE NOVA, *Il testatore anziano e la forma del testamento*, cit., p. 774.

[33] Con riferimento alla forma volontaria scritta per il recesso del lavoratore Cass., 27 marzo 1982, n. 1922 afferma che "Il principio stabilito dall'art. 1352 cod. civ., secondo cui la forma convenuta dalle parti per la futura conclusione di un contratto si presume voluta per la validità di esso (*ad substantiam)*, è estensibile agli atti unilaterali, in virtù del richiamo operato dall'art. 1324 cod. civ. ed è pertanto applicabile anche al recesso del lavoratore nel caso in cui una determinata forma sia al riguardo stabilita in sede di contrattazione collettiva, con la conseguenza che sono inidonee a raggiungere il risultato perseguito le dimissioni di un dirigente industriale che, in violazione dell'art. 18 del contratto collettivo di categoria del 2 dicembre 1970 non siano rese per iscritto"; nello stesso senso Cass., 13 luglio 2001, n. 9554 secondo la quale "Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato può essere risolto dal lavoratore stesso con una dichiarazione di volontà, unilaterale e recettizia (dimissioni), per la quale vige il principio della libertà di forma, a meno che le parti non abbiano espressamente previsto nel contratto collettivo (od individuale) di lavoro una particolare forma convenzionale, quale la forma scritta; in tal caso quest'ultima si presume che sia voluta per la validità dell'atto di dimissioni, a norma del disposto dell'art. 1352 cod. civ. (applicabile anche agli atti unilaterali), con la conseguenza che le dimissioni rassegnate oralmente, anziché per iscritto come richiesto dalla contrattazione collettiva applicabile, non possono essere considerate valide per difetto della forma richiesta "*ad substantiam*".

Per la forma volontaria della revoca della procura a vendere Cass. 13 giugno 1958, n. 1999 in *Riv. Not*., 1959, II, pp. 340-341 asserisce che "Quando dall'atto di procura risulti che la revoca deve avere forma scritta e soggetta a particolari forme

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

seguono alla conclusione di un contratto" richiama l'autorevole dottrina secondo la quale "il potere delle parti di dettare regole di forma non suppone esplicite previsioni normative e si estende potenzial-

---

di pubblicità (nella specie pubblicazione sul F.A.L.), la validità degli atti stipulati dal procuratore non può essere contrastata dalla revoca attuata in altre forme". Infatti "trattandosi, come nella specie, della revoca concernente un negozio (quello di procura) destinato a produrre i suoi effetti nell'ambito della sfera patrimoniale dei soggetti interessati, non può esservi dubbio che in relazione ad essa debba ritenersi sussistente l'ipotesi di atto unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale, assoggettabile pertanto, alla stregua del disposto dell'art. 1324, alla disciplina dettata per la materia contrattuale, la cui specifica previsione, in ordine ad una determinata forma convenzionale stabilita tra le parti, ai termini del richiamato art. 1352, non incontra peraltro, per la sua applicazione, l'ostacolo di una incompatibilità col sistema delle norme dettate in tema di atti unilaterali fra vivi". In argomento v. Cass. 21 dicembre 1984, n. 6662 "Il principio fissato dall'art. 1396 cod. civ., secondo il quale la revoca della procura non è opponibile al terzo se non gli sia stata portata a conoscenza con mezzi idonei, salvo che si provi che lo stesso la conoscesse al momento della conclusione del contratto, non osta a che le parti possano determinare convenzionalmente lo specifico mezzo che l'una deve adottare per comunicare la suddetta revoca (nella specie, raccomandata con avviso di ricevimento), e prevedere l'inefficacia nei confronti dell'altra della revoca medesima per il solo fatto della inosservanza di tale formalità".

Con riferimento alla forma volontaria per il recesso della fideiussione v. Cass. 20 agosto 1992, n. 1719, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1256 afferma che "Il principio stabilito dall'art. 1352 c.c. secondo cui la forma convenuta dalle parti per la futura conclusione di un contratto si presume voluta per la validità di esso, è estensibile agli atti unilaterali, in virtù del richiamo operato dall'art. 1324 c.c. ed agli atti che seguono alla conclusione di un contratto ed è pertanto applicabile anche al recesso dal contratto di fideiussione".

Lo stesso principio è implicitamente accolto da Cass. 9 gennaio 1991, n. 100 secondo la quale "la prescrizione dell'uso della forma scritta (nella specie, raccomandata con ricevuta di ritorno e preavviso di trenta giorni), pattuito per l'esercizio del recesso, non è estensibile all'ipotesi di risoluzione per mutuo consenso".

Il medesimo concetto è inoltre presupposto da Cass. 3 luglio 1979, n. 3763 la quale, con riferimento alla disdetta del contratto di locazione, ritiene che "la disdetta costituisce un atto negoziale, unilaterale e recettivo, concretantesi in una manifestazione di volontà diretta ad impedire la prosecuzione o la rinnovazione tacita del rapporto locativo, la quale, al di fuori del caso di forma scritta convenzionale (art. 1352 cod. civ.) può indifferentemente essere comunicata per iscritto o verbalmente".

Analogo presupposto si coglie con riferimento alle dimissioni del lavoratore in Cass. 8 agosto 1987, n. 6837 ove si legge che "Le dimissioni del lavoratore, *ex* art. 2118 cod. civ., costituiscono un atto a forma libera, salvo che, per esso, non sia stata convenzionalmente pattuita (individualmente ovvero ad opera delle fonti collettive) la forma scritta ("*ad substantiam*": art. 1352 cod. civ.)".

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

mente (vale a dire in mancanza di disposizioni contrarie) a tutti gli atti che costituiscano espressione dell'autonomia privata"[34].

Per completare il quadro lo studioso ricorda che "Gli interpreti sono divisi sull'ammissibilità di una imposizione unilaterale di forma a se stessi: ad opinioni favorevoli (A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 24; F. CARRESI, *Gli effetti del contratto*, in *Riv. trim. dir., proc. civ*., 1958, p. 501 ss.; R. FAVALE, *Forme extra-legali e autonomia negoziale*, Napoli, 1994, p. 104; V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, Napoli, 2022, p. 304) si accompagnano opinioni contrarie (G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, III ed., Torino, 1980, p. 218 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Sub art. 1352*, in Comm. c.c. *Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 455; A. RENDA, *Sub art. 1352*, in *Comm. c.c. Schlesinger - Busnelli*, Milano, 2016, p. 125), motivate soprattutto sulla ritenuta assenza di un interesse giuridicamente rilevante ad una siffatta limitazione".

De Nova[35] dopo aver rilevato che "nel caso dell'imposizione unilaterale a se stesso per un proprio atto unilaterale è certamente assolto il requisito secondo cui le statuizioni relative alla forma del negozio possono essere prese solo da chi è legittimato a regolare gli interessi che del negozio sono materia" afferma con decisione che "non ci pare dubbio che la previsione in un testamento olografo di una clausola sulla forma volontaria dei futuri testamenti risponda ad un interesse meritevole di tutela.

Non occorrono infatti molte parole per dimostrare che la soluzione di prevedere per testamento una forma necessaria per un futuro testamento risponde al meglio all'esigenza di adeguamento al caso di specie. Potrà prevederla un testatore che abbia ragione di temere il futuro, ed in misura rilevante perché è rilevante il suo patri-

---

Nello stesso senso Cass. 22 dicembre 1987, n. 9587 secondo la quale "il rapporto di lavoro a tempo indeterminato può essere risolto dal lavoratore stesso con una dichiarazione di volontà, unilaterale e recettizia (cosiddette dimissioni), per la quale vige il principio della libertà di forma, a meno che le parti non abbiano espressamente previsto nel contratto collettivo od individuale di lavoro una particolare forma convenzionale, quale la forma scritta; in tal caso quest'ultima si presume che sia voluta per la validità dell'atto di dimissioni, a norma dell'art. 1352 cod. civ. (applicabile anche agli atti unilaterali)".

[34] A. CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, IV ed., Torino, 2014, p. 122.

[35] G. DE NOVA, *Il testatore anziano e la forma del testamento*, cit., p. 776.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

monio, e non prevederla un altro, che è più sicuro di sé (e soprattutto dei suoi familiari – *n.d.r.* –) e ha meno da lasciare".

In altre parole deve essere riconsiderato il rapporto tra libertà di forma e certezza del risultato e la valutazione deve essere affidata al soggetto il cui interesse al rispetto della propria volontà occorre tutelare, ossia il testatore.

Giova richiamare ancora una volta le parole di Pietro Rescigno che, a proposito del nesso che lega, nella materia testamentaria, l'indagine sulla forma alla ricerca della volontà del soggetto di disporre, afferma il senso della riflessione sulle finalità assolte dal formalismo la quale "istituendo o ricercando il rapporto tra onere imposto ed obiettivi perseguiti nel sistema" può essere utilizzata "con gli opposti intendimenti di enunciare in un caso l'insufficienza della forma rispettata e nell'altro la prevalenza della volontà da realizzare sui vincoli posti alle modalità espressive"[36].

Quando vi sia un divario tra dato positivo e ragionevolezza della pretesa di osservanza "si finisce allora per dare prevalenza alla fedeltà alla norma o, al contrario, alla ritenuta intrinseca necessità di ridurre od attenuare il rigore dei requisiti formali in vista della finalità da perseguire"[37]. Nel caso in esame anziché attenuare il rigore dei requisiti formali lo si aumenta per realizzare l'interesse della tutela della volontà del disponente, ma il punto centrale resta la riflessione sulle finalità assolte dal formalismo e i due termini sui quali è incentrata la valutazione sono forma e volontà.

Nella stessa linea di pensiero si può collocare Fabio Padovini quando afferma che la "stabilità normativa impone oggi di spostare l'indagine sul piano della coerenza tra valori e regole positive"[38].

---

[36] P. RESCIGNO, *Ultime volontà e volontà della forma*, in *Vita not.*, 1987, p. 10 e ss., spec. p. 20.

Il saggio è apparso anche nel volume *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, E.S.I., Napoli, 1988.

L'importante affermazione citata è riproposta in P. RESCIGNO ne *Le successioni testamentarie*, *Nozioni generali*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, I, Padova, 2010, pp. 738-739.

[37] P. RESCIGNO, *Ultime volontà e volontà della forma*, cit., p. 22.

[38] F. PADOVINI, *Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma*, cit., p. 55.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

De Nova afferma infine che "Per concludere diversamente dovremmo rinvenire una disposizione di legge contraria" e che "Non è tale quella dell'art. 679 c.c."[39].

4. Se si considera la meticolosa attenzione con la quale De Nova ha prevenuto le potenziali critiche alla sua tesi, in particolare quelle fondate sull'art. 679 cod. civ., sorprende che, invece, queste siano state riproposte sulla base di argomentazioni non nuove.

Un autore, nel criticare la tesi di De Nova, sembra sovrapporre forma e sostanza con il dire che "Il vincolo alla successiva forma pubblica sarebbe esso stesso un atto di natura testamentaria, revocabile in qualsiasi momento in nome dell'ambulatorietà della relativa *voluntas*, e si dovrebbe procedere alla problematica costruzione di una volontà unilaterale insuscettibile di ripensamento"[40].

Se, con argomentazione lineare, si mantengono distinti i piani della forma e della sostanza, non può ipotizzarsi che vi sia alcuna menomazione del potere di revoca, purché anch'essa sia effettuata nel rispetto della forma volontaria.

Sembra pertinente, al proposito, ricordare l'affermazione di Irti della "insensibilità o neutralità della forma rispetto al contenuto"[41].

Sostanzialmente nella medesima linea di pensiero, critica rispetto alla tesi di De Nova, si pone l'asserzione secondo la quale "Non sembra che il nostro sistema consenta al testatore di vincolarsi a revocare proprie disposizioni di volontà soltanto con un testamento pubblico"[42].

La critica si fonda sulle parole di Antonio Cicu secondo il quale la volontà "non può vincolare se stessa".

Con tutto il rispetto che indubitabilmente merita Antonio Cicu, non sembra che le sue affermazioni sul tema siano idonee a prevalere sulla tesi della autotutela del testatore attraverso la forma volontaria

---

[39] G. De Nova, *Il testatore anziano e la forma del testamento*, cit., p. 776.

[40] Così M. Tamponi, *Nel diritto della terza età. Le rughe tra giudizio e pregiudizio*, Rubbettino, 2021, p. 167.

[41] Così N. Irti, *In dialogo su «Nichilismo giuridico»*, nel volume *Il salvagente della forma*, Bari, 2007, p. 42.

[42] F.P. Patti, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., p. 222.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

del testamento. Occorre ricordare che Antonio Cicu ha una formazione di giurista dogmatico e che l'attuale ermeneutica giuridica, già da molti anni, privilegia la considerazione degli interessi da tutelare al rispetto di categorie astratte.

Non è questa la sede adatta per una lunga digressione sulle illuminanti pagine scritte da Nicolò Lipari sulle categorie, ma qualche citazione può essere estremamente utile[43].

L'A. descrive "la difficoltà della scienza giuridica a recepire e classificare il nuovo che non si riconduce a consolidati parametri (vale a dire a sperimentate "categorie"), essendo molto diffuso, specie fra i pratici del diritto, un modo di ragionare che si potrebbe definire alla don Ferrante, il quale appunto era aduso, secondo la descrizione manzoniana, a classificare gli accadimenti della vita entro lo schema delle caselle categoriali previamente individuate, restandone a tal punto condizionato dal negare la stessa esistenza di fatti che a quelle previe categorie non risultassero riconducibili"[44].

Si è richiamata questa immagine, in quanto particolarmente rappresentativa per valutazione dello stesso A., ma il discorso si sviluppa menzionando "l'atteggiamento comune a tanta speculazione giuridica che tende a considerare le categorie concettuali come degli «oggetti» assumibili in quanto tali a punto di riferimento della analisi ricostruttiva"[45]. Ricorda ancora l'A. citato che "non sono mancati casi in cui si sono incontrate resistenze a realizzare certe tutele proprio perché i fatti da tutelare non risultavano classificabili in categorie giuridiche note: basterebbe pensare, per limitarsi ad un esempio soltanto, alle difficoltà che ha incontrato, nelle sue prime manifestazioni, la tutela dei c.d. interessi diffusi non riconducibili ad una spe-

[43] N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

[44] Da *I promessi sposi*, nel volume *Tutte le opere di Alessandro Manzoni*, a cura di Alberto Chiari e Fausto Ghisalberti, vol. II, tomo I, Mondadori Editore, II edizione, 1958, pp. 653-655: "Dice adunque che, al primo parlar che si fece di peste, don Ferrante fu uno de' più risoluti a negarla, e che sostenne costantemente fino all'ultimo, quell'opinione"; "– *In rerum natura*, – diceva, non ci son che due generi di cose: sostanze e accidenti; e se io provo che il contagio non può esser né l'uno né l'altro, avrò provato che non esiste, che è una chimera"; "su questi bei fondamenti, non prese nessuna precauzione contro la peste; gli s'attaccò; andò a letto, a morire, come un eroe di Metastasio, prendendosela con le stelle".

[45] N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 16 nota 6.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

cie di titolarità previamente individuata e quindi non classificabile secondo la classica alternativa tra diritti soggettivi e interessi legittimi"[46].

Per concludere questa digressione si vuole ancora citare l'episodio riportato da Lipari della doppia voce sul negozio giuridico nell'Enciclopedia del diritto[47] che viene così presentato "Anche quando la cultura giuridica (all'interno di un tormentato dibattito che cercava di cogliere i punti di raccordo tra motivazioni politiche e procedimento interpretativo) si è sforzata di evidenziare il condizionamento ideologico che sottostà all'uso di certe categorie, è rimasto spesso isolato, o ha comunque dovuto incontrare forti resistenze, il tentativo di chi ha cercato di mettere radicalmente in discussione il persistente valore di consolidate categorie"[48].

Occorre ora riprendere le considerazioni delle non condivisibili critiche che sono state avanzate contro la tesi dell'autotutela del testatore mediante imposizione di una forma volontaria per i propri futuri testamenti.

Antonio Cicu afferma espressamente che "La volontà non può vincolare se stessa: è principio assiomatico che «*nemo sibi potest legem dicere ut a priore ei recedere non liceat*» (l. 22 Dig. 32). Perché sorga un vincolo giuridico è necessario che vi sia un avente diritto"[49].

Come si può notare, è lo stesso autore a definire la propria linea di pensiero un principio assiomatico, ossia un dogma, ovvero un principio non dimostrato.

Non solo ma, a sostegno della sua tesi, richiama un frammento delle pandette, presupponendone la indiscutibilità e l'attualità come se fosse un articolo del codice civile vigente, il che non è.

A proposito dell'affermazione di Cicu sulla impossibilità della volontà di vincolare se stessa, oltre alla ricca letteratura citata da

---

[46] N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 17.

[47] F. Galgano, *Negozio giuridico: premesse problematiche e dottrine generali* vol. XXVII, Milano, 1977, p. 932 e ss. e G. Mirabelli, *Negozio giuridico*, *Teoria del* vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 1 e ss). Coloro che *ratione aetatis* non conoscessero la vicenda ne trovano ampio ragguaglio in N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 17, nota 8.

[48] N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 17.

[49] A. Cicu, *Il testamento*, Milano, 1945, p. 16.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

Giorgio De Nova, si può richiamare anche quanto asserito, in contrario avviso, da un altro esponente della moderna dottrina, seppure in un diverso ambito, a proposito della possibilità di riconoscere efficacia all'atto unilaterale di destinazione come atto di natura negoziale che imprime una destinazione indipendentemente dall'effetto di separazione[50].

Ancora, a proposito di quanto sostenuto da Antonio Cicu, risulta difficile ipotizzare che nella forma volontaria del testamento non vi sia un avente diritto poiché emerge con estrema chiarezza che l'interesse tutelato attraverso il meccanismo illustrato sia quello del testatore stesso alla piena realizzazione della propria volontà testamentaria.

Neppure appare condivisibile l'affermazione secondo la quale "L'atto con il quale il testatore «si vincola» a una determinata forma di testamento non rientrerebbe nella categoria degli atti *mortis causa*, in quanto dovrebbe produrre immediatamente i propri effetti e, in caso di violazione del requisito formale, determinare l'inefficacia *ab origine* della revoca"[51].

In tal modo si assimila l'effetto della violazione della forma volontaria all'effetto di una revoca, ma si presuppone che sia ormai pacifica e incontroversa la soluzione dell'annosa questione della natura della revoca.

---

[50] G. Palermo, *I negozi di destinazione nel sistema di diritto privato* in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, Napoli, 2013, III, p. 1657 e ss.; Id., *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, nel volume *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 78; Id., *Contributo allo studio del* trust *e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm*., 2001, p. 391 e ss.; Id., *Sulla riconducibilità del* 'trust *interno' alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm*., 2000, I, p. 133 e ss.; Id., *Ammissibilità del negozio di destinazione* nel volume *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, in *Quaderni Romani di Diritto Commerciale*, a cura di B. Libonati e P. Ferro-Luzzi, Milano, 2003, p. 243 e ss.

L'idea di Gianfranco Palermo è che, ben prima dell'art. 2645-*ter* cod. civ., fosse possibile per i privati imporre un vincolo di destinazione ai propri beni, ovviamente senza che ne conseguisse alcuna separazione patrimoniale. Trattasi evidentemente anche in questo caso di esercizio dell'autonomia privata attraverso la quale un soggetto impone un vincolo di destinazione a un proprio bene indipendentemente dall'esistenza di una norma che, espressamente, autorizzi l'operazione.

[51] F.P. Patti, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., p. 222.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

Si deve rinunciare a ricostruire puntualmente il lungo percorso della dottrina sulla natura di atto *inter vivos* o *mortis causa* della revoca, ma neppure si può consentire sulla definitiva e incontrovertibile prevalenza della tesi favorevole alla natura di atto *inter vivos* della revoca.

Molti illustri studiosi hanno infatti sostenuto la tesi della natura *mortis causa* ma, per le motivazioni che si chiariranno meglio in seguito, meritano di essere ricordate con particolare attenzione le parole di Mario Allara "noi propendiamo per la tesi che la revocazione delle disposizioni testamentarie è un negozio a causa di morte, ma *aggiungiamo che ci sembra puramente teorico il problema di questa qualifica del negozio di revocazione*"[52].

[52] Così M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino (anno accademico 1950-51), p. 115.

Favorevoli alla tesi della natura di atto *mortis causa:* M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie (artt. 679-712)*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1965, p. 10; A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1945, pp. 187-188 il quale si fa carico di confutare le argomentazioni in senso contrario desumibili da una particolare interpretazione dell'art. 681 cod. civ. "Si dichiara dunque espressamente la revocabilità del negozio di revoca, con l'effetto di ridar vita al testamento revocato. Non varrebbe osservare in contrario che se la legge parla di rivivere, ciò implica che l'effetto della revoca si fosse già prodotto; poiché se l'effetto si è prodotto potrà giudicarsi solo al momento dell'apertura della successione. Tanto varrebbe altrimenti considerare come *negozio inter vivos* anche il testamento, almeno se lo si considera già perfetto nel momento in cui viene formato"; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2. *Le successioni*, Sesta Edizione a cura di M. Bianca e P. Sirena, Milano, 2022, p. 405; G. PATTI, *La revoca delle disposizioni testamentarie*, nel volume *Le successioni testamentarie (artt. 624-712 c.c.)*, a cura di Massimo Bianca, nella collana *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1983, p. 328; A. ALBANESE, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 1671.

In senso contrario C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1952, II, pp. 341-342 il quale afferma che "La revoca in qualunque modo essa sia fatta, sia che cioè sia fatta per atto ricevuto da notaio, sia che per testamento, è sempre un atto tra vivi e non già un atto a causa di morte" e che "Il fatto che la revoca può essere revocata, non esclude che essa aveva già prodotto il suo effetto di togliere vigore al testamento, tanto vero che lo stesso codice all'art. 681 dice che in seguito alla revoca della revoca le disposizioni revocate *rivivono*, il che vuol dire che esse per effetto della revoca avevano già perduto efficacia e si consideravano ormai come non fatte"; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 80; G. D'AMICO, *Della revocazione delle disposizioni te-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

La valutazione appare particolarmente importante e condivisibile perciò, richiamando anche le considerazioni di Lipari sulle categorie, delle quali si è fatto cenno in precedenza, sembra ragionevole che, nel propendere per l'una o per l'altra tesi, si tengano presenti le conseguenze sulla disciplina applicabile.

Dal riconoscimento della natura *mortis causa* deriva l'applicabilità dell'art. 83 del Regolamento di esecuzione della legge notarile e dell'art. 67, secondo comma, della Legge Notarile[53] con conseguente tutela dell'interesse del testatore positivamente individuato dalle richiamate norme alla riservatezza sul contenuto e sulla esistenza stessa di testamenti.

Mentre dall'inquadramento fra gli atti *inter vivos* deriva l'applicabilità dell'art. 743 c.p.c. in base al quale "qualunque depositario pubblico, autorizzato a spedire copia degli atti che detiene, deve rilasciarne copia autentica, ancorché l'istante o i suoi autori non siano stati parte nell'atto, sotto pena dei danni e delle spese".

Appare di intuitiva percezione quale debba essere l'interesse preminente in una comparazione fra quello del testatore all'assoluta riservatezza sul contenuto e l'esistenza di suoi testamenti e quello di

---

stamentarie, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle Successioni*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, II, artt. 565-712, Torino, 2010, sub *art. 679*, pp. 816 e ss. spec. pp. 822-823; G. Azzariti, *Della revocazione delle disposizioni testamentarie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 6, Torino, 1982, pp. 267-268; F.S. Azzariti, G. Martinez, G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 563; R. Giampetraglia, *La revoca testamentaria*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, I, Padova, 2010, p. 1165 e ss. spec. p. 1177 e s.

[53] R.d. 10 settembre 1914, n. 1326 Approvazione del regolamento per l'esecuzione della l. 16 febbraio 1913 n. 89, riguardante l'ordinamento del notariato e degli archivi notarili pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 7 dell'11 gennaio 1915. L'art. 83, primo comma, dispone che "*Non si può spedire copia di un testamento, né rendere palese il suo contenuto e neppure la sua esistenza se non sia prodotto lo estratto dell'atto di morte del testatore*, rilasciato dall'ufficiale di stato civile competente, e debitamente legalizzato, ove occorra, eccetto nei casi contemplati dall'art. 67, capoverso 1°, della legge".

L'art. 67, secondo comma, della Legge 16 febbraio 1913 n. 89, Ordinamento del notariato e degli archivi notarili, dispone che "*Egli* (il notaio – n.d.r. –) *non può permettere l'ispezione né la lettura, né dar copia degli atti di ultima volontà, e rilasciarne estratti e certificati, durante la vita del testatore, se non al testatore medesimo od a persona munita di speciale mandato in forma autentica*".

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

un non meglio qualificato terzo ad ottenere la copia dell'atto di revoca dal quale si possono ricavare informazioni, più o meno dettagliate a seconda dei casi, sull'esistenza e contenuto dei testamenti precedentemente posti in essere dall'autore della revoca.

Una certa attenzione alle conseguenze pratiche della qualificazione è stata dimostrata dalla dottrina notarile[54].

In ogni caso si può ragionevolmente dubitare che sia un argomento decisivo per negarne la validità quello della asserita natura *inter vivos* dell'atto con il quale il testatore si vincola ad una determinata forma di testamento.

Nella prospettazione fatta da Giorgio De Nova la volontà di assoggettare i futuri testamenti ad una forma vincolata, può essere espressa esclusivamente in un testamento e, per definizione, il testamento ha effetto soltanto nel momento di apertura della successione e solo in quel momento si verificherà se la clausola sulla forma volontaria sia stata rispettata, sia stata correttamente revocata attraverso un testamento pubblico o sia stata revocata attraverso un testamento olografo in violazione della volontà precedentemente manifestata.

Occorre ancora occuparsi della argomentazione critica fondata sulle clausole derogatorie[55].

---

[54] M. Di Fabio, *Manuale di notariato*, Milano, 1981, p. 215; P. Boero, *La legge notarile commentata*, I, Torino, 1993, p. 385.

[55] Riconduce alle clausole derogatorie il meccanismo di autotutela attraverso il quale il testatore impone per propria volontà la forma del testamento pubblico quale requisito di validità di propri futuri (ed eventuali) testamenti C. Cicero, *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell'olografo*, cit., p. 19.

L'A., normalmente attento al controllo del linguaggio, sostiene che "appare preferibile ritenere che la revoca testamentaria sia necessariamente atto a forma libera", ma tale affermazione si sarebbe dovuta coordinare con l'art. 680 cod. civ.

Inoltre dopo essersi chiesto quale sarebbe la sanzione per la violazione della forma vincolata ed essersi risposto che "verosimilmente il suddetto testamento sarebbe nullo" prosegue affermando che "in tal caso una domanda che io credo sia senza possibile risposta, nel caso, inerisce al motivo che avrebbe indotto il testatore a violare la clausola sulla forma", ma anche la formulazione di tale considerazione appare poco felice atteso che il motivo nel testamento è rilevante solo quando è illecito ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre; in tal caso rende nulla la disposizione testamentaria (art. 626 cod. civ. in analogia a quanto disposto per i contratti dell'art. 1345 cod. civ.).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

Non appare condivisibile la sussunzione nel concetto di clausole derogatorie della clausola con la quale il testatore si vincola per i futuri testamenti all'uso della forma pubblica, ossia semplicemente all'uso di una delle forme previste dalla legge per il testamento.

È noto che si fonda sul più volte richiamato art. 679 cod. civ. "la nullità delle c.d. clausole derogatorie con le quali, in passato, il testatore soleva rinunziare in modo assoluto alla facoltà di revocare il testamento, dichiarando che ogni altro posteriore testamento fosse a ritenersi nullo (c.d. clausole derogatorie assolute – n.d.r. –), oppure limitando la sua ulteriore libertà di testare col dichiarare nell'atto che ogni successivo testamento fosse valido purché contrassegnato con una sigla o con un motto appositamente indicato, potendo anche in questo secondo caso (che parrebbe invece rafforzare l'autenticità del testamento) verificarsi che, compiuto il nuovo atto, la mutata volontà del testatore, in esso manifestata, non possa aver effetto, per aver egli casualmente omesso di apporvi il contrassegno prestabilito (c.d. clausole derogatorie relative – n.d.r. –)"[56].

Se si tiene presente quanto fin qui esaminato, si possono rileggere le pagine di Mario Talamanca sulle clausole derogatorie[57] traendo da esse indicazioni meno drastiche di quelle che spesso sono state desunte.

Per Talamanca "La rinunzia alla possibilità di revocare il testamento, colpita da nullità – *omissis* – può assumere la forma del negozio bilaterale fra vivi ad efficacia dispositiva od obbligatoria. Essa peraltro può consistere indubbiamente anche in un negozio unilaterale, contenuto o meno in un atto avente forma testamentaria".

Nella letteratura giuridica classica alla quale lo stesso Talamanca si riferisce[58] le clausole derogatorie relative sono quelle che preve-

[56] F.S. Azzariti, G. Martinez, G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, pp. 351-352.

Sulle clausole derogatorie v. anche G. D'Amico, *Della revocazione delle disposizioni testamentarie*, cit., p. 817; R. Giampetraglia, *La revoca testamentaria*, cit., p. 1166-1167.

[57] M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., pp. 2-3.

[58] M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., pp. 2-3, nota 7, ove cita Cicu, *Testamento*, p. 13 e s. (p. 17 nella edizione del 1945) e Gangi, *Successione testamentaria*, I, p. 48.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

dono l'apposizione nel futuro testamento di un motto, di una sigla o di un contrassegno stabilito in una clausola apposta al vecchio testamento.

Se si tiene presente anche la giurisprudenza prima citata a proposito della forma volontaria dell'atto unilaterale (raccomandata con ricevuta di ritorno, pubblicazione nel Foglio Annunci Legali) si comprende come la frase di Talamanca "la considerazione che con tali clausole si verrebbe, in sostanza, a sancire una forma convenzionale per i testamenti, con un'estensione dell'art. 1352, la quale non può non apparire, in ogni modo piuttosto azzardata" sia riferita alla clausola derogatoria relativa tradizionalmente intesa come apposizione di un motto, di una sigla o di un contrassegno e non si può dare per dimostrato, per quanto appresso si dirà, che il divieto che colpisce tali clausole possa estendersi alla scelta anticipata di una delle forme legali, il che è cosa ben diversa.

Non solo ma la stessa letteratura classica alla quale si ispira Talamanca mitiga le conseguenze della ineluttabile diagnosi di nullità delle clausole derogatorie relative affermandone una "rilevanza di fatto"[59], il che deve indurre ad estrema cautela nella valutazione della diversa fattispecie della scelta anticipata di una o due delle tre forme legali di testamento previste dall'art. 601 cod. civ.

Alla luce dei concetti fin qui esposti è possibile effettuare un ulteriore confronto fra l'approccio dogmatico della dottrina classica[60] e

[59] M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., pp. 2-3, nota 7 riporta le considerazioni di A. CICU, *Testamento*, cit., p. 13 (p. 17 nella edizione del 1945) secondo il quale "resta, a parer nostro, possibile indagare se la clausola possa essere indizio di un vizio di violenza o dolo di un posteriore testamento" e di C. GANGI, *Successione testamentaria*, I, p. 48 per il quale "tuttavia non è, secondo noi, da escludere che anche sotto l'impero del nostro codice la mancanza di apposizione nel nuovo testamento del motto, della sigla, o di quell'altro contrassegno stabilito in una clausola apposta al vecchio, possa costituire indizio che il nuovo testamento non fosse un vero e proprio testamento, contenente cioè disposizioni definitive, ma soltanto un progetto di testamento, ovvero che esso sia stato fatto dal testatore per violenza o dolo contro di lui esercitati. E se ciò verrà provato, il testamento dovrà evidentemente essere considerato nullo o dovrà essere annullato".

[60] Con il riferimento alla dottrina classica si vogliono richiamare le opere di A. Cicu sul testamento, la cui prima edizione è del 1945; di C. Gangi sulla successione testamentaria, la cui prima edizione in tre volumi ha visto l'uscita del primo volume nel 1947 e degli altri due nel 1948; di F.S. Azzariti, G. Martinez, G. Azza-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

un approccio ermeneutico moderno fondato sulla comparazione di interessi tra libertà di forma o maggiore certezza affidata all'unico soggetto che di questi interessi è portatore, ossia il testatore.

Le medesime critiche fondate sulla sussunzione nel concetto di clausole derogatorie della scelta anticipata di una delle forme legali, che solo per semplicità si denomina forma volontaria ma che è pur sempre una delle forme legali, in astratto possono essere rivolte anche ad una formulazione della clausola che, anziché al testamento pubblico, facesse riferimento, come il codice civile, al testamento per atto di notaio che racchiude in sé testamento segreto e testamento pubblico, ossia due delle tre forme legali.

Si svelerebbe ancora meglio in tal modo il paradosso insito nell'accostamento della scelta della forma volontaria alle clausole derogatorie: il testamento olografo sarebbe, per i sostenitori della sussunzione nelle clausole derogatorie della forma legale imposta per autotutela, l'unica forma che assicura la libertà di revoca.

Si è altrove rilevato che, in passato, c'era un diffuso preconcetto favorevole al testamento olografo[61] per l'accostamento che di esso si fa al concetto di libertà, preconcetto da alcuni autori lucidamente avversato già all'epoca[62].

---

riti "Diritto civile italiano secondo il nuovo codice vol. II, Le successioni per causa di morte" uscito nel 1942.

[61] M. IEVA, *Per una tutela non giurisdizionale della volontà del testatore*, cit., § 4, *Il testamento olografo nelle valutazioni della dottrina: tra apologia e disincanto*, p. 190 e s.

[62] Fra gli autori che accostano il testamento olografo al concetto di libertà: A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1945, p. 45; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 364; C. GANGI, *La successione testamentaria*, Milano, 1952, I, p. 125.

Avvertono invece dei gravi inconvenienti determinati dall'uso del testamento olografo: M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, p. 81 che ammonisce a proposito dell'incertezza che può sussistere circa l'autenticità dell'atto, della facilità con la quale il documento testamentario può essere soppresso o alterato, della facoltatività di una preventiva consulenza legale per la redazione; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1941, pp. 223-224; F. DEGNI, *Della forma dei testamenti*, in *Codice Civile Commentario*, diretto da M. D'Amelio, Firenze 1941, p. 417 secondo il quale "Questa forma di testamento – *omissis* – offre gravi pericoli perché si presta agevolmente alla falsificazione, e, quando è impugnato, è assai difficile provarne l'autenticità".

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

L'apologia del testamento olografo è propria della dottrina classica che, come si è ricordato, si colloca intorno agli anni '40 del secolo scorso mentre, come emerge da questo studio nonché dagli studi della dottrina moderna in esso citati[63], gli inconvenienti generati dal testamento olografo sono ben maggiori dei vantaggi, tanto che, in diversi ordinamenti moderni, il testamento olografo non trova disciplina alcuna oppure ha una disciplina che, imponendo prescrizioni specifiche, limita i rischi insiti nell'uso di tale strumento (codice civile portoghese, codice del Brasile, codice civile olandese)[64].

Non solo, ma un profondo conoscitore del formalismo testamentario, a conclusione di un articolato discorso sui problemi originati dal testamento olografo, ha affermato che "è forse maturo il tempo anche nella materia in esame per procedere ad una modernizzazione degli istituti consegnando al ricco deposito dell'archeologia giuridica quelli non più consoni alle sempre più pressanti esigenze di certezza ed economicità delle relazioni"[65].

La prassi, la dottrina e la giurisprudenza moderne smentiscono ormai ogni preconcetto positivo rispetto al testamento olografo[66] e la forma volontaria rappresenta proprio un tentativo di prevenire i problemi ai quali può dar luogo l'utilizzo di tale forma di testamento.

---

[63] v. autori citati alla nota 27 (G. De Nova, M. Ieva, A. Liserre, G. Bonilini, S. Patti, F. Padovini, C. Cicero, F.P. Patti).

[64] M. Ieva, *Per una tutela non giurisdizionale della volontà del testatore*, cit., p. 193 ove sono richiamate le segnalazioni relative a ordinamenti stranieri di P. Rescigno, A. Liserre, S. Patti.

[65] A. Liserre, *Il formalismo testamentario*, cit., p. 187. Come premessa alla conclusione riportata nel testo, l'A., nelle pagine precedenti (p. 185-186), aveva affermato che "una sia pur rapida ricognizione delle vertenze giudiziarie in materia di successioni testamentarie, evidenzia il dato significativo che la loro stragrande maggioranza ha per oggetto la validità e l'efficacia di un testamento olografo" e che "c'è da chiedersi se il beneficio della riservatezza garantito dal ricorso alla forma olografa valga il costo, che è sociale, delle vertenze che ne originano se la tutela della sicurezza e della certezza della volontà negoziale, al cui servizio sono da sempre ordinate le prescrizioni di forma, non debba far premio, anche per il testamento, sulla privatezza di un atto che rimanga improvvidamente affidato alla rischiosa solitudine del suo autore".

[66] Un ottimo conoscitore delle successioni, parlando, come si fa fra amici, con libertà di linguaggio, ha affermato che il testamento olografo è un "ferrovecchio" e sembra proprio che tale affermazione rappresenti molto bene la realtà.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

Il paradosso al quale si è già accennato si sostanzia nel fatto che, *in nome della libertà di revocare* i propri precedenti testamenti *con un testamento olografo*, *si nega la libertà di tutelarsi*, attraverso l'imposizione volontaria della forma pubblica, *ad un soggetto consapevole*, per un verso degli illeciti che possono essere perpetrati attraverso il testamento olografo (in particolare testamenti "suggeriti" a soggetti fragili – e nessuno può avere la certezza di non divenire con l'avanzare degli anni un soggetto fragile – nonché testamenti falsi attraverso i quali si privano di efficacia precedenti testamenti, anche pubblici, redatti da persone giovani, in buona salute e perfettamente lucide) e, per altro verso, del fatto che attualmente la tutela della propria volontà sia affidata esclusivamente all'intervento del giudice (con conseguenze in termini di costi da sopportare, di tempi da attendere e di incertezza dell'esito per il notevole peso che in questi giudizi hanno le perizie grafologiche e, da ultimo, di costi per la collettività)[67].

Se si formula l'ipotesi di un soggetto attualmente lucido e *consapevole* dell'elevato rischio che l'avanzare dell'età lo faccia divenire persona fragile, come tale esposta, quantomeno, a indebita influenza (*undue influence*)[68], *consapevole* che dopo la sua morte la sua volontà,

---

[67] Per un'ampia ricognizione dei problemi originati dal testamento olografo v. M. IEVA, *Per una tutela non giurisdizionale della volontà del testatore*, cit., p. 181 e ss.

[68] S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., p. 1009 a proposito della *doctrine* della *undue influence* chiarisce che "per configurarsi *undue influence* non è indispensabile un comportamento aggressivo, né tanto meno minacce o comunque un vero e proprio costringimento, essendo sufficiente che la parte debole sia comunque soggiogata e non in grado di compiere un'autonoma valutazione degli interessi e quindi di decidere liberamente".

Il nucleo essenziale della dottrina della *undue influence* consiste, pertanto, nel tutelare la formazione del volere "da indebita influenza esercitata da un'altra persona al fine di trarre vantaggi diretti o indiretti".

Alla luce di quanto appena segnalato a proposito di *undue influence* si rifletta sull'importanza che può assumere l'obbligo autoimposto di fare ricorso soltanto al testamento pubblico.

Una cosa è indurre un soggetto fragile che vive sempre in casa in compagnia delle persone che lo assistono a scrivere un testamento olografo "suggerito", altra, ben più difficile, è indurlo a dichiarare una volontà che non è la sua al notaio in presenza dei testimoni.

Un anziano fragile può comprensibilmente stancarsi di subire pressioni psicologiche da parte delle persone che gli sono più vicine e, per far terminare le in-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

pur affidata a un testamento pubblico, possa essere privata di effetto da un testamento olografo falso di data successiva, *consapevole* che, comunque, dopo la sua morte l'avvio di un giudizio a tutela della sua volontà resti affidato alla valutazione discrezionale dei soggetti destinatari delle disposizioni che esprimono la vera volontà del testatore, appare concettualmente inaccettabile che egli non possa eliminare tali rischi con il rimedio preventivo dell'autotutela mediante adozione volontaria della forma pubblica per i propri futuri testamenti.

Per le considerazioni svolte, non è dunque sostenibile che l'adozione di una forma volontaria consistente nella scelta anticipata di una o due delle tre forme legali possa comportare un *vulnus* al potere di revoca per il solo fatto che la revoca non possa più essere fatta con un testamento olografo.

Per concludere si vuole ricordare che alcuni anni orsono Fabio Padovini sostenne l'utilità per il sistema successorio di "due sviluppi – irrigidimento delle regole sulla forma testamentaria e ampliamento della nozione di dolo (del futuro beneficiario o di un terzo) –"[69].

Delle due aspettative una si è già avverata: all'ampliamento della nozione di dolo la Cassazione è pervenuta con ordinanza n. 30424 del 2022. Per quanto riguarda invece l'irrigidimento delle regole sulla forma, in assenza di interventi legislativi comunque auspicabili per l'introduzione della forma volontaria del testamento e del contratto ereditario, esso resta, al momento, affidato alla tesi della imposizione volontaria della forma pubblica per i propri futuri testamenti.

Abstract

Lo studio muove dalla premessa che, per prevenire i numerosi problemi che possono essere originati dal testamento olografo, occorre indivi-

fluenze indebite, accettare di scrivere un olografo che non esprima la sua volontà, mentre, pur non potendosi escludere che venga istruito prima di andare dal notaio (il dubbio che ciò sia avvenuto è legittimo quando una persona con un bassissimo livello di istruzione usa concetti e formule che non possono appartenere al suo bagaglio culturale), la presenza del notaio e dei testimoni possono costituire rassicurazioni sufficienti per indurre il soggetto a dichiarare quella che è realmente la sua volontà.

[69] Così F. PADOVINI, *Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma*, cit., p. 59.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

duare nuovi strumenti di tutela non giurisdizionale della volontà del testatore e, fra questi, esamina in particolare la tesi dell'autotutela mediante l'imposizione volontaria della forma pubblica per i propri futuri testamenti, analizzando le diverse argomentazioni utilizzate dalla dottrina per affermarne o negarne la legittimità.

The study moves from the assumption according to which, in order to prevent the numerous problems that can originate from the holographic will, new means of non-jurisdictional protection of the testator's will need to be found. Among those means, the study examines, in particular, the theory of self-protection through the voluntary imposition of the public deed for one's future will, analyzing the various arguments developed by the doctrine to affirm or deny its legitimacy.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-6ieva

Olimpia Giuliana Loddo

ARTEFATTI REGOLATIVI DIGITALI*

Sommario: 1. Introduzione al concetto di "artefatto regolativo" nel contesto digitale. – 2. Il codice come strumento regolativo nell'ambiente digitale. – 3. Quattro funzioni degli artefatti regolativi digitali. – 4. Artefatti regolativi digitali e dimensione deontica vs. dimensione causale. – 4.1. Artefatti regolativi digitali deontici. – 4.2. Artefatti regolativi digitali non-deontici. – 5. Dagli artefatti regolativi deontici agli artefatti regolativi non-deontici. – 6. Conclusione.

1. Gli artefatti regolativi sono oggetti materiali progettati e creati per regolare il comportamento. Essi devono, quindi, essere tenuti distinti da altri tipi di artefatti, che sono ideati per consentire a chi li utilizza di raggiungere determinati scopi in modo più efficiente ed efficace, più rapidamente e con un minor dispendio di energia. Ad esempio, una calcolatrice, che è un artefatto cognitivo[1], consente di eseguire dei calcoli rapidamente e con minore sforzo mentale rispetto a quello che si impiegherebbe effettuando i calcoli a mente. Gli artefatti regolativi, ad esempio, rotatorie, semafori o dossi stradali, non sono un supporto che consente all'utente di raggiungere determinati scopi, ma sono posizionati sulle superfici stradali per condizionare il comportamento dell'utente secondo le intenzioni del loro artefice[2].

* Una versione inglese del presente saggio intitolata *Digital Regulatory Artifacts* è stata presentata al *meeting* annuale del *Research Commitee on Sociology of Law* (RCSL) *Law, Society and Digital Past, Presents and Futures*, che ha avuto luogo a Lund dal 30 agosto al 1° settembre 2023.

[1] D. Norman, *Cognitive Artifacts*, in *Designing interaction*, a cura di J.M. Carroll, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 17-38.

[2] G. Lorini, S. Moroni, e O.G. Loddo, *Regulatory Artifacts: Prescribing, Con-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

Oltre alla dimensione materiale presente in tutti gli artefatti regolativi, può esistere anche una dimensione digitale; in questo caso, possiamo parlare di 'artefatti regolativi digitali.' Gli artefatti regolativi digitali presentano una componente legata ad un ambiente digitale. In altre parole, si tratta di artefatti che operano in ambiti nei quali le informazioni vengono trasmesse o conservate in forma elettronica ed elaborate attraverso tecnologie digitali, dove, quindi, le informazioni vengono convertite in sequenze di numeri (di solito in sistema binario).

Nel contesto del mondo digitale, gli artefatti regolativi si manifestano in varie forme. Sono esempi di artefatti regolativi digitali i sistemi di controllo degli accessi su piattaforme digitali, le piattaforme di e-commerce, i sistemi di prenotazione online, gli *smart contract*, gli strumenti di gestione dei diritti digitali (*Digital Rights Management* - DRM) e gli algoritmi utilizzati dalle piattaforme social per la moderazione dei contenuti.

Il termine "artefatto regolativo digitale" è nuovo, ma l'interesse scientifico per gli strumenti regolativi digitali non lo è. Infatti, numerosi studiosi hanno esplorato l'interazione tra lo sviluppo delle tecnologie digitali e i mutamenti del diritto e della società da diverse prospettive disciplinari.

Le innovazioni tecnologiche spesso non sono guidate da un obiettivo morale o sociale specifico, e le tecnologie digitali possono avanzare rapidamente senza una chiara considerazione delle implicazioni etiche o sociali[3]. Tuttavia, uno strumento tecnologico può essere progettato per svolgere una funzione regolativa che può avere delle ripercussioni sociali estremamente rilevanti. Nel libro *Law 3.0: Rules, Regulation, and Technology*[4], il giurista Roger Brownsword ha

stituting, Steering, in *International Journal for the Semiotics of Law - Revue Internationale de Sémiotique Juridique* 36, 1, 2023, pp. 211-225; G. Lorini, e S. Moroni, *Rule-free regulation: Exploring Regulation 'without rules' and apart from 'deontic categories'*, in *Journal for the Theory of Social Behaviour* 52, 1, 2021, pp. 22-32; G. Lorini, S. Moroni, e O.G. Loddo, *Deontic Artifacts. Investigating the Normativity of Objects*, in *Philosophical Explorations* 24, 2, 2021, pp. 185-203.

[3] A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity Press,1990, p. 169.

[4] R. Brownsword, *Law 3.0: Rules, Regulation, and Technology*, New York, Routledge, 2020.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

gettato luce sull'evoluzione dell'interazione tra il diritto e lo sviluppo di strumenti tecnologici caratterizzati da una funzione regolativa. In particolare, Brownsword evidenzia l'emergere di forme di regolazione tecnocratica dove all'esigenza di regolare un ambito della società si risponde non con la formulazione di una norma, ma con la progettazione di uno strumento tecnologico che tende ad escludere causalmente le possibili deviazioni dal modello desiderato[5]. Questa automatizzazione dei processi regolativi può condurre ad effetti perversi, evidenziati dalla politologa Virginia Eubanks, secondo la quale, determinati strumenti tecnologici potrebbero perpetuare disparità sociali incorporando meccanismi discriminatori[6].

Nel libro *The Ethics of Information* il filosofo Luciano Floridi ha rivolto la sua attenzione alle implicazioni etiche dell'era digitale in relazione alle tecnologie per l'informazione e alla comunicazione (*information and communication technology*, ICT)[7]. Floridi evidenzia il ruolo giocato dalle ICT nella nostra percezione del mondo. Secondo Floridi le ICT hanno un ruolo non solo epistemico ma anche ontologico, poiché contribuiscono a modellare la realtà. In particolare, Floridi evidenzia come le tecnologie dell'informazione influenzino la costruzione delle comunità virtuali entro le quali operiamo[8].

Il giurista tedesco Klaus Günther utilizza il termine '*smart order*' per descrivere l'uso di tecnologie digitali per regolare il comportamento umano e per minimizzare le possibilità di devianza, introdu-

---

[5] R. Brownsword, *Law 3.0: Rules, Regulation, and Technology*, *op. cit.*, pp. 34-36.

[6] V. Eubanks, *Automating Inequality. How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, New York, St. Martin's Press, 2018.

[7] Le ICT diventano artefatti regolativi quando sono intenzionalmente progettate e programmate per influenzare e regolare il comportamento o le interazioni umane. Questo avviene attraverso i codici e le interfacce che determinano l'interazione dell'utente o il funzionamento del sistema in conformità con norme o obiettivi specifici. Ad esempio, un'applicazione che monitora le spese e invia avvisi quando le spese superano il reddito potrebbe essere vista come un'ICT che funziona come un artefatto regolativo digitale perché mira a regolare il comportamento finanziario degli utenti.

[8] L. Floridi, *The Ethics of Information*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

cendo l'importante interrogativo sull'effettiva natura normativa di tale forma di regolazione[9].

Il sociologo del diritto svedese Håkan Hydèn utilizza il termine '*algo norm*' per indicare le norme implicite che emergono dalla applicazione di algoritmi e IA. Hydèn distingue due livelli di normatività: il primo riguarda l'aspetto tecnico degli algoritmi mentre il secondo fa riferimento alle conseguenze sociali derivanti dall'applicazione degli algoritmi e ritiene che le "norme algoritmiche" si collochino a questo secondo livello. Secondo Hydèn le *algo-norm* pongono dei problemi di legittimità poiché sottraggono alcuni aspetti della regolazione al processo democratico, delegandoli di fatto ai tecnici. Inoltre, possono essere uno strumento di manipolazione e portare alla creazione di *filter bubbles* che espongono gli utenti esclusivamente ad informazioni che confermano le loro opinioni[10].

La filosofa del diritto specializzata in informatica giuridica, Mireille Hildebrandt ha ipotizzato un rimodellamento e un ridimensionamento del ruolo del diritto a seguito delle recenti trasformazioni tecnologiche e delle relative ripercussioni sulla società[11]. I governi possono cercare di influenzare il comportamento delle persone attraverso architetture digitali, con l'intento di incrementare l'efficacia e l'efficienza nella gestione della cosa pubblica e nella regolazione dei comportamenti dei consociati. Tuttavia, questa pratica può minare l'autonomia individuale. Scrive, in questo senso, Hildebrandt: «*A world focused on regulating, influencing or even enforcing behaviours has little to do with legal normativity*»[12].

In modo simile, Helen Nissenbaum ha enfatizzato le interazioni e i potenziali conflitti tra i progressi tecnologici e la protezione dei

---

[9] K. Günther, *From Normative to Smart Orders?*, in *"Smart Legal Order" in the AI society*, Università di Bologna, Bologna, 30 giugno, 2023.

[10] H. Hydén, *AI, Norms, Big Data, and the Law*, in *Asian Journal of Law and Society* 7, 3, 2020. Si veda anche H, Hydén, *Sociology of Digital Law and Artificial Intelligence*, in *Research Handbook on the Sociology of Law*, a cura di J. Přibáň, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 357-369.

[11] M. Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*. Edward Elgar Publishing, 2015; M. Hildebrandt, *Law for Computer Scientists and other Folk*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

[12] M. Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, *op. cit.*, p. 226.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

diritti individuali[13]. In particolare, Nissembaum concentra la sua attenzione su come la regolazione dei flussi di dati personali possa non rispecchiare le aspettative degli utenti. Tali aspettative possono variare a seconda dei contesti. La scarsa attenzione alle architetture digitali che regolano il flusso dei dati può portare a forme di profilazione invadenti, alla manipolazione degli utenti, all'"algoritmizzazione" di meccanismi discriminatori[14].

Il sociologo del diritto Gunther Teubner ha evidenziato le sfide poste dalla crescente autonomia agentiva dei software. Nella visione di Teubner gli artefatti regolativi digitali possono avere diversi livelli di autonomia e, in alcuni casi, devono essere intesi come soggetti in grado di compiere atti giuridicamente rilevanti lesivi[15]. In particolare, è necessario individuare dei regimi di responsabilità che si adattino alle diverse modalità di collaborazione uomo-macchina[16].

Nel loro insieme, da un lato gli studi sulle interazioni tra strumenti digitali e diritto e, dall'altro lato, le indagini sull'ontologia delle norme, costituiscono una cornice ideale per lo sviluppo di una teoria generale degli artefatti regolativi digitali. Il presente studio non ha una pretesa di esaustività, né è possibile, in questa sede, sviluppare integralmente il quadro teorico sopra accennato. L'intento del presente lavoro è semplicemente quello di fornire una prima rapsodica analisi e di proporre un'ipotetica classificazione degli artefatti regolativi digitali.

2. Un aspetto fondamentale che deve essere esaminato per comprendere la natura degli artefatti regolativi digitali riguarda il ruolo cruciale giocato dal codice informatico.

---

[13] H. Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford, Stanford University Press, 2010.

[14] H. Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, *op. cit.*

[15] G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali. Lo* status *privatistico degli agenti* software *autonomi*, Napoli, ESI, 2019.

[16] A. Beckers, e G. Teubner, *Responsibility for Algorithmic Misconduct: Unity or Fragmentation of Liability regimes?*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 76, 2023, pp. 78-100.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

Per i giuristi, il termine "codice" evoca l'idea di una raccolta organizzata e sistematica di enunciati deontici (normativi) che regolano una specifica area del diritto. In ambito giuridico il codice prende vita attraverso la sua interpretazione e successiva applicazione: è solo attraverso l'interpretazione e la mediazione (pragmatica o anche solo epistemica) di un essere umano, che gli enunciati che compaiono sulle pagine di un codice giuridico contribuiscono a modellare la realtà sociale e a influenzare le condotte degli agenti che vi operano. In questo senso, un codice giuridico si differenzia da un codice informatico. Quest'ultimo, anche se può essere descritto come un insieme strutturato di norme, si riferisce a istruzioni scritte in un linguaggio di programmazione, che vengono primariamente elaborate e interpretate da un computer e che ad un computer sono indirizzate. In pratica, il codice informatico definisce il funzionamento di uno strumento digitale, ossia come risponderà agli *input* degli utenti e interagirà con essi o con altri dispositivi. Tuttavia, anche il codice informatico può essere progettato per stabilire regole o imporre comportamenti predefiniti; può influenzare, guidare o addirittura forzare il comportamento umano in un contesto specifico[17]. In questo caso, il codice informatico, sotto forma di sequenze di istruzioni e algoritmi, diventa un elemento essenziale di un artefatto regolativo in grado di guidare non solo il comportamento di un dispositivo digitale, ma anche il comportamento di un essere umano.

La capacità del codice informatico di stabilire regole che guidano l'interazione tra le azioni umane e il dominio digitale sottolinea la natura ibrida degli artefatti regolativi digitali. Questi artefatti sono ad un tempo entità semiotiche e entità materiali; risultano dall'interazione tra il linguaggio di programmazione che compone il codice e la dimensione materiale del dispositivo stesso.

Analogamente all'evoluzione del linguaggio giuridico, che si adatta alle nuove dinamiche sociali, il linguaggio dei programmatori è una componente estremamente flessibile degli artefatti regolativi, ed è in grado di adattarsi alle dinamiche intricate e in continua trasformazione sia del mondo sociale del mondo digitale[18].

---

[17] L. Lawrence, *Code 2.0.* New York, Basic Books, 2006.

[18] M. Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, *op. cit.*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

L'uso del codice come strumento per regolare e monitorare il comportamento umano riflette non solo l'influenza trasformatrice dei progressi tecnologici sulla società, ma sottolinea anche la sua capacità di plasmare e ridefinire i contorni degli strumenti regolativi nell'era digitale[19]. Pertanto, l'interazione tra codice, norme e azioni umane incarna la relazione simbiotica tra tecnologia, normatività e regolazione nel contesto digitale. Questa relazione può essere pervasiva, talvolta invisibile e quindi difficile da controllare, come ha sottolineato Eubanks:

> Guardiani digitali raccolgono informazioni su di noi, traggono inferenze sul nostro comportamento e controllano l'accesso alle risorse. Alcuni sono ovvi e visibili: telecamere a circuito chiuso spuntano sugli angoli delle nostre strade, i dispositivi di posizionamento globale dei nostri telefoni cellulari registrano i nostri spostamenti, droni della polizia sorvolano le manifestazioni di protesta politiche. Ma molti dei dispositivi che raccolgono le nostre informazioni e monitorano le nostre azioni sono enigmatiche e invisibili porzioni di codice. Sono incorporate nelle interazioni sui social media, scorrono attraverso le applicazioni per i servizi governativi, avvolgono ogni prodotto che proviamo o acquistiamo. Sono così profondamente intessute nella trama della vita sociale che, nella maggior parte dei casi, nemmeno ci accorgiamo di essere osservati e analizzati[20].

Il codice svolge un ruolo cruciale nel mediare tra le strutture giuridiche tradizionali e l'ambiente digitale. Questo ruolo di mediazione solleva questioni importanti legate all'etica dell'informazione. Luciano Floridi ha sottolineato che l'informatica riguarda non solo la trasmissione di contenuti, ma contribuisce anche a creare forme e strutture che organizzano l'esperienza umana[21]. Il codice può plasmare le interazioni sociali, offrire opportunità o imporre limiti, con-

[19] R. Brownsword, *Law 3.0: Rules, Regulation, and Technology*, *op. cit.*

[20] V. Eubanks, *Automating Inequality. How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, *op. cit.*, p. 10. La traduzione è mia.

[21] L. Floridi, *The Ethics of Information*, *op. cit.*, p. 6.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

tribuendo a determinare le azioni umane. Ciò solleva questioni relative all'equità, alla trasparenza e al controllo nelle decisioni prese dai sistemi automatizzati.

La modalità di scrittura, di implementazione e di utilizzo del codice, nel caso degli artefatti regolativi digitali, ha delle conseguenze estremamente rilevanti sia sotto il profilo etico sia sotto il profilo giuridico. Progettare algoritmi e codici che siano equi, non discriminatori e rispettosi della *privacy* è cruciale per evitare conseguenze negative per gli individui e per la società nel suo complesso. Inoltre, la centralità del codice nell'applicare norme e regolamenti solleva il problema della «responsabilità degli agenti digitali»[22]: chi è responsabile quando il comportamento di un sistema automatizzato viola principi etici o giuridici?

L'interconnessione digitale amplifica l'impatto del codice e degli artefatti regolativi digitali. Poiché decisioni e azioni possono diffondersi rapidamente attraverso reti globali, è essenziale considerare la catena causale prodotta dalle scelte codificate, ovvero dalle scelte regolative tradotte in codice. Ciò richiede una riflessione etica approfondita sulla progettazione e sull'uso dei sistemi automatizzati di regolazione.

3. Per esplorare la tematica degli artefatti regolativi digitali, è fondamentale cominciare ad ipotizzarne una possibile classificazione. È possibile delineare una tipologia di artefatti regolativi digitali basata sulle loro funzioni. Questi artefatti possono essere ulteriormente compresi attraverso un criterio generale di classificazione che include il loro ruolo fondamentale nell'istituzione e nell'attuazione di norme e regolamenti. Questo criterio di classificazione ruota attorno alla loro capacità di fungere da ponti tra il mondo astratto delle norme e la concretezza delle interazioni digitali, agevolando così una gestione più efficace e automatizzata delle dinamiche regolative. Possiamo distinguere, in questo senso, almeno quattro tipi di artefatti:

i. artefatti di *controllo dell'accesso*,
ii. artefatti di *automazione contrattuale*,

[22] G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali. Lo* status *privatistico degli agenti* software *autonomi*, *op. cit.*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

iii. artefatti di *gestione dei diritti digitali* (Digital Rights Management - DRM),
iv. artefatti di *moderazione algoritmica*.

Artefatti di controllo dell'accesso. Per quanto riguarda il campo del controllo dell'accesso (a luoghi virtuali o reali), gli artefatti regolativi svolgono un ruolo cruciale nel garantire la sicurezza delle risorse digitali. Ad esempio, i sistemi di autenticazione richiedono agli utenti di fornire credenziali valide (come un nome utente e una password) per ottenere accesso a servizi o piattaforme specifiche. L'autenticazione a due fattori è un ulteriore sviluppo in cui agli utenti viene richiesto di fornire due diverse forme di identificazione per ottenere accesso, come una password e un codice inviato al loro telefono. Questi artefatti digitali regolamentano l'accesso a informazioni sensibili e servizi, contribuendo così a prevenire violazioni della privacy e frodi[23].

Artefatti di automazione contrattuale. Questa categoria include sistemi mirati ad automatizzare la conclusione di accordi contrattuali. Ne sono esempi le piattaforme di *e-commerce* o le piattaforme di prenotazione alberghiera. Ad esempio, un sito web di vendita al dettaglio che consente agli acquirenti di selezionare prodotti, aggiungerli al carrello e procedere al pagamento senza che il venditore intervenga in alcun modo.

Un esempio simile sono le piattaforme di prenotazione alberghiera, che consentono agli utenti di cercare, visualizzare, confrontare e prenotare alloggi in modo automatizzato. Una volta che un utente seleziona una struttura e conferma la prenotazione, il sistema genera automaticamente una prenotazione che dettaglia i termini e le condizioni dell'alloggio, le date del soggiorno, il prezzo e altri elementi rilevanti. Questo processo avviene senza la necessità di inter-

[23] Esempi di artefatti regolativi digitali per il controllo dell'accesso includono *OAuth 2.0* e *Active Directory*. OAuth 2.0 è un framework di autorizzazione che consente agli utenti di concedere l'accesso a terze parti senza condividere le proprie credenziali; è comunemente utilizzato per l'autenticazione e l'autorizzazione su applicazioni web. Active Directory è un software di gestione delle identità e dell'accesso prodotto da Microsoft che controlla l'accesso agli oggetti di rete, compresi file e applicazioni, consentendo così un controllo centralizzato su chi ha accesso a cosa.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

venti manuali da parte degli operatori o del personale dell'hotel. Gli utenti accettano questi termini attraverso la loro interazione con la piattaforma, creando così un contratto automatizzato tra l'utente e l'hotel. Oltre all'automazione della *conclusione dei contratti*, esistono anche forme di automazione nell'*adempimento del contratto*, ne sono un interessante esempio gli *smart contract*. Gli smart contract sono codici informatici autoeseguibili che automatizzano l'esecuzione e l'applicazione degli accordi contrattuali, sono immutabili, poiché registrati su blockchain.

Artefatti di gestione dei diritti digitali (Digital Rights Management - DRM). Gli artefatti regolativi digitali finalizzati al DRM consentono ai creatori di contenuti di controllare come le loro opere vengono utilizzate e distribuite online. Ad esempio, le piattaforme di streaming musicale utilizzano il DRM per limitare la condivisione non autorizzata di brani musicali. I file audio possono essere crittografati in modo tale che possano essere riprodotti solo da utenti autorizzati o su dispositivi specifici. Questi artefatti regolativi digitali garantiscono la protezione dei diritti dei creatori dei contenuti e salvaguardano le loro opere nell'ambiente digitale.

Artefatti di moderazione algoritmica. Nell'ambiente digitale, l'abbondanza di contenuti generati dagli utenti ha reso necessaria l'implementazione di artefatti regolativi digitali per la moderazione. Ad esempio, le piattaforme di *social media* utilizzano algoritmi per identificare contenuti che potrebbero violare le linee guida della comunità, come discorsi d'odio o contenuti inappropriati. Questi artefatti digitali svolgono un ruolo chiave nel mantenere un ambiente online sicuro e rispettoso, ma sollevano anche questioni sulla censura, sull'interpretazione dei contenuti e sulla trasparenza nelle operazioni degli algoritmi[24].

[24] Esempi di artefatti regolativi digitali per la moderazione algoritmica includono le API (Interfacce di Programmazione delle Applicazioni) di moderazione dei contenuti. Molte piattaforme di social media e di contenuti utilizzano API per la moderazione dei contenuti. Questi servizi utilizzano algoritmi per identificare e filtrare contenuti inappropriati o offensivi. Ad esempio, la Perspective API utilizza l'apprendimento automatico per valutare la "tossicità" dei commenti online, il che aiuta le piattaforme nella moderazione dei contenuti. L'API analizza il contenuto fornito utilizzando l'intelligenza artificiale (AI) e algoritmi di apprendimento automatico. Questi algoritmi confrontano il contenuto con modelli predefiniti e dati di

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

4. Le indagini sulla normatività degli oggetti hanno gettato luce sull'uso normativo degli artefatti. In particolare, un artefatto deontico è «*a three-dimensional material object - created in order to perform a normative function*»[25]. Basandoci sul concetto di artefatto deontico, possiamo proporre il concetto di "artefatti digitali regolativi deontici"[26]. Gli artefatti digitali regolativi deontici (ADRD) combinano una dimensione materiale e una dimensione immateriale, trasmettendo quindi contenuti normativi sia nel mondo fisico che in quello digitale. Ad esempio, gli ADRD possono essere impiegati per indicare ciò che è permesso o vietato in specifiche aree di una piattaforma digitale o per agevolare la stesura e l'interpretazione di contratti elettronici.

All'interno del quadro della sociologia del diritto digitale, l'analisi degli artefatti regolativi si è estesa per includere una vasta gamma di strumenti regolativi, alcuni dei quali non hanno natura deontica[27]. Ne sono un esempio i dispositivi avanzati di assistenza alla guida che, attraverso l'automazione, traducono informazioni normative in istruzioni rivolte, non agli utenti ma, al sistema di controllo elettronico, garantendo così il rispetto automatico delle regole.

4.1. Nel contesto del mondo digitale, gli artefatti regolativi deontici svolgono un ruolo fondamentale nella trasmissione di contenuti normativi e nell'imposizione di regole, consentendo comunque un certo grado di flessibilità nella loro osservanza. Questi artefatti non svolgono una «forcing function»[28], il che significa che non impongono coercitivamente un comportamento specifico (come cancellare un post) né provocano automaticamente eventi specifici (come l'assegnazione di uno status, il blocco di un profilo). Invece,

---

addestramento per identificare potenziali violazioni delle linee guida o contenuti inappropriati.

[25] Si veda sul tema G. Lorini, S. Moroni, e O.G. Loddo, *Deontic Artifacts. Investigating the Normativity of Objects*, in *Philosophical Explorations* 24, 2, 2021, pp. 185-203.

[26] G. Lorini et al., 2021; Lorini et al., *Regulatory Artifacts*, op. cit.

[27] G. Lorini, e S. Moroni, *Ruling without Rules. Not Only Nudges. Regulation beyond Normativity*, in *The Global Jurist*, 20, 3, 2020, pp. 1-11.

[28] D. Norman, *The Design of Everyday Things*, New York, Basic Books, 2013.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

fungono da canali di comunicazione o di genesi delle norme, lasciando, tuttavia, ai destinatari, l'opzione di violarle se lo desiderano (eventualmente limitandosi ad avvisare l'utente che, tenendo quel comportamento, si espone al rischio di sanzioni). Gli artefatti regolativi digitali deontici rappresentano una forma di regolamentazione basata sulla consapevolezza e sulle scelte individuali anziché sulla coercizione.

Un esempio di un artefatto digitale deontico che funge da canale normativo senza coercizione diretta potrebbe essere una notifica o un avviso che appare quando un utente sta per compiere un'azione che potrebbe violare una regola. Ad esempio, potrebbe comparire un avviso su una piattaforma di condivisione di file quando un utente sta per caricare su una piattaforma dei contenuti che potrebbero violare il *copyright*. L'avviso informa l'utente sulla potenziale violazione e lo sollecita a considerare se desidera desistere o procedere, nonostante la possibile violazione delle norme.

Un altro esempio potrebbe essere un messaggio di avvertimento che compare quando un utente sta per accedere a contenuti sensibili o vietati su una piattaforma online. Ad esempio, se un utente sta per visualizzare contenuti che potrebbero essere inappropriati o ad accesso limitato su una piattaforma di social media, un messaggio di avvertimento potrebbe informarlo sulla natura del contenuto e chiedergli se desidera procedere.

In entrambi questi esempi, gli artefatti digitali deontici agiscono come canali attraverso i quali le norme vengono comunicate, ma lasciano la decisione relativa all'osservanza delle norme all'utente. Questo equilibrio tra norme e scelte individuali sottolinea l'importanza di considerare il fattore umano nelle forme digitali di regolazione e fornisce preziosi spunti per future ricerche sulle dinamiche tra regolazione, tecnologia e agentività.

Di seguito riporto alcuni esempi di artefatti regolativi digitali deontici.

Indicatori del limite di velocità sul cruscotto dell'auto. Gli schermi all'interno delle automobili spesso mostrano il limite di velocità attuale della strada su cui il veicolo sta viaggiando. Il sistema alla base di questa funzione è un artefatto digitale deontico che comunica la norma del limite di velocità, ma non costringe diretta-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

mente il conducente a rispettarla. L'utente ha l'opzione di decidere se rispettare il limite di velocità indicato.

Informative sulla privacy e banner dei cookie su app e siti web. Applicazioni e siti web includono informative sulla *privacy* e *banner* dei *cookie* che informano gli utenti sulla raccolta e sull'uso dei loro dati personali e sui *cookie*. Questi sono incorporati nel codice del sito web o delle app e fungono da artefatti digitali deontici che comunicano le norme sulla *privacy*. Gli utenti possono scegliere di acconsentire alla raccolta dei dati o di uscire dall'applicazione o dal sito se non concordano con i termini.

Messaggi di conformità su piattaforme di e-commerce. Durante il processo di acquisto su piattaforme di *e-commerce*, potrebbero apparire messaggi descrittivi di norme, come leggi fiscali che potrebbero essere applicate alla transazione o regole di importazione per l'acquisto di beni dall'estero. I codici che fanno visualizzare agli utenti quei messaggi, fornendo loro determinate opzioni, sono degli artefatti deontici che comunicano le norme fiscali e doganali, ma l'acquirente è libero di decidere se aderire a esse o ignorarle (rischiando eventuali sanzioni).

Limitazioni d'età per l'accesso a contenuti online. Molte piattaforme di *streaming* o di giochi online includono avvisi di età che indicano l'età minima richiesta per un accesso legittimo ai contenuti online. Le piattaforme comunicano le norme legate all'età, ma gli utenti possono scegliere di procedere con l'accesso nonostante le restrizioni.

Avvisi per l'uso eccessivo di dispositivi o applicazioni. Un'applicazione o un servizio online potrebbe monitorare l'uso e avvertire gli utenti quando superano determinati limiti di utilizzo. Ad esempio, un servizio di streaming potrebbe notificare all'utente che ha trascorso sulla piattaforma un certo numero di ore ma, al contempo, permettergli di continuare a utilizzare il servizio, se lo desidera.

Gli artefatti regolativi digitali deontici svolgono un ruolo significativo nella creazione e nella comunicazione di norme e regolamenti, ma non costringono gli utenti a conformarsi a comportamenti specifici. Invece, forniscono alle persone l'opportunità di prendere decisioni in funzione delle norme digitalizzate[29].

[29] P. Di Lucia, *Agire-in-funzione-di norme*, in L. Passerini Glazel (a cura di), *Ricerche di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 164-178.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

4.2. A differenza degli artefatti regolativi digitali deontici, gli artefatti non-deontici operano attraverso processi automatizzati che plasmano il comportamento attraverso il loro design, utilizzando una funzione restrittiva che impone uno specifico modello di azione all'utente. La distinzione principale tra gli artefatti deontici e quelli non-deontici sta nel campo dei modelli d'azione. Mentre gli artefatti deontici aderiscono a norme esplicite, gli artefatti non-deontici sfruttano il loro design per imporre determinate azioni, in linea con il concetto di "*forcing function*" di Don Norman[30]. Di seguito sono riportati alcuni esempi di artefatti regolativi digitali non-deontici.

Software di controllo dell'accesso. Si tratta di sistemi di controllo dell'accesso integrati nelle piattaforme digitali, che concedono o bloccano l'accesso a sezioni specifiche della piattaforma in base a regole predefinite incorporate nel codice della piattaforma. Ad esempio, le piattaforme di *internet banking* utilizzano controlli di accesso che consentono agli utenti di accedere solo ai dettagli del proprio *account* e solo dopo l'autenticazione multi-fattore, per garantire la conformità ai protocolli di sicurezza.

Contratti intelligenti (smart contract). Il mondo della tecnologia *blockchain* fornisce un importante esempio di artefatti regolativi digitali non-deontici. Gli smart contract sono clausole digitali auto-eseguibili che aderiscono rigorosamente a termini e condizioni predefiniti. Questi *software* automatizzano la conformità al programma negoziato per garantire che le azioni specificate vengano eseguite senza deviazioni. In sostanza, rendono virtualmente impossibile la violazione delle clausole tradotte in smart contract.

Sistemi di moderazione del contenuto algoritmico. Alcuni *social network* si affidano a sistemi di moderazione del contenuto basati su algoritmi per far rispettare le linee guida delle loro comunità virtuali. Questi artefatti regolativi digitali non-deontici rilevano automaticamente e rimuovono il contenuto. In questo contesto, il processo algoritmico svolge una funzione restrittiva indipendentemente dalla volontà dell'utente di rispettare le linee guida e dalla valutazione dell'esistenza di una violazione da parte di un moderatore umano.

[30] D. Norman, *The Design of Everyday Things*, New York, Basic Books, 2013.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

Sistemi di assistenza avanzati alla guida (Advanced driver assistance systems-ADAS). Anche in questo caso, si tratta di artefatti digitali non-deontici basati su algoritmi avanzati. Questi sistemi monitorano le condizioni stradali in tempo reale e regolano di conseguenza il comportamento del veicolo. Ad esempio, i sistemi di controllo automatico della velocità regolano automaticamente la velocità di un veicolo in base alle condizioni del traffico, garantendo così il rispetto del limite di velocità applicabile a una strada specifica.

Negli artefatti regolativi non-deontici, il *design* stesso costringe determinate azioni attraverso processi automatizzati, incarnando così il concetto di "funzione coercitiva". Questi artefatti determinano il comportamento degli utenti sia *online* sia "*onlife*" senza fare affidamento su alcuna norma.

5. Gli artefatti regolativi digitali deontici e quelli non-deontici svolgono le loro funzioni regolative in modo diverso; tuttavia, questi artefatti non sono tra loro irrelati.

Idealmente, potrebbe essere ricostruito un percorso che va dagli artefatti regolativi deontici a quelli non-deontici (e viceversa).

Ad esempio, una banca può utilizzare un software per monitorare la capacità dei clienti, a fronte di una scarsa liquidità, di limitare le transazioni ritenute non essenziali (ad esempio, l'acquisto di cibo a domicilio tramite piattaforme *online* o di pacchetti di viaggio). Inizialmente, la banca potrebbe inviare una notifica all'utente per attirare la sua attenzione sulle pratiche responsabili di gestione finanziaria. Formalmente, questa notifica rappresenta un tentativo di promuovere i princìpi finanziari attraverso uno strumento informativo. Tuttavia, è cruciale riconoscere che il rilevamento dell'attività finanziaria "irresponsabile" di un utente potrebbe essere considerato una condizione sufficiente per etichettarlo come un debitore a rischio, il che potrebbe comportare per lui conseguenze significative, come l'accesso limitato al credito o la richiesta di garanzie più elevate. In questo scenario, la banca potrebbe classificare in modo proattivo il cliente come un debitore a rischio, poiché il suo comportamento finanziario si discosta dai parametri di rischio stabiliti.

Questa dinamica potrebbe manifestarsi anche in un'applicazione che offre prestiti online senza intermediazione umana (un arte-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

fatto regolativo digitale non-deontico che stabilisce se consentire o non consentire all'utente l'accesso al credito). In questo caso, la banca non utilizzerebbe semplicemente l'artefatto digitale per attirare l'attenzione dell'utente sulle regole tecniche per la gestione ottimale del patrimonio, ma delegherebbe alla macchina la valutazione del rischio creditizio di un potenziale debitore.

6. Gli artefatti regolativi digitali hanno il potere di plasmare il comportamento (sia degli agenti umani, sia degli agenti digitali) sia comunicando o creando stati di cose normativi o imponendo forme di azione, sia attribuendo specifici status agli utenti. Studiare gli artefatti regolativi digitali deontici e non-deontici rivela dinamiche complesse che contribuiscono in modo significativo all'organizzazione e alla regolamentazione della società nell'era digitale.

Il concetto di "artefatto regolativo digitale", così come ricostruito e analizzato in questo saggio, può essere uno strumento teorico applicabile nell'ambito della sociologia del diritto digitale [*sociology of digital law*]. La sociologia del diritto digitale è un campo di ricerca in rapida espansione dedicato all'identificazione di nuove strategie di regolamentazione sociale nel mondo digitale[31]. L'impiego della teoria degli artefatti regolativi, radicata nell'ontologia e nella semiotica delle norme[32], nell'ambito della sociologia del diritto digitale offre l'opportunità di comprendere il ruolo che i codici e le architetture digitali possono svolgere nel modellare la realtà sociale.

---

[31] H. Hydén, *Sociology of Digital Law and Artificial Intelligence*, in *Research Handbook on the Sociology of Law*, a cura di J. Přibáň, Cheltenham, UK: Elgar, 2020, pp. 357-368.

[32] Si veda il contributo fondamentale di Amedeo G. Conte, recentemente tradotto in inglese Conte, A.G., «Norm: Five Referents». *L'Ircocervo* 21(2), 2022, pp. 7-15; cfr. L. Passerini Glazel, *Le realtà della norma, le norme come realtà. Saggio di filosofia del diritto*, Milano, LED, 2020; E. Fittipaldi, *Norma. Una proposta di concettualizzazione per la sociologia del diritto e le altre scienze sociali*. Milano, LED, 2022; H. Hydèn, *Sociology of law as science of norms*, Routledge, 2023. Sulla relazione tra semiotica delle norme e l'ontologia delle norme si veda il recente saggio di P. Di Lucia e L. Passerini Glazel, *Towards a Sigmatics of the Word 'Norm': An Ontological Turn in the Semiotics of the Normative*, *International Journal for the Semiotics of Law - Revue Internationale de Sémiotique Juridique*, 36, 2022, pp. 83-104.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

Da una prospettiva sociologica, approfondire le implicazioni sociali degli artefatti regolativi digitali può fare luce su come influenzino le interazioni sociali, le dinamiche di potere e la distribuzione dell'autorità nel mondo digitale.

Lo studio dell'ontologia di questi artefatti, del loro impatto sull'azione umana e delle loro dimensioni deontiche e causali è rilevante sotto il profilo dell'ontologia sociale e della filosofia delle norme.

Inoltre, da un punto di vista giuridico (e di politica del diritto), l'evoluzione degli artefatti regolativi digitali richiede una rivalutazione delle tradizionali nozioni di governance, conformità e responsabilità, per proteggerci da forme di determinismo tecnologico che potrebbero escludere determinate persone dall'accesso a risorse specifiche o impedire l'esercizio di determinati diritti in base a criteri o parametri non verificabili, basati su valutazioni automatizzate o fondate su stereotipi e visioni distorte della realtà. Poiché gli artefatti regolativi digitali giocano un ruolo sempre più significativo nella costruzione della realtà sociale, devono essere sviluppati nuovi strumenti giuridici per governarne l'uso e mitigarne i rischi potenziali.

Infatti, sorgono sfide etiche e giuridiche, come la questione della privacy nell'era digitale[33] e l'ineguaglianza incorporata nell'automazione algoritmica[34], che rendono necessario un approccio critico e multidisciplinare per garantire regolazioni eque ed efficaci. In sostanza, lo studio degli artefatti regolativi digitali è destinato a esplorare forme emergenti di regolazione e richiede un'adeguata indagine, attraverso nuovi approcci multidisciplinari basati, su quadri teorici che possono essere forniti dalla sociologia, dal diritto, dalla filosofia, dall'etica e dall'ontologia sociale.

Abstract

Gli artefatti regolativi sono «artefatti materiali progettati e realizzati per regolare il comportamento». Oltre alla dimensione materiale presente in tutti gli artefatti regolativi, può esistere anche una dimensione digitale; in

[33] H.F. Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford, Stanford University Press, 2010.

[34] V. Eubanks, *Automating Inequality. How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, *op. cit*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

questo caso, possiamo parlare di "artefatti regolativi digitali." Gli artefatti regolativi digitali possono produrre vari tipi di regolamentazione. Alcune forme di regolamentazione hanno un carattere deontico, poiché influenzano il comportamento attraverso la creazione o la comunicazione di norme. Ad esempio, gli artefatti regolativi digitali possono indicare cosa è permesso o vietato in aree specifiche di una piattaforma digitale. In altri casi, gli artefatti regolativi digitali hanno una natura non deontica; ad esempio, i sistemi avanzati di assistenza alla guida, come la regolazione automatica della velocità, sono in grado di convertire automaticamente le norme in istruzioni che non sono rivolte all'utente, ma al sistema elettronico che controlla il veicolo. In questo caso, il codice attiva un meccanismo causale che determina automaticamente la riduzione della velocità indipendentemente dall'intenzione effettiva del conducente di seguire una regola. La trasposizione delle norme in meccanismi automatizzati è problematica, in quanto influisce sull'equilibrio tra l'efficienza tecnologica e la libertà individuale, rendendo necessaria una riflessione attenta sulle conseguenze etiche e sociali ad essa collegate.

Regulatory artifacts are «material artifacts designed and created to regulate behaviour.» In addition to their material dimension, regulatory artifacts can also have a digital dimension; in this case, they are "digital regulatory artifacts." These digital regulatory artifacts can produce different forms of regulations. Digital regulatory artifacts can be deontic if they influence human behaviour by creating or communicating norms. They can, for instance, indicate what is permitted or prohibited on a digital platform. Digital regulatory artifacts can also be non-deontic; for example, advanced driver-assistance systems, such as automatic speed regulation, can translate norms into instructions for the vehicle's electronic system. The code activates a causal mechanism that determines speed reduction regardless of whether the driver intends to follow a rule. The transposition of norms into automated mechanisms is problematical, since it affects the balance between technological efficiency and individual freedom, necessitating careful consideration of its ethical and social implications.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-7loddo

Giuseppe Lorini

IMMAGINI DELLA NORMATIVITÀ IN NORBERTO BOBBIO. RILEGGENDO *SCIENZA GIURIDICA TRA ESSERE E DOVER ESSERE* (1968)*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Prima direzione d'indagine della normatività: ontologia della norma. – 3. Seconda direzione d'indagine della normatività: la normatività della giurisprudenza in quanto scienza giuridica.

1. Nel saggio *Scienza giuridica tra essere e dover essere*[1], apparso sulla "Rivista internazionale di Filosofia del diritto" nel 1968, Norberto Bobbio affronta "la questione vecchia e sempre nuova" se la giurisprudenza (intesa come "attività degli esperti del diritto") sia una scienza normativa. Egli torna quindi alla questione della natura della scienza giuridica, una questione che era stata affrontata già prima di lui nella prima metà del XX secolo da Hans Kelsen e Eugen Ehrlich, ovviamente da punti di vista molto differenti.

Ma fa questo (come già ci dice il titolo) intersecando la questione della scienza giuridica con il tema della Grande divisione, della separazione tra essere e dover essere, ed in particolare si interroga sulla natura normativa della giurisprudenza intesa come scienza. Affrontando questa questione, questo saggio di Bobbio segna una dura critica ad un certo modello positivistico, che egli considera ormai obsoleto.

---

* Il presente scritto rielabora la relazione da me presentata al seminario "Riletture tra filosofia e sociologia del diritto: Norberto Bobbio, *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, 1968" tenutosi presso il Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università Statale di Milano l'11 luglio 2018.

[1] N. Bobbio, *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 45, 1968, pp. 475-486.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-8lorini

Bobbio parte da una particolare interpretazione della tesi che la giurisprudenza sia una scienza normativa: l'idea che la giurisprudenza produca norme e "abbia la funzione di creare nuovo diritto". E aggiunge Bobbio: "In questa […] accezione 'normativo' può essere opportunamente sostituito da 'prescrittivo'" (p. 475).

Il saggio è dedicato interamente a chiarire questa tesi che Bobbio sostiene e difende in contrasto con il "dogma della teoreticità della scienza giuridica", un dogma che egli sostiene essere in disarmo come "altri pezzi della teoria positivistica": "la giurisprudenza, ad onta dei modelli, ha sempre svolto, ora più ora meno, una funzione, primaria o secondaria, di fonte del diritto" (p. 478). Questo dogma, peraltro, era già stato sotto attacco all'inizio del secolo preso di mira dall'*école scientifique* di François Gény e anche dalle teorie psicologiche e sociologiche del diritto di Leon Petrazycki e Eugen Ehrlich che avevano dato ampio spazio alla dottrina come possibile fonte del diritto[2].

Due osservazioni preliminari alla tesi della normatività della giurisprudenza sostenuta da Bobbio. Due *curiosa* sulla giurisprudenza come scienza.

(*i*) *La natura paradossale della giurisprudenza come scienza normativa*. In primo luogo, se la giurisprudenza è una scienza che produce norme, ed essa è una scienza che studia le norme, allora la giurisprudenza è una scienza che produce (in parte) il suo oggetto. L'oggetto della scienza giuridica, a differenza dell'oggetto delle altre scienze, è parzialmente creato dalla scienza stessa. Una peculiarità certamente curiosa della scienza giuridica: la biologia, ad esempio, in quanto teoria degli organismi viventi non può certo produrre il proprio oggetto. (Per inciso, questa osservazione mi ricorda quanto ironicamente Kelsen scrive a proposito dell'autointerpretazione del materiale sociale[3]: lo scienziato del diritto, a differenza dello scienziato

[2] Cfr. F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 4 voll., Paris, 1914-1924; L. PETRAŻYCKI, *Law and Morality*, ed. by N.S. Timasheff, Cambridge, Mass., 1955; E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1913.

[3] Il riferimento è a H. KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934, pp. 3-4.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-8lorini

naturale, può ricevere informazioni sul proprio oggetto dall'oggetto stesso che egli studia. Un botanico, a differenza di un giurista, non può certo ricevere informazioni dalla pianta che vuole catalogare).

(*ii*) *Retroazione sul concetto stesso di scienza*. In secondo luogo, se è vero che la giurisprudenza è una scienza normativa (una scienza che produce norme), questa tesi retroagisce sulla definizione stessa di scienza. "Una vera scienza deve essere solo descrittiva" sembra essere una sorta di enunciato eidetico sulla scienza. (Viene sollevata qui una questione per i filosofi della scienza.)

Il punto però sul quale vorrei concentrare la mia attenzione è un filo tematico che attraversa la trama concettuale del discorso di Bobbio, affiorando solo in alcuni punti: la questione della natura della normatività. Questa questione, secondo me, si articola in due direzioni di ricerca nel saggio di Bobbio.

La prima direzione di ricerca riguarda l'*ontologia della norma*. Se la giurisprudenza è intesa come scienza che produce norme, se il giurista può creare norme, ci si può domandare: Che cos'è una norma? Che tipo di realtà è una norma? Che cosa sono queste norme che la giurisprudenza produce?

La seconda direzione di ricerca riguarda, invece, *la normatività della giurisprudenza in quanto scienza giuridica*. Bobbio, infatti, si sofferma anche sulla natura normativa/prescrittiva della giurisprudenza in quanto, come scrive Bobbio, "la metagiurisprudenza attuale, attuando la propria vocazione di descrivere, scopre che la giurisprudenza non descrive ma prescrive" (p. 479). All'interno di questa indagine, Bobbio propone una interessante dicotomía concettuale che vale la pena di esaminare.

2. Come è noto, i primi risultati della ricerca di Bobbio sulla norma appaiono 10 anni prima nel libro *La teoria della norma giuridica*, dove egli presenta in maniera organica la sua idea della norma come "proposizione prescrittiva"[4]. Nel saggio del 1968, troviamo invece, come ho già anticipato, alcune tessere per un'immagine della norma in quanto prodotto ed oggetto della giurisprudenza. Forse si potrebbero ricostruire così.

[4] Cfr. N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-8lorini

(*i*) La prima tessera è la *natura documentale* della norma. A p. 481, per tre volte Bobbio ripete l'idea che i documenti di cui si occupa il giurista siano le norme di un dato sistema. Questa idea qui appena accennata troverà uno sviluppo nel libro di Giovanni Tarello *L'interpretazione della legge* apparso nel 1980[5], dove Tarello indaga la relazione tra documento normativo e norma, tra documento normativo e la norma che il documento esprime[6].

(*ii*) La seconda tessera è la *natura testuale-segnica* della manifestazione della norma. Bobbio scrive che le norme sono "atti umani intenzionali e l'intenzione non è accessibile se non mediante l'interpretazione dei segni attraverso cui si manifesta: tali segni possono essere ambigui, imprecisi, confusi, insufficienti, o addirittura intenzionalmente ingannevoli" (p. 481).

"I segni con cui ha a che fare il giurista, come del resto il filologo, sono segni linguistici" (pp. 481-482).

(*iii*) E qui la terza tessera: la *natura linguistica* della norma. Il saggio è interamente attraversato da una immagine "logocentrica" della norma. Bobbio esamina la normatività, ed in particolare la prescrittività, in quanto una delle funzioni del linguaggio. Egli presenta quasi un'indagine illocutiva della normatività, riprendendo la teoria della performatività di J.L. Austin. Si veda, ad esempio, p. 483, dove Bobbio si interroga sulle funzioni del linguaggio, domandandosi: "A cosa serve il linguaggio?"

A questa terza immagine della norma vorrei muovere una critica che nasce in particolare da alcune recenti ricerche sulla natura non-necessariamente linguistica delle norme: l'indagine dei disegni nor-

[5] G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

[6] Si tratta di un tema che sarebbe interessante approfondire alla luce anche delle nuove ricerche di ontologia sociale sulla documentalità inaugurate dal filosofo inglese Barry Smith. Cfr. B. Smith, *The Ontology of Documents*, in *Proceedings of the Conference on Ontology and Analytical Metaphysics, February 24-25*, a cura di M. Okada, Tokyo, Keio University Press, 2011, pp. 1-6; B. Smith, *How to Do Things with Documents*, in *Rivista di Estetica*, 50, 2012, pp. 179-198; B. Smith, O.G. Loddo e G. Lorini, *On Credentials*, in *Journal of Social Ontology*, 6, 1, 2020, pp. 47-67. In filosofia del diritto il tema è stato recentemente esplorato anche da Michał Dudek, in M. Dudek, *Law Without Matter? The Immateriality Thesis: A Critical Commentary*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 36, 2023, pp. 2455-2483.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-8lorini

mativi e delle norme disegnate, da una parte, e l'indagine delle norme in società animali, quindi in società che non possiedono un linguaggio, dall'altra[7].

3. Nuova mi sembra, invece, la seconda direzione d'indagine della normatività, cioè l'indagine della normatività della scienza giuridica.

Ecco il punto di partenza di questa riflessione di Bobbio: "[L]a teoria positivistica partiva da un concetto ristretto di fonte del diritto, intendendo con questa espressione soltanto atti e fatti che producono norme in modo imperativo, cioè vincolanti o obbligatorie per coloro cui si rivolgono" (p. 483).

Ma si domanda: "[E]scludere che la giurisprudenza produca regole imperative significa dare senz'altro per scontato che abbia una funzione meramente descrittiva?" (p. 483). Certamente no. Come dice Bobbio, restando all'interno di questa sua immagine linguistica e logocentrica della norma, ci sono altri modi, altre "forme linguistiche non-imperative" che possiamo adoperare per influire sul comportamento umano.

Scrive Bobbio: "Qui basta richiamare l'attenzione sul fatto che certamente il modo imperativo è soltanto uno di questi modi" (p. 483).

Ma secondo Bobbio allora, "negare che la giurisprudenza abbia una funzione imperativa non conduce affatto alla conseguenza che essa non abbia una funzione prescrittiva" (p. 483), cioè una funzione normativa.

---

[7] Sull'indagine dei disegni normativi e delle norme disegnate, cfr. G. Lorini, *La norma disegnata*, in *Realtà, verità, rappresentazione*, a cura di P.L. Lecis, V. Busacchi e P. Salis, Milano, 2015, pp. 341-350; G. Lorini e S. Moroni, *How to make norms with drawings: An investigation of normativity beyond the realm of words*, in *Semiotica*, 233, 2020, pp. 55-76. Sulla indagine della normatività nel mondo degli animali non-umani, cfr. G. Lorini, *Il comportamento nomico degli animali non-umani: verso un'etologia della normatività*, in *Sociologia del diritto*, 44, 3, 2017, pp. 77-105; G. Lorini e A. Loi, *Oltre l'umano: la giustizia nel mondo animale*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 5, 2023, pp. 75-102. In relazione alle ricerche sulla natura non-linguistica delle norme si veda anche P. Di Lucia e L. Passerini Glazel, *La norma come status deontico. Una svolta ontologica nella semiotica del normativo*, in *L'Ircocervo*, 21, 2, 2022, pp. 77-109.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-8lorini

Egli sostiene quindi che vi sia una via di mezzo tra i due estremi individuati dal positivismo kelseniano: da una parte "l'opera del teorico che tende a dare una rappresentazione esatta di un dato sistema giuridico" e, dall'altra, "l'opera degli organi muniti d'autorità che impongono certe norme ricorrendo in caso di violazione al massimo potere coattivo esistente in un determinato gruppo sociale" (p. 483).

Bobbio individua questa terza via operando, all'interno della Grande divisione, un'ulteriore divisione all'interno del prescrittivo tra "persuadere" e "imporre", che, secondo lui, "non è meno storicamente e socialmente significativa"[8]. Infondo, si tratta della distinzione tra la modificazione del comportamento umano ricorrendo più alla ragione e meno all'autorità rispetto a quella ottenuta facendo leva più sull'autorità e meno alla ragione. (p. 484) Come mi suggerisce Edoardo Fittipaldi, curiosamente queste due vie fanno riferimento nel lessico di Austin a due differenti momenti dell'atto linguistico: l'imporre all'*atto illocutivo*, il persuadere all'*atto perlocutivo*[9].

Secondo Bobbio, questa distinzione è stata spesso tematizzata con le distinzioni concettuali tra *consilium* e *praeceptum*, tra *vis directiva* e *vis coactiva*, tra norme imperative e raccomandazioni (nel diritto internazionale).

La giurisprudenza non ha, secondo Bobbio, una funzione imperativa, ma ciò non esclude che possa avere comunque una funzione prescrittiva (una funzione normativa): "[l]a giurisprudenza esercit[a] una pressione sociale" (p. 484). Forse si potrebbe dire "una pres-

[8] Nel 1968 Bobbio suggerisce la possibilità di distinguere, all'interno della grande divisione, fenomeni che rendono possibile una modificazione del comportamento umano spesso trascurati e per questo indistinti. Qui Bobbio tocca un'area grigia dove la fenomenologia del "regolativo" si interseca con la fenomenologia del "normativo". All'indagine della relazione e della distinzione tra regolatività e normatività sono dedicati alcuni recenti studi. Si vedano, ad esempio, G. Lorini e S. Moroni, *Ruling without Rules. Not Only Nudges. Regulation beyond Normativity*, in *Global Jurist*, 20, 3, 2020, pp. 1-11; G. Lorini e S. Moroni, *Rule-free regulation: Exploring regulation 'without rules' and apart from 'deontic categories'*, in *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 52, 1, 2021, pp. 22-32; G. Lorini, S. Moroni e O.G. Loddo, *Regulatory Artifacts: Prescribing, Constituting, Steering*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 36, 1, 2023, pp. 211-225.

[9] Cfr. J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, London, Oxford University Press, 1962.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-8lorini

sione normativa". Ciò spiega, ad esempio, la modificazione degli indirizzi giurisdizionali che prendono le mosse da nuovi orientamenti giurisprudenziali. In questo modo, la giurisprudenza, "concorr[e] alla formazione di regole che possono entrare a far parte del sistema" e sembra quindi che "le possa essere attribuita una funzione prescrittiva" (p. 484).

Abstract

Nel saggio *Scienza giuridica tra essere e dover essere* (1968), Norberto Bobbio affronta la questione se la giurisprudenza sia una scienza normativa. Il presente scritto propone una rilettura del saggio secondo due direzioni di ricerca che riguardano entrambe la normatività. La prima direzione di ricerca riguarda l'*ontologia della norma*. La seconda direzione di ricerca riguarda, invece, *la normatività della giurisprudenza in quanto scienza giuridica*.

In his essay *Scienza giuridica tra essere e dover essere* (Legal science between 'Is' and 'Ought') (1968), Norberto Bobbio addresses the issue of whether legal science is a normative science. This paper proposes rereading Bobbio's essay according to two research directions, both of which concern normativity. The first research direction concerns the *ontology of the norm*, and the second research direction concerns *the normative nature of legal science*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-8lorini

Daniela Pappadà

L'AVAMPROGETTO SULL'INTRODUZIONE DEL TRUST IN SVIZZERA: QUALI RISVOLTI PER L'ITALIA?*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Gli istituti affini al trust nell'ordinamento svizzero. – 3. I precedenti tentativi di introduzione di una normativa sul trust. – 4. L'avamprogetto posto in pubblica consultazione. – 5. I profili fiscali. – 6. L'iniziativa svizzera a raffronto con Francia e Italia. – 7. Rilievi d'insieme.

1. Nei primi 4 mesi del 2022, il Dipartimento federale di giustizia e polizia elvetico ha tenuto aperta una fase di consultazione pubblica in ordine ad un avamprogetto relativo all'introduzione del trust nell'ordinamento svizzero.

Gli esiti della consultazione non sono stati entusiasmanti vista la scarsa partecipazione e considerato che la maggior parte dei rilievi riguarda la disciplina fiscale prevista; quest'ultima è ampiamente criticata al punto che non è stato facile per il Consiglio Federale scegliere se abbandonare l'intero progetto, vista la quasi unanimità delle contestazioni, o affrontare i principali nodi fiscali e portare a compimento l'*iter*[1].

L'iniziativa elvetica si mostra interessante perché la Svizzera si

* Il presente contributo è stato realizzato nell'ambito delle attività svolte in seno alla sezione di diritto comparato del Centro di documentazione europea dell'Università degli Studi di Cagliari. Presentato il 4.10.2023.

[1] L'assenza di qualsivoglia provvedimento dopo oltre un anno dalla chiusura della consultazione fa ritenere che le difficoltà siano rilevanti. In particolare evidenziano che l'*iter* legislativo non è formalmente avviato in assenza del messaggio del Consiglio federale all'indirizzo dell'Assemblea federale, F. Giorcelli, S. Genini, R. Strobl, J. Tron, *Introduzione dell'istituto del trust nel diritto svizzero*, in *Novità fiscali*, gennaio 2023, 3-8, ISSN 2235-4573.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

trova in una situazione simile a quella italiana: ha ratificato la Convenzione de l'Aja[2], conosce largamente la diffusione di trust retti da leggi straniere[3] ma non ha una normativa propria sul trust. Sono peraltro presenti i principi del numero chiuso dei diritti reali e della responsabilità generale del debitore, i medesimi che hanno alimentato (e talvolta ancora alimentano) il dibattito italiano circa l'ammissibilità del trust in un ordinamento siffatto. Ne è conseguita, anche in Svizzera, una polarizzazione del confronto tra quanti ritengono che sia sufficiente *riprendere* istituti già presenti nel sistema (la fiducia o la fondazione) per raggiungere le medesime finalità perseguite con il trust e quanti reputano necessaria una adeguata regolamentazione che disciplini in maniera compiuta il trust svizzero[4].

---

[2] Convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, 1.7.1985, ratificata in Svizzera con decreto federale che la approva e traspone nel diritto svizzero, RU 2007 2849, disponibile *https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2007/374/it*. Già prima della sua ratifica, il dibattito dottrinale riconosceva l'ammissibilità del trust, v. F. GUILLAUME, *Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite* in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2000, 1-36.

[3] Unica differenza a questo proposito è che, mentre l'Italia conosce la figura del trust interno (in cui tutti gli elementi oggettivi e soggettivi sono italiani fuorché la legge regolatrice), in Svizzera più frequentemente assets e trustees sono svizzeri ma non lo sono i disponenti. La ragione non risiede in motivi culturali o legali ma meramente fiscali. In questo senso v. L. THÉVENOZ, *A swiss perspective*, in *Trusts & Trustees*, 2013, 296-301.

[4] Si è avuta una vera e propria distinzione fra cantoni ed anche fra le Università svizzere. In sintesi è possibile dire che mentre la Svizzera tedesca ha assunto posizioni al suo interno differenti, la Svizzera italiana ha accolto in modo positivo il progetto di introdurre uno strumento moderno e versatile. La Svizzera francese ha, invece, espresso una diffidenza generalizzata se non una ferma opposizione ("rappresenterebbe un rischio per la reputazione e le finanze della Svizzera, poiché è di notorietà –pubblica che il suo utilizzo può avere uno scopo d'evasione fiscale e di frode in materia successoria"), il che "stona" con la grande presenza di trustees proprio a Ginevra e Losanna. Anche le due Università presenti in queste città hanno criticato fortemente il progetto, in particolare quella di Losanna che sostiene che vi sia a incompatibilità con il *numerus clausus* dei diritti reali e con la eventuale permanenza della proibizione delle fondazioni di famiglia; meno perentoria la posizione dell'Università di Ginevra probabilmente per la presenza al suo interno del Professor Luc Thévenoz, che ha partecipato alla stesura del progetto. L'Università di Zurigo ha invece richiamato l'attenzione a che l'introduzione del nuovo istituto avvenga in maniera armonica e coerente con il vigente ordinamento. V. la ricostruzione operata da GIORCELLI, GENINI, STROBL, TRON, *Introduzione dell'istituto del trust nel diritto svizzero*, cit.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

2. Sebbene non presente né nel codice civile né in quello delle obbligazioni, nel mondo degli affari svizzero opera la *fiducie*, «*une institution étonnamment résiliente de notre ordre juridique*»[5]. Difatti il Consiglio federale, già nel 2005 al momento della ratifica della Convenzione de l'Aja, nel rimarcare le differenze rispetto al trust, dà atto della sua presenza nell'ordinamento[6].

La comunanza (tra *fiducie* e trust) di 3 tratti essenziali ha portato parte della dottrina svizzera, guidata dal Prof. Luc Thévenoz[7], a ritenere possibile modificare la struttura attuale della prima in modo che essa possa garantire gli effetti principali che ci sia aspetta dal secondo. La *fiducie* offre infatti – al pari del trust – un rapporto duraturo, porta ad esistenza un patrimonio distinto e crea una dissociazione fra la titolarità giuridica di un patrimonio ed il beneficio derivante da quest'ultimo. Si tratta di un contratto fra fiduciante e fiduciario che può essere stipulato con finalità di gestione o di garanzia, ma mai con scopo di trasmissione in favore di terzi o con fine astratto (anche se di pubblica utilità). Secondo la citata dottrina, l'at-

[5] In questi termini L. THÉVENOZ, *Proposition pour un trust suisse* in *Revue de droit des affaires et du marché financier*, 2018, vol. 90, n. 2, 99-112.

[6] «Le trust constitue un rapport de fiducie. Il se distingue, cependant, de la fiducie au sens du droit suisse par deux caractéristiques importantes. D'abord, le trust n'est pas fondé sur un contrat mais sur un acte juridique unilatéral qui – nous l'avons déjà dit – peut être l'objet d'un testament […] Une autre différence essentielle par rapport à la fiducie est que, sauf cas exceptionnels, le trust n'est pas lié à la personne du fiduciant ni à celle du fiduciaire, mais constitue un patrimoine distinct et autonome». *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 2 décembre 2005*, disponibile *https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/54/fr*.

[7] Il prof. Luc Thévenoz ha, da sempre, rimarcato il fatto che Svizzera e Italia si sono distinte dal resto dei paesi di *civil law* europei in quanto hanno scelto di riconoscere operatività ed effettività al trust retto da leggi straniere senza crearne un avatar. Tutto ciò partendo dalla convinzione secondo la quale in ogni ordinamento vi è la fondamentale necessità di distinguere il controllo e la gestione di alcuni beni dal godimento dei benefici da essi derivanti. In questo senso, v. THÉVENOZ, *A swiss perspective* in *Trusts & Trustees*, cit. il quale aggiunge «that may explain why Professor Maurizio Lupoi and I are the only two Continental lawyers invited to address you today». L'intervento è avvenuto in occasione della *Trust Law Committee conference, The Future of Trusts*, svoltasi ad Aprile 2012. Nella medesima circostanza il prof. Maurizio Lupoi ha rimarcato la natura di laboratorio dell'ordinamento italiano, v. M. LUPOI, *Trusts in Italy as a living comparative law laboratory* in *Trusts & Trustees*, 2013, 19, 302-308.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

tuale disciplina mostra una debolezza che può essere superata, ripensando e riscrivendo le norme senza necessità di attingere a nozioni estranee all'ordinamento.

Uno dei punti nodali sui quali intervenire è dare riconoscimento al rapporto (fiduciario) che viene in essere fra fiduciario e beneficiario, conferendo adeguata autonomia rispetto al rapporto contrattuale (fiduciante-fiduciario) dal quale quello fiduciario origina[8]. Ritenere che la *fiducie* (intesa come insieme di obbligazioni fiduciarie) sia un rapporto distinto dal contratto a monte porta a sostenere che essa possa essere creata anche con altri atti giuridici, ad esempio con una disposizione *mortis causa* o con un atto unilaterale del fiduciante che si obbliga a detenere alcuni beni a titolo fiduciario in favore di un terzo. In altre parole, occorre superare la confusione secondo la quale il rapporto fiduciario coincide con il contratto che lo crea. Quanto, invece, all'esistenza di un patrimonio fiduciario separato e destinato agli interessi dei beneficiari, si ritiene opportuno fare espressa menzione del principio di surrogazione reale dei beni acquistati in sostituzione di quelli inizialmente posti in *fiducie* e altrettanto necessario dar conto dell'esistenza di un tale patrimonio in maniera non difforme da quanto già legislativamente previsto in altri casi[9].

Infine ulteriore riflessione merita l'ipotesi di introduzione della *fiducie* a scopo di liberalità (*fiducie-transmission*) la quale, non è consentita in ragione di lacune della disciplina attuale ma anche per il suo contrasto con gli artt. 335[10] e 488[11] c.c., vale a dire rispettiva-

[8] V. in questo senso THÉVENOZ, cit., il quale rimarca come il fatto che la *fiducie* diventi il rapporto duraturo fra fiduciario e beneficiario rappresenta un'allusione diretta all'art. 2 della Convenzione de l'Aja e questo non è frutto di una coincidenza. Ne consegue la necessità di disciplinare adeguatamente obblighi e diritti del fiduciario.

[9] Non si tratterebbe di una innovazione legislativa inaspettata ma della conseguenza logica di un cammino intrapreso oltre 50 anni fa secondo THÉVENOZ, cit., il quale cita come primo esempio la legge sui fondi di investimenti del 1966.

[10] Art. 335 c.c. 1 Possono essere erette delle fondazioni di famiglia secondo le norme del diritto delle persone o del diritto successorio, nel senso che si possono dedicare dei beni a beneficio di una famiglia per le spese di educazione, dotazione od assistenza dei suoi membri o per altro simile fine. 2 L'erezione di fedecommessi di famiglia non è più permessa.

[11] Art. 488 c.c. 1 Il disponente può obbligare l'erede istituito a trasmettere l'e-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

mente il divieto di fidecommesso familiare e delle fondazioni di famiglia e la limitazione ad una generazione della sostituzione fedecommissaria. Anche su questi profili, la citata dottrina propone delle soluzioni suggerendo l'introduzione di una durata massima della *fiducie-transmission* ed il riconoscimento della facoltà (per il fiduciante) di attribuire diritti o aspettative ai beneficiari; allo stesso tempo, essa evidenzia che l'introduzione di una *fiducie* siffatta non limita né contrasta le norme sulla riserva ereditaria, né riduce la protezione dei creditori del fiduciante[12]. Si ritiene poi che il ventaglio di situazioni che possono realizzarsi in costanza di una *fiducie-transmission* richiede il coinvolgimento della volontaria giurisdizione di tribunali civili atteso che le clausole contrattuali non possono disciplinare tutte le ipotesi e che può essere necessaria l'interpretazione di una clausola ambigua[13]. Tutt'altro che trascurabili sono, infine, i risvolti fiscali di un'operazione fiduciaria con finalità di trasmissione del patrimonio; su di essi si invoca l'applicazione del principio della neutralità onde evitare che, come accade per il trust, il profilo fiscale sia determinante (poiché penalizzante) per i cittadini svizzeri[14].

L'altro istituto che può essere utilizzato per raggiungere finalità analoghe a quelle consentite dal trust (ed in particolare quello di famiglia cui l'avamprogetto sembra rivolto) è la fondazione di famiglia[15]. Nella versione vigente, l'art. 335 codice civile vieta le fonda-

---

redità ad un altro quale erede sostituito. 2 Tale obbligazione non può essere imposta al sostituito. 3 Le stesse regole valgono per i legati.

[12] A questo proposito l'A. rimarca che l'assenza di giurisprudenza sul punto dimostra che il danno alle posizioni dei creditori non è il principale problema posto in Svizzera da trust stranieri, v. THÉVENOZ, *Proposition pour un trust suisse* in *Revue de droit des affaires et du marché financier* cit., 111.

[13] Anche in questo caso, secondo L. Thévenoz, non vi è nulla di nuovo rispetto a quanto accade già ora quando i tribunali svizzeri si pronunciano sulla *fiducie*, consacrandola a livello giurisprudenziale.

[14] Ancora L. Thévenoz ipotizza anche due soluzioni di facile realizzazione: una secondo la quale il fiduciante, in ossequio al principio di trasparenza, può scegliere di assimilare il patrimonio fiduciario ad una fondazione e l'altra di consentire il prelievo dell'imposta sul reddito e sul patrimonio in capo al fiduciario. V. THÉVENOZ, *Proposition pour un trust suisse* in *Revue de droit des affaires et du marché financier*, cit., 112.

[15] In questo senso, anche N. PETER, *Introduction of a trust law in Switzerland* in *Trusts & Trustees*, 2019, 25, 578-586 la quale afferma che, come per il Liechten-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

zioni di famiglia che hanno scopi ulteriori rispetto a quelli di far fronte ai costi di istruzione, dote e sostentamento di alcuni membri[16]. In sostanza, è vietato l'accumulo di beni a vantaggio di una specifica famiglia per un lasso di tempo illimitato[17] mentre, in caso di previsioni a vantaggio di singoli membri della famiglia, ben individuati, non varrebbe il divieto sancito dall'art. 335 c.c.[18]. L'incertezza del

---

stein, è impossibile realizzare un trapianto di trust. Inoltre aggiunge che, in assenza di un cambiamento delle norme sulla successione necessaria, anche il nuovo strumento (trust svizzero) incontrerebbe i medesimi limiti e non potrebbe essere utilizzato, sebbene in presenza di apposita legislazione. La stessa A. dubita che si possano aprire nuovi spazi ed opportunità professionali a seguito dell'introduzione legislativa del trust svizzero; allo stesso modo, ritiene che non vi sarebbe un accrescimento del mercato perché se anche un cittadino svizzero volesse istituire un trust non ci sarebbero nuovi beni (poiché verosimilmente già presenti in Svizzera) né nuove occasioni di lavoro per le banche. Sotto questo profilo, parrebbe pertanto più urgente una adeguata legislazione in punto di svolgimento del ruolo, o della professione di trustee, che non una legislazione sul trust. Sul punto: «It is more important that the Swiss trust industry markets itself as a jurisdiction providing high standards of trusteeship, unparalleled expertise in the field of wealth management, and due protection of individuals' rights to confidentiality within the boundaries of international laws». Ciò è avvenuto e, dal 1° gennaio 2020 per effetto della legge sugli istituti finanziari (LIsFi) del 15.6.2018 *https://rivistataf.eu/documenti/Legge%20sugli%20istituti%20finanziari,%20LIsFi%20-%20Legge%20federale%2015%20giugno%202018,%20_1656662446*), i trustee professionali sono stati classificati nell'alveo degli istituti finanziari, posti sotto la supervisione dell'autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA) e soggetti a obbligo di licenza. Si noti che sono esclusi quanti svolgano il ruolo di trustee nell'interesse di soggetti cui sono legati da rapporti economici o familiari. V., sul punto, M. Jeni, *Sull'ordinamento del trustee professionale in Svizzera*, in *Trusts*, 2022, 790-796. Più in generale sugli obblighi del trustee nel diritto svizzero (antiriciclaggio, protezione dei dati, fiscali e acquisizione immobili) v. P. Bernasconi, *Obblighi del trustee in diritto svizzero: novità legali e giurisprudenziali* in *Trusts*, 2020, 624-635.

[16] V. nota n. 10.

[17] In pratica non sono viste di buon occhio le fondazioni che hanno, come unico e principale scopo, quello di garantire un alto e piacevole tenore di vita.

[18] Al momento dell'adozione del codice civile svizzero, ci fu un compresso per quanto concerne il fidecommesso vietato salvo l'ipotesi in cui fosse stato già istituito prima dell'entrata in vigore del codice. E, da questo, il Tribunale Federale Suprema, nel 2009 (sentenza 135 III 614), ha arguito che se il legislatore dell'epoca ha deciso in questo modo, è perché – in fondo – questo istituto non offende in maniera insopportabile la morale e il senso del diritto prevalente in Svizzera (testualmente «les mœurs et le sentiment du droit suisse»); anche perché non viola valori

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

dato ha fatto sì che l'istituto non venisse usato, anche in ragione delle norme che restringono fortemente la libertà testamentaria, e che fossero preferiti altri strumenti quali le fondazioni del Liechtenstein[19] o i trusts. Da più parti si è ritenuto che si tratta di una norma ormai datata che può essere agevolmente rivista[20], attraverso l'introduzione di un limite temporale (ad esempio 100 anni) per l'esistenza di una fondazione ed un nuovo approccio fiscale che scongiuri una tassazione in due momenti (all'atto della dotazione del fondo ed al momento della distribuzione ai beneficiari).

L'attuale situazione della fondazione di famiglia contrasta con i probabili sviluppi positivi di tutte le altre fondazioni[21], a seguito della riforma avvenuta nel 2021 portatrice di maggiore liberalizzazione[22]. Non è mancato chi ha evidenziato come uno sviluppo così altalenante sia poco proficuo, dovendosi – al contrario – offrire soluzioni per tutti gli scopi di pianificazione legittimi (inclusi quelli familiari) sia pur nel rispetto delle regole di trasparenza e *governance*[23]. L'attenzione è, quindi, rivolta a due interventi legislativi già in atto: da un lato, la riforma delle norme sulla successione necessaria in or-

---

fondamentali dell'ordinamento giuridico (tutelati dall'art. 18 LDIP55), considerato che i problemi della lotta all'ozio e della proliferazione dei beni in regime di manomorta, «sont aujourd'hui dépassées» *https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/it/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F135-III-614%3Ade&lang=it&zoom=&type=show_document*. Per un raffronto su trust e fondazioni di famiglia v. P. Bernasconi, *Trust e fondazioni di famiglia: novità dalla Svizzera* in *Trusts e attività fiduciarie*, collana Quaderni, 2018, n. 13, 153-179.

[19] Anche sotto il profilo fiscale, è preferibile questo strumento poiché consente al fondatore di mantenere controllo sulla fondazione (o sui beni in essa collocati) in regime di trasparenza fiscale, raggiungendo al contempo i propri scopi.

[20] N. Peter, *Family foundation in Switzerland* in *Trusts & Trustees*, 2020, 26, 580-589.

[21] A tutti di tipi di fondazioni si applicano gli artt. 80-89 del codice civile svizzero. Spesso le fondazioni svolgono attività commerciali o hanno partecipazioni in una società; l'imprenditore può infatti decidere di creare una fondazione per scopi sociali o politico-sociali.

[22] Decisione federale 22.2.2021, FF 2021 486 *https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/486/it*, rif. Iniziativa parlamentare *Fondazioni. Rafforzare l'attrattiva della Svizzera* FF 2021 485 *https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/485/it*.

[23] D. Jakob, L. Brugger, *Swiss Foundation Law - Tightrope act between freedom and regulation* in *Trusts & Trustees*, 2022, 28, 596-602.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

dine alla quale sperare in una "limatura" dell'art. 335 c.c.[24], dall'altro l'avamprogetto sull'introduzione del trust che dovrebbe indurre il medesimo legislatore ad intervenire prima sulla disciplina delle fondazioni di famiglia e poi sul trust[25]. Questo anche per scongiurare una situazione di contrasto fra norme e principi che si potrebbe avere se l'introduzione della disciplina sul trust avvenisse in assenza di un cambiamento delle norme sulla fondazione di famiglia. Tanto più che, già nel 2009, il Tribunale federale ha sancito il riconoscimento delle fondazioni del Liechtenstein argomentando che l'art. 335 c.c. non rappresenta una c.d. *lois d'application immédiate*[26]. Un'interpretazione differente delle fondazioni di famiglia svizzere sarebbe difficilmente giustificabile.

3. La Svizzera ha ratificato la Convenzione de l'Aja solo nel 2007[27], sebbene le sue corti riconoscano l'istituto dal lontano 1874 e

[24] Una prima parte della riforma è già entrata in vigore (dal 1.1.2023) v. 18.069 AS 2021 312 *https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2021/312/fr*; si spera che la parte successiva definita «elementi tecnici» possa includere una riforma dell'art. 335 c.c.

[25] In questi termini, v. JAKOB, BRUGGER, *Swiss Foundation Law - Tightrope act between freedom and regulation*, cit.: «a Swiss trust law would be a "nice to have", a reform of the Swiss family foundation, however, is a "must have"».

[26] Sentenza 135 III 614, v. *supra* nota n. 18.

[27] Già nel 2003 era stata presentata una mozione, da parte del gruppo liberale radicale, in cui si sosteneva che fosse «giunto il momento di decidere se, oltre alla ratifica della Convenzione, vi è la necessità di integrare nell'ordine giuridico svizzero anche una legislazione dettagliata sull'amministrazione fiduciaria e il trust». L'intento è, anche in questo momento, quello di rafforzare la piazza finanziaria rendendo più trasparente, e quindi più sicura, la situazione giuridica relativa ai trust stranieri in Svizzera. V. mozione 3.3233 come riassunta nella banca dati degli atti parlamentari dell'assemblea federale svizzera, *https://www.parlament.ch/it/ ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20033233*. Sull'assenza, nel testo di ratifica, dell'art. 13 della Convenzione de l'Aja proprio al fine di evitare qualsiasi incertezza sul riconoscimento del trust all'interno del foro, v. M. GRAZIADEI, *Recognition of common law trust in civil law jurisdiction under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience*, in L. SMITH (cur.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, 2012, 64. (Testualmente art. 13: Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi significativi, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del trustee, siano collegati più strettamente alla legge di Stati che non riconoscono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

le sue piazze finanziarie siano state, altresì da lungo tempo, scelte da una clientela internazionale per la gestione delle proprie ricchezze[28]. Contestualmente alla citata ratifica, viene modificata la legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP), con l'aggiunta di un nuovo capitolo 9a sui trust (art. 149a-149e LDIP). Sempre nel 2007 vengono affrontati i profili fiscali del trust attraverso la circolare n. 30 della Conferenza svizzera delle imposte (CSI)[29]. In quel momento, in Svizzera, si ritiene che non è necessaria né auspicabile una legge svizzera sui trusts[30]. Autorevoli commentatori ritenevano che ciò non avrebbe rappresentato un'ulteriore opportunità per gli investitori stranieri (già presenti nel mercato svizzero) ma avrebbe contribuito a diffondere l'idea di trust «volgarizzandola, senza che in questo vi fosse nulla di volgare»[31]. Eppure i dati dimostravano già all'epoca la cospicua presenza del trust, il cui potenziale è stato stimato in 2.048 miliardi di franchi, pari al 56% del patrimonio privato detenuto dalle banche svizzere[32].

---

[28] La sentenza del *Tribunal de Commerce* ginevrino, caso Pught et Weatchers c. Syndic Schlesinger, è richiamata da F.B. D'USSEAUX, *La ratifica della Convenzione de l'Aja nell'ordinamento svizzero* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, 652-654: v. anche M. LUPOI, *La Svizzera e la Convenzione de l'Aja del 1985*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 151-160.

[29] Circolare della Conferenza fiscale svizzera n. 30, *Imposizione dei trust*, 22.8.2007, reperibile *https://www.estv.admin.ch/estv/it/home/imposta-federale-diretta/informazioni-specifiche-ifd/circolari.html.*

[30] «SATC does not propose that a Swiss law on trusts is necessary or desirable. SATC would propose that Switzerland may grow its own "trust industry" by marketing itself as a jurisdiction providing high standards of trusteeship, unparalleled expertise in the field of wealth management, due protection of individuals' rights to confidentiality within the boundaries of international laws and – under these proposals – a unique and effective regime of regulation.», in questi termini *White Paper on the Regulation of Trustees in Switzerland* adottato dalla SATC (Swiss Association of Trust Companies) nel Maggio 2012, *https://www.step-ch-fl.com/publications/articles/white-paper-on-the-regulation-of-trust-companies-in-switzerland*

[31] «I believe it would contribute to the expansion and vulgarisation of the trust idea. There is nothing vulgar to vulgarisation»; v. THÉVENOZ, *A swiss perspective*, cit., 301. Aggiunge, infine, che in un paese conservatore e prudente, come la Svizzera, le buone idee spesso arrivano molto prima del loro momento politico.

[32] I dati sono riportati dall'avamprogetto del 12.1.2022 nel quale si legge anche che, nel 2013, vi erano almeno 3.000 trust amministrati in Svizzera, per un totale di attivi di oltre 45 miliardi.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

Appena due anni dopo, vengono presentate 2 mozioni che sottopongono al Consiglio Federale l'ipotesi di introdurre correttivi, ancora una volta, per colmare lacune e svantaggi del diritto svizzero, derivanti dall'utilizzo dello strumento del trust. La prima iniziativa nasce a valle della decisione svizzera di revocare la riserva contenuta nell'art. 26 del modello di convenzione dell'OCSE per evitare le doppie imposizioni, ossia lo scambio di informazioni con le autorità fiscali estere. In sostanza, si auspica che la Svizzera si doti di uno strumento in grado di competere con il trust[33], istituto diffuso sulle principali piazze antagoniste di quella svizzera (Londra e New York) dove l'utilizzo del trust consente «scappatoie fiscali legali»[34] vale a dire di mantenere – legalmente – un certo livello di segretezza dei dati dei proprietari di determinati patrimoni[35]. La seconda mira anch'essa a mantenere alta l'attrattività della Svizzera, intervenendo però non sul trust ma sull'istituto della fondazione. Come riportato nella stessa motivazione della mozione, in Svizzera si è sviluppato un numero di fondazioni superiore alla media internazionale, con uno dato pro capite di patrimoni di fondazione fra i maggiori a livello mondiale ma, essendo i Paesi limitrofi diventati molto più attrattivi[36], occorre rendere fiscalmente più competitiva la piazza svizzera[37].

Tutte le ipotesi sinora descritte sono respinte dal Consiglio Fe-

---

[33] Nella motivazione della mozione si afferma che «gli istituti giuridici del *common law* non si possono trasporre tali e quali nel nostro sistema e che pertanto l'obiettivo da perseguire consiste nel creare pari condizioni».

[34] Si annovera il trust tra tutti quegli strumenti/istituti con cui viene, in sostanza, consentito in tutta legalità di non dichiarare gli aventi diritto economici di un valore patrimoniale attraverso misure di diritto societario e fiscale.

[35] V. mozione n. 09.3147 «Segreto bancario. Parità di condizioni» *https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20093147*.

[36] Nella mozione si sostiene che «fiscalmente oggi è più vantaggioso costituire una fondazione in Germania […] con il previsto statuto europeo delle fondazioni, quelle provenienti dai Paesi membri dell'UE potranno operare senza grossi ostacoli a livello transfrontaliero. Mentre l'Europa diventerà così molto più dinamica e attrattiva per le fondazioni, la Svizzera perderà terreno».

[37] V. mozione 09.3344 «Fondazioni. Aumentare l'attrattiva della Svizzera» *https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20093344*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

derale che ritiene non necessaria l'adozione di una disciplina specifica sul trust[38].

Nel biennio 2015-2016 si susseguono 2 iniziative dalle quali prenderà – in qualche misura – le mosse l'*iter* che ha portato alla redazione dell'avamprogetto posto in consultazione sino alla primavera 2022. Così nel 2015 Giovanni Merlini richiede nuovamente al Consiglio Federale di analizzare l'opportunità di introdurre un trust svizzero come parte del proprio mercato finanziario oltre che di adeguare i regimi fiscali applicabili[39]. In prima battuta, nello stesso 2015, il Consiglio federale ritiene che la tendenza alla trasparenza si sia rafforzata nel tempo e che non ci siano motivi per valutare la situazione in maniera differente da quanto fatto in precedenza, rinunciando espressamente a esaminare nuovamente l'opportunità di introdurre il trust nel diritto svizzero. La mozione viene, viceversa, accolta dal Consiglio nazionale nel febbraio 2017 e diviene la base di una successiva depositata dalla Commissione degli affari giuridici nel 2018[40].

Il punto di svolta si ha, tuttavia, con la successiva iniziativa (mozione Regazzi) presentata nel 2016 con la quale si chiede di creare le «basi legali per l'introduzione nel nostro codice delle obbligazioni o Codice civile dell'istituto del trust»[41]. Dopo una ricognizione dello

---

[38] Come indicato «la diffidenza del Consiglio federale nei suoi confronti è stata alimentata dai casi di abuso a scopo di elusione fiscale di trust di diritto straniero nei decenni passati», v. G. Merlini, *L'introduzione dell'istituto del trust in Svizzera*, *Novità fiscali*, aprile 2020, 173-178, ISSN 2235-4573.

[39] Si richiama infatti l'adozione, da parte della Svizzera, dello standard di scambio di informazioni di cui all'art. 26 modello Ocse e la conseguente opportunità di «esaminare attentamente l'eventuale adozione dell'istituto giuridico del trust nel diritto privato svizzero, valutando il relativo adeguamento del diritto delle fondazioni e dei regimi fiscali a loro applicabili o una revisione del diritto del mandato e dei negozi fiduciari». V. mozione 15.3098 «Esame dell'opportunità di una normativa in materia di trusts» *https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153098.*

[40] Si tratta della mozione 18.3383 «Introduzione del trust nell'ordinamento giuridico svizzero» *https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20183383.*

[41] V. mozione 16.488 "Introdurre l'istituto del trust nella legislazione svizzera" *https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160488*. Il codice civile svizzero (ZGB) è stato spesso indicato come il mi-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

stato dell'arte, il proponente sostiene che l'ambito civile è quello in cui è effettivamente presente una lacuna normativa e che sono almeno 3 i motivi che «giustificano l'adozione dell'istituto del trust nel diritto civile svizzero», ossia più facile accesso e comprensione per i cittadini, maggiore trasparenza e certezza del diritto e nuove opportunità di lavoro per i professionisti svizzeri. Il Consiglio Nazionale "fa propria" la mozione e così, in accoglimento di quella presentata dalla Commissione affari giuridici, il Parlamento incarica il Consiglio federale di presentargli un disegno legislativo per l'introduzione del trust[42].

Da più parti è stato evidenziato come questa iniziativa rappresenti una contromossa elvetica alla fine del segreto bancario ed alla conseguente "fuga degli investitori opachi"; in sostanza un modo per continuare ad avere un ruolo di primo piano nella gestione di grandi patrimoni[43].

4. Nel gennaio 2022 viene messo in pubblica consultazione l'avamprogetto con cui il Consiglio federale intende introdurre il trust nel codice delle obbligazioni apportando le necessarie modifiche agli altri testi legislativi e a trattamento fiscale previsto[44].

---

gliore tra tutti quelli moderni, in ragione del particolare e sapiente equilibrio creato nella ricezione del modello francese e tedesco. V. sul punto, A. GAMBARO, *I moderni sistemi di civil law tra influenze francesi e tedesche*, sez. III (287-303), in A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2009.

[42] Seguono, nel 2020 e nel 2022, due richieste di proroghe – da parte della predetta Commissione – del termine per l'elaborazione di un progetto legislativo. N. Peter evidenzia che in tutte le mozioni volte all'introduzione del trust in Svizzera viene preso a modello il trust di *common law*, rimarcando quindi come sia importante per un sistema di *civil law* comprendere il concetto di trust di *common law*; v., sul punto, PETER, *Introduction of a trust law in Switzerland*, cit., 580.

[43] In questo senso v. P. VALENTINI, *Trust made in Svizzera*, 5.2.2022 in Milano Finanza ma anche A. Galimberti che definisce l'avamprogetto 2022 come "un nuovo marchio per una piazza finanziaria in piena trasformazione e in cerca di una nuova identità", v. A. GALIMBERTI, *Il nuovo trust made in Suisse sarà operativo già dal 2023*, in Il Sole 24 Ore, 16.1.2022, Norme e Tributi, 14.

[44] Il rapporto esplicativo e l'avamprogetto sono consultabili *https://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/comunicati-stampa.msg-id-86746.html*; la procedura di consultazione (n. 2021/32) si è conclusa il 30.4.2022 ed è disponibile *https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2021/32/cons_1*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

Di particolare interesse si rivelano, ancor prima delle singole norme, alcune considerazioni svolte in punto di diritto comparato (specialmente europeo). In particolare l'affermazione secondo la quale «*per l'introduzione del trust nel proprio ordinamento giuridico, la Svizzera segue la tendenza a livello sia europeo che internazionale e non apre una propria via*»[45]. E così anche l'individuazione della soluzione scelta, ossia quella del «*recepimento per analogia che consiste nell'introdurre il trust come nuovo istituto giuridico nel Codice delle obbligazioni. Il trust proposto nell'avamprogetto si basa su istituti giuridici già noti nel diritto svizzero*», cui si aggiunge un passaggio chiarificatore fondamentale «*l'avanprogetto non riprende alcun concetto di common law, quindi non costituisce un trapianto del diritto straniero*».

Sono almeno 3 i punti chiave che rappresentano il nucleo dell'avamprogetto[46]: *a*) l'esistenza di un patrimonio separato, *b*) la proprietà (funzionale) del trustee, *c*) le obbligazioni fiduciarie che quest'ultimo assume nei confronti dei beneficiari[47]. La coesistenza di questi elementi fa sì che il rapporto esplicativo parli di un nuovo istituto giuridico in cui convivono tratti della fiducia e della fondazione; i primi si ravvedono nella distinzione tra proprietà legale e beneficio

[45] V. avamprogetto, cit., 58. Ma v. anche, cit., 35 in cui si legge che l'ipotesi del trapianto legale è da scartare a favore di proposte basate su concetti e istituzioni giuridiche già esistenti nel diritto svizzero. Il procedere per analogia è stato seguito da tutti gli Stati di diritto continentale che hanno integrato il trust (Liechtenstein, Québec, Louisiana); ha invece seguito un percorso appena differente la Francia che non ha inteso recepire integralmente il trust e si è limitata ad adottare alcune sue funzioni, realizzando di fatto un istituto molto diverso dal trust anglosassone. La disciplina svizzera si discosta dal modello della *fiducie* alla francese. Solo in un rapido passaggio si dà conto della situazione italiana, ritenendo che la nostra soluzione sia stata quella di disciplinare la fiducia attraverso la legge n. 51/2006 che ha introdotto l'art. 2645-*ter* c.c.

[46] In questi termini v. L. THÉVENOZ, *Under the hood of the draft Swiss trust law* in *Trusts & Trustees*, 2022, 28, 824-833.

[47] A questi 3 profili si può aggiungere quello della previsione di interventi giudiziari in diverse circostanze tra le quali l'ipotesi in cui un trustee, un guardiano o un disponente abbiano un dubbio fondato in ordine ai propri diritti o obblighi e richiedano al tribunale di verificare in ossequio alle disposizioni del trust o di legge (art. 529 v).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

economico, nel carattere obbligatorio del rapporto tra trustee e beneficiari, nei contenuti degli obblighi di diligenza del trustee; i secondi si scorgono nella costituzione di un patrimonio distinto, nell'indipendenza del trust rispetto al disponente o anche alla posizione dei beneficiari[48].

Che siamo di fronte ad un nuovo rapporto obbligatorio duraturo[49] tra trustee e beneficiari è confermato anche dalla collocazione: all'interno del codice delle obbligazioni – a sgombrare il campo da eventuali dubbi circa l'introduzione di una nuova forma di proprietà[50] – e precisamente nel titolo ventesimosecondo *bis* che segue la parte dedicata ai contratti e precede quella che disciplina le società di persone[51]. Nella norma di apertura che definisce il trust si pone l'attenzione su cosa ne è oggetto; si legge infatti che «*il trust ha per oggetto la destinazione di beni da parte di uno o più disponenti a un patrimonio distinto, detenuto e amministrato da uno o più trustee nell'interesse di uno o più beneficiari*»[52]. La destinazione impressa al pa-

[48] V. rapporto esplicativo, cit., 69 e ss.

[49] Il trust si scioglie, al più tardi, 100 anni dopo la sua costituzione; v. art. 529 u.

[50] Testualmente il rapporto esplicativo afferma: «A questo stadio occorre sottolineare che l'avamprogetto non prevede né modifiche né deroghe alle regole del CC in materia di diritti reali che rimangono interamente applicabili. Il trustee detiene l'insieme dei diritti di proprietà sui beni in trust, mentre i beneficiari dispongono soltanto di diritti personali consolidati da un privilegio nel fallimento in caso di esecuzione forzata contro il trustee e di un diritto di seguito se i beni in trust sono stati alienati in violazione degli obblighi del trustee. La normativa proposta non presuppone quindi un *frazionamento* della proprietà né prevede di riprendere concetti tipici della tradizione della *common-law* come la distinzione tra *legal ownership* e *equitable interest*».

[51] La bozza prevede l'introduzione di un unico articolo (529) composto da 23 commi.

[52] Art. 529*a*. Dal secondo capoverso si deduce che la nuova disciplina riconosce solo i cd *express trust* atteso che esso può essere costituito mediante dichiarazione scritta o per disposizione a causa di morte. È altresì esclusa la costituzione per legge o per decisione giudiziaria, come sono esclusi (data la necessaria presenza di beneficiari) i *purpose trust*. Su questo profilo sono numerose le osservazioni pervenute in sede di pubblica consultazione che invitano a riconsiderare il problema. Il prof. Thévenoz pone in rilievo come ci sia una ragione strutturale che motiva la

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

trimonio distinto è chiarita dalle successive norme ed in particolare dalla lett. *n*) in cui è stabilito che i beni in trust e i debiti che li gravano sono distinti dal patrimonio personale, non rientrano né nel regime matrimoniale né nella successione, né possono essere aggrediti dai creditori personali del trustee[53]. Quest'ultimo, da quando acconsente alla sua nomina[54], è proprietario[55] e per tale ragione detiene ed amministra ma non gode dei benefici economici di questa proprietà; il godimento è infatti attribuito ai beneficiari cui l'atto di trust conferisce diritti a prestazioni o semplici aspettative sottoposte alla di-

---

scelta: nell'ordinamento svizzero non vi è – allo stato – una forma di enforcement pubblico o privato nei confronti del trustee (in assenza di beneficiari) ed estendere le norme sulle fondazioni potrebbe significare creare confusione tra le fondazioni ed i trusts. V. THÉVENOZ, *Under the hood of the draft Swiss trust law*, cit., 827. In ordine all'opportunità di togliere il divieto di istituire trust di scopo e soprattutto di quelli a scopo ideale, v. P. BERNASCONI, *Novità svizzere per il trust. Un laboratorio di soluzioni nuove* in *Novità fiscali*, marzo 2022, 128-132, ISSN 2235-4573.

[53] Art. 529*n* 1 I beni in trust e i debiti che li gravano costituiscono un patrimonio distinto dal patrimonio personale del trustee. I beni in trust non rientrano né nel regime matrimoniale né nella successione del trustee. 2 I beni in trust rispondono soltanto per le obbligazioni previste nelle disposizioni dell'atto di trust e per quelle sostenute dal trustee nel regolare adempimento della sua funzione. Per tutte le altre obbligazioni l'esecuzione forzata è esclusa. Parimenti sono fatte salve le disposizioni per la protezione dei creditori, del coniuge nonché degli eredi del disponente (art. 529 b 6).

[54] Il trust diviene efficace quando il trustee ha acconsentito per scritto alla sua nomina e ha acquisito i beni destinati al trust, art. 529 c 5.

[55] Art. *529l* 1 Il trustee è proprietario dei beni in trust. I beni in trust comprendono le cose, i crediti e altri diritti e beni destinati al trust al momento della sua costituzione o in seguito, nonché i loro ricavi, i loro aumenti e i beni corrispondenti acquisiti in sostituzione. 2 Se il disponente medesimo è il trustee, la successiva destinazione al trust di beni di sua proprietà richiede una dichiarazione scritta in cui tali beni sono menzionati con precisione. In ordine al secondo capoverso, il rapporto esplicativo chiarisce che: «La destinazione dei beni al momento della costituzione del trust deve rispettare i requisiti formali previsti all'articolo 529° capoverso 2 AP-CO per le diverse forme di costituzione (dichiarazione scritta o disposizione a causa di morte). Le destinazioni effettuate in seguito dal disponente o da terzi non sono sottoposte ad alcuna regola speciale di forma. Tuttavia il *capoverso 3* precisa che, se il disponente medesimo è il trustee, la destinazione al trust di beni di cui lui è proprietario richiede che tali beni siano elencati in dettaglio in una dichiarazione scritta».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

screzione del trustee[56]. A costui i beneficiari possono chiedere informazioni sulle predette prestazioni o aspettative ed hanno il diritto di ricevere risposta, salvo che vi siano gravi motivi (stabiliti nell'atto di trust) o che interessi legittimi di altri beneficiari possano essere compromessi[57]. La posizione di questi ultimi è accresciuta dai «*quasi-proprietary effects*»[58] quale il diritto di seguito sul bene in trust indebitamente alienato dal trustee, salvo il caso di acquisto in buona fede a titolo oneroso[59]. I beneficiari possono inoltre agire nei confronti del trustee per il risarcimento del danno causato[60] e rivolgersi al tribunale per chiederne la revoca in caso di grave violazione dei suoi obblighi[61]. Il trustee deve altresì rendere conto della sua gestione, in ogni momento, non solo ai beneficiari ma anche al disponente che si sia riservato tale diritto nell'atto costitutivo e ad altro trustee o beneficiario[62]. Questo aspetto equipara il trustee ad un mandatario facendo emergere la cultura della fiducia[63].

---

[56] Art. 529*d* 1; l'articolo precisa, quindi, che il diritto alle prestazioni può essere ceduto ma non trasmesso per successione mentre le aspettative non possono essere né cedute né trasmesse per successione. Infine, è stabilito che a diritti ed aspettative si può rinunciare in ogni momento con dichiarazione scritta al trustee.

[57] Art. 529*i*.

[58] In questi termini, THÉVENOZ, *Under the hood of the draft Swiss trust law*, cit., 828.

[59] Che non si tratti di azioni in rem ma in personam lo dimostra già il primo comma in cui si fa riferimento all'ingiusto arricchimento. Art. 529q. 1 Se il trustee ha indebitamente alienato un bene del trust, l'acquirente è tenuto a restituirlo secondo le norme sull'indebito arricchimento. Sono fatte salve altre pretese fondate sulla presente legge. 2 Può chiedere la restituzione il disponente che si è riservato tale diritto nelle disposizioni dell'atto di trust, un altro trustee, un guardiano o ciascun beneficiario. 3 La restituzione non può essere chiesta all'acquirente che ha acquistato il bene in buona fede e a titolo oneroso.

[60] Art. 529k.

[61] Art. 529s 2.

[62] È possibile il trust autodichiarato a patto che il disponente individui precisamente i beni destinati al trust, art. 529 b 3; mentre non è possibile che il trustee sia l'unico beneficiario (art. 529 c 2). Infine il trustee può essere nominato dal giudice nel caso in cui il trust sia istituito con atto mortis causa che non provvede sul punto (art. 529 b 2).

[63] In questi termini M. LUPOI, *Trust svizzero frutto della cultura della fiducia. Formula votata al successo*, in Sole 24 ore, NT+Fisco, 17.1.2022. L'A. afferma che

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

A quest'ultima si possono ricondurre anche altri aspetti quali la facoltà del disponente di cambiare i beneficiari[64], di modificare l'atto istitutivo[65], di vietare il compimento di atti da parte del trustee[66], di sostituirlo[67] e di agire contro di lui[68]; si delinea, in sostanza, una figura di disponente che non ha analoghi altrove e che, per tali ragioni, potrebbe suscitare l'interesse di cittadini svizzeri ma anche internazionali[69]. La bozza, riconoscendo in capo al disponente la possibilità di riservarsi numerosi poteri[70], è stata ritenuta liberale e frutto

«il successo del trust svizzero sembra assicurato; auguri ai nostri vicini, giunti per ultimi nel mondo del trust e forse destinati a essere primi». Lo stesso A. ha però evidenziato che la disciplina elvetica si allinea a quella inglese e, non essendo la Svizzera un paese di *common law*, potrebbero sorgere difficoltà in particolare, ad esempio, riguardo la previsione che attribuisce una responsabilità personale al trustee per le obbligazioni contratte in questa veste. V., L. CARRELLO, *Cercasi legge sul trust per fare dell'Italia la nuova Svizzera*, in Milano Finanza, 3.12.2022. Nutre invece qualche dubbio sulla effettiva introduzione della disciplina di un trust svizzero L. Thévenoz, (*Under the hood of the draft Swiss trust law*, cit.) il quale ritiene che sarà molto difficile trovare un regime fiscale equilibrato e non dissuasivo. Sui profili fiscali v. *infra*, par. 5.

[64] Art. 529t. 1 L'atto di trust può conferire al disponente, al trustee o a un guardiano la facoltà di modificare le disposizioni dell'atto medesimo, in partico-lare per quanto concerne i beneficiari, il diritto applicabile e il foro o la competenza di un tribunale arbitrale. 2 Le modifiche delle disposizioni dell'atto di trust richiedono la forma scritta.

[65] Art. 529t.

[66] Art. 529e. 1 L'atto di trust può conferire al disponente in particolare le seguenti facoltà: 1. revocare o sciogliere il trust; 2. sottoporre al suo consenso determinati atti del trustee; 3. chiedere al trustee i conti del trust e ordinarne la revisione; 4. sostituire il trustee o designarne il successore; 5. designare uno o più guardiani, sostituirli o designarne i successori. 2 Il disponente esercita di persona le facoltà che gli sono conferite dall'atto di trust o dalla legge. È esclusa ogni rappresentanza.

[67] Art. 529e

[68] Art. 529 k 2 L'azione di risarcimento del danno ai beni in trust può essere proposta dal disponente che si è riservato tale diritto nelle disposizioni dell'atto di trust, da un altro trustee, da un guardiano e da ogni beneficiario.

[69] V. sul punto, LUPOI, *Trust svizzero frutto della cultura della fiducia. Formula votata al successo*, cit.

[70] Il disponente può anche nominare uno o più guardiani (che non possono essere trustee) cui attribuire una o più facoltà che il disponente può riservare a se stesso; facoltà da esercitare in ogni caso nell'interesse dei beneficiari (art. 529 f).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

della scelta di offrire ampia flessibilità che dovrà e potrà essere gestita al meglio da professionisti altamente specializzati ed esperti[71].

Da attribuirsi, invece, al diritto inglese la scelta dell'avamprogetto di prevedere che il trustee risponda con il proprio patrimonio delle obbligazioni assunte, salvo diversa pattuizione[72]; è stato tuttavia evidenziato che si tratta di un'ipotesi che difficilmente supererà il vaglio della consultazione pubblica atteso che la prassi moderna muove in senso contrario[73]. Allo stesso modo, riconducibile al diritto inglese è la variazione della regola *Saunders v. Vautier*[74] che, nella bozza del progetto svizzero, prevede che i beneficiari, se tutti definiti, possano sciogliere anticipatamente il trust con un accordo scritto, fatto salvo il consenso del disponente (che si sia riservato tale facoltà)[75].

Non vi sono richiami all'*equity* né in termini di obblighi, né di rimedi né di interessi; a conferma che le radici del trust svizzero vogliono essere di *civil law*, sebbene si allineino al diritto inglese[76].

---

[71] «The Draft opts for some level of *ex post* uncertainty to avoid *ex ante* rigidity. The settlors and their advisors will need to carefully balance the advantages of reserved powers with the risks of subsequent challenges to the trust. In the view of this author, this should already be standard professional practices.». In questi termini, THÉVENOZ, *Under the hood of the draft Swiss trust law*, cit.

[72] Art. 529 g 3 Risponde con il proprio patrimonio personale per le obbligazioni assunte in adempimento dei suoi obblighi in quanto trustee. Questa responsabilità personale può essere esclusa mediante una convenzione con il creditore.

[73] V. sul punto, LUPOI, *Trust svizzero frutto della cultura della fiducia. Formula votata al successo*, cit.

[74] Per una recente rilettura del principio espresso dalla regola *Saunders v Vautier*, v. M. GRAZIADEI, M. LUPOI, *Una ricerca sulla collocazione storica di* Saunders v Vautier *nel diritto inglese* in *Trusts*, 2023, 1-29.

[75] Art. 529 u 2. Se sono tutti definiti, i beneficiari possono sciogliere anticipatamente il trust mediante accordo scritto. Per lo scioglimento, l'atto di trust può fare salvo il consenso del disponente. La scelta è stata ritenuta originale, sebbene vi siano perplessità e dubbi in ordine alla sua permanenza anche dopo la consultazione pubblica. V. M. CECCHI, *Trust: la nuova legge regolatrice svizzera* in *Trust, impresa, famiglia*, 2022, 30-33, ma anche LUPOI, *Trust svizzero frutto della cultura della fiducia. Formula votata al successo*, cit.

[76] Così M. Lupoi in CARRELLO, *Cercasi legge sul trust per fare dell'Italia la nuova Svizzera*, cit., THÉVENOZ, *Under the hood of the draft Swiss trust law*, cit., 826.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

5. Il legislatore elvetico ha mostrato di credere nella fondatezza dell'avamprogetto sul trust solo se coerente con il resto dell'ordinamento ed ha, pertanto, offerto una disamina organica che intende – contestualmente – modificare anche le norme fiscali, processuali, penali, fallimentari ed internazional-privatistiche[77].

Se su queste ultime e su quelle civilistiche vi è un diffuso apprezzamento dell'intervento legislativo, su quelle fiscali vi sono forti

[77] Nel rapporto esplicativo si legge: «L'avamprogetto propone tuttavia alcuni adeguamenti per tenere conto dell'introduzione del trust nel nostro ordinamento giuridico e garantire una certa coerenza. Si tratta dei seguenti adeguamenti: *Diritto successorio* L'avamprogetto propone di precisare che, nel quadro della successione, la porzione disponibile può essere destinata in tutto o in parte alla costituzione di un trust (art. 493 AP-CC) così come il diritto vigente prevede per le fondazioni. Inoltre precisa a quali condizioni i beneficiari, o il trustee, possono essere tenuti a restituire le liberalità fatte a un trust (art. 528, al. 3, AP-CC). Inoltre le liberalità tra vivi fatte da un coniuge a un trust sono reintegrate negli acquisti (art. 208 CC) nel quadro della liquidazione del regime dei beni se soggiacciono alla riduzione nel quadro della successione (art. 527 CC). Questo risulta anche dalla riserva di cui all'articolo 529*b* capoverso 6 AP-CO. *Diritti reali* L'avamprogetto propone di sancire nel CC l'attuale regola dell'articolo 149*d* LDIP che permette di menzionare nel registro fondiario il rapporto di un immobile con un trust e di precisarne gli effetti per i terzi (art. 962*b* AP-CC). *Procedura civile* Il CPC deve essere modificato per stabilire le regole del foro nelle vertenze in materia di diritto dei trust. L'avamprogetto propone che, in assenza di proroga di foro valida, la vertenza possa essere sottoposta al tribunale del domicilio o della sede del convenuto (foro ordinario) o del trustee (art. 39*a* AP-CPC). Prevede anche di aggiungere le questioni non contenziose del diritto dei trust all'elenco degli affari sottoposti alla procedura sommaria (art. 250 lett. *b* n. 10-13 AP-CPC). *Diritto in materia d'esecuzione* Il foro di esecuzione alla sede del trust è sostituito dal foro del domicilio del trustee (art. 284*a* AP-LEF) per farlo corrispondere alla regola sul foro proposta dal CPC (art. 39*a* AP-CPC). *Diritto internazionale privato* Le modifiche proposte mirano a precisare le regole applicabili alla proroga di foro nelle vertenze in materia di trust e aggiungere l'applicazione del diritto svizzero al trust nell'elenco dei casi in cui un tribunale pattuito non può declinare la propria competenza (art. 5 cpv. 3 lett. *c* e 149*b* cpv. 2 lett. *c* AP-LDIP). *Codice penale* Per garantire un'attuazione effettiva del dispositivo legale e soddisfare le esigenze del GAFI, l'articolo 327*a*, che punisce con una multa la violazione delle regole di trasparenza del diritto societario, è esteso all'inosservanza degli obblighi d'identificazione e documentazione del trustee (art. 529*k* AP-CO). *Legge federale sugli istituti finanziari* Sul piano della normativa finanziaria, viene proposto un solo adeguamento terminologico (art. 17 cpv. 2 AP-LIsFi). Per il rimanente, il quadro normativo attualmente applicabile ai trust stranieri è soddisfacente. Garantisce segnatamente un livello di supervisione e trasparenza sufficiente di modo che l'introduzione di un trust svizzero non richiede modifiche.»; v. rapporto esplicativo, cit., 79.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

e numerose critiche, tanto che si teme che le difficoltà legate alla disciplina di questi profili possano indurre il Consiglio federale a desistere dal proseguire l'*iter* avviato[78].

Come detto la Svizzera si è dotata, subito dopo la ratifica della Convenzione de l'Aja, di una circolare che disciplina i profili fiscali dei trust riconosciuti dall'ordinamento[78]. In essa si esclude che il trust possa essere soggetto di imposta atteso che esso è un patrimonio destinato al conseguimento di un determinato scopo e, come tale, non ha personalità giuridica. Ne discende che bisogna individuare i soggetti debitori di imposta e ciò varia a seconda della natura del trust: se è revocabile, si ritiene – da un punto di vista fiscale – che i beni siano ancora attribuibili al disponente che è tenuto versare le imposte; se, invece, il trust è irrevocabile occorre distinguere a seconda della posizione dei beneficiari, titolari di pretese (trust irrevocabile fisso) o di mere aspettative (trust irrevocabile discrezionale). Nel primo caso, è possibile ricondurre ai beneficiari i beni in trust mentre nel secondo occorre distinguere a seconda che il disponente sia o meno residente in Svizzera. La residenza in Svizzera consente di affermare che si è in presenza di un impoverimento solo quando un altro soggetto fiscale si arricchisce e, pertanto, fino a tale momento, i beni in trust si continuano a ritenere attribuibili al disponente. Nell'ipotesi di disponente non residente, non vi è una regola chiara ed universale ma la prassi valuta a seconda del caso specifico.

L'avamprogetto ritiene di far proprie le conclusioni cui la circolare giunge per le prime due ipotesi (trust revocabile e trust irrevocabile fisso) poiché conformi al principio di capacità economica mentre propone una soluzione nuova per l'ultima ipotesi (trust irrevocabile discrezionale)[80]. A questo proposito, è necessario eviden-

[78] In questo senso, THÉVENOZ, *Under the hood of the draft Swiss trust law*, cit., S. GENINI, S. VORPE, *L'introduzione del trust in Svizzera: vietato sbagliare l'approccio fiscale* in *Novità fiscali*, marzo 2022, 126-127, ISSN 2235-4573. Sperano che la questione fiscale non diventi l'ago della bilancia e che si possa offrire nuove risposte sulla base delle casistiche che si presenteranno proprio in virtù di una più ampia applicazione dello strumento GIORCELLI, GENINI, STROBL, TRON, *Introduzione dell'istituto del trust nel diritto svizzero*, in *Novità fiscali*, cit.

[79] V. nota n. 29.

[80] Legge federale del 14 dicembre 1990 sull'imposta federale diretta. Art. 10*a*. Trust 1 Il reddito di un trust è aggiunto a quello del disponente se questo non si è

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

ziare come nell'avamprogetto siano state ventilate ben sette opzioni[81] e la scelta finale sia avvenuta all'esito di un delicato bilanciamento fra vari principi ed istanze, oltre che finalità perseguite[82]. L'equilibrio si è rivelato in tutta la sua fragilità nella fase della consultazione pubblica; i rilievi sono stati infatti numerosi e l'intera disciplina fiscale è divenuta uno dei punti salienti che – probabilmente – determinerà le sorti di questo avamprogetto. Il legislatore elvetico ha ritenuto di proporre l'istituzione di un nuovo soggetto fiscale autonomo (alla stregua di una fondazione) prevedendo, così, l'imposizione del trust in quanto tale e dei redditi in capo ai beneficiari una volta distribuiti[83]. L'effetto sarebbe quello, assai disincentivante, di una tripla tassazione: al momento dell'apporto dei beni in trust, durante l'esistenza del trust e nella fase della distribuzione ai beneficiari[84].

A ben vedere, le motivazioni riportate nel rapporto esplicativo appaiono deboli, a partire dalla considerazione che il trattamento fiscale è analogo a quello di una fondazione di famiglia «che può perseguire scopi simili a quelli di un *family trust* e, nel limite del possi-

privato definitivamente dei beni in trust. 2 Il reddito di un trust è aggiunto proporzionalmente a quello dei beneficiari se: a. il disponente si è privato definitivamente dei beni in trust; e b. i beneficiari hanno diritto alle prestazioni derivanti dai beni in trust. 3 Negli altri casi il trust è imponibile come una fondazione. È assoggettato illimitata-mente se almeno un beneficiario è imponibile in Svizzera in virtù della sua appartenenza personale. Il suo assoggettamento illimitato non si estende ai beneficiari senza appartenenza personale alla Svizzera. Qualora non sia possibile determinare i beneficiari, il trust è assoggettato illimitatamente se il disponente è imponibile in Svizzera in virtù della sua appartenenza personale o lo era al momento del decesso. 4 Se, in base alla convenzione per evitare le doppie imposizioni applicabile, il trust di cui al capoverso 3 è residente all'estero, il suo reddito è aggiunto a quello del disponente.

[81] V. rapporto esplicativo, cit., 82-95.

[82] Il bilanciamento è avvenuto alla luce del principio di legalità, costituzionalità e di capacità economica ma anche tenendo conto dell'attrattività del trust di diritto svizzero.

[83] È ovviamente richiesto che almeno uno dei beneficiari sia residente in Svizzera poiché, diversamente, non è soggetto alle imposte svizzere sul reddito e sulla sostanza.

[84] Si perderebbe, inoltre, uno dei vantaggi fiscali attuali rappresentato dal c.d. *pre-immigration trust* che consente al disponente che intende trasferirsi in Svizzera un risparmio di imposta, non dovendo versare in futuro imposte relative ai beni posti in trust prima del trasferimento.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

bile, la scelta fra i due strumenti non dovrebbe essere influenzata dal diritto fiscale». Le differenze dalla fondazione di famiglia sono state evidenziate sopra e questo rischia di apparire come un vero e proprio corto circuito del legislatore elvetico.

6. La fase di pubblica consultazione dell'avamprogetto svizzero sul trust costituisce l'occasione per raffrontarlo con le iniziative intraprese da altri due ordinamenti europei: Francia e Italia. La prima non ha ratificato la Convenzione de l'Aja ed ha introdotto nel *code civil*, ormai oltre 15 anni fa, la *fiducie*[85]. La seconda, come detto accomunata alla Svizzera sotto molteplici aspetti, tenta da anni l'introduzione di una disciplina del trust o di istituti analoghi e, in questa fase, si interroga sulle potenziali evoluzioni del mercato del trust anche all'esito del percorso svizzero. In comune, rispetto alla Svizzera, è anche l'idea coltivata da parte della dottrina di poter individuare uno strumento analogo al trust attraverso principi già noti e propri del nostro ordinamento.

6.1. *Francia*

«*Fiducie à la française*»[86], «*trust yes, albeit the Swiss way*»[87]. È riassunto in queste parole l'approccio dei due legislatori che hanno deciso di introdurre nel proprio ordinamento un istituto analogo al trust.

Se appare similare l'intento di rivendicare la creazione di una disciplina "propria", differenti sono gli esiti cui si approda; del resto,

[85] Artt. 2011-2030 *code civil*.

[86] «*S'agissant de l'institution d'une fiducie "à la française", une précision me paraît d'abord devoir être apportée: il ne s'agit pas de remédier à la carence du droit français en important "tel quel" le* trust *anglo-saxon. Une telle option n'est ni envisageable ni souhaitable, tant le* trust *est marqué par l'empreinte de la* common law*, système fort éloigné de notre droit, ce dernier puisant ses racines dans le droit romain […]*». V. Pascal Clément, *Ministre de Justice, 17.10.2006 http://www.senat.fr/seances/s200610/s20061017/s20061017005.html*.

[87] F. Noseda, *The new Swiss trust:* Is it a trust? *Practical considerations* in *Trusts & Trustees*, 2022, 1-6 si esprime in questi termini per riassumere l'intento di non operare un trapianto giuridico ma di integrare il quadro normativo esistente, utilizzando figure già note e dando così vita ad un «istituto *sui generis*» (come indicato nel rapporto esplicativo dell'avamprogetto sul trust, cit., 69).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

lo stesso legislatore elvetico ha chiaramente affermato che «la disciplina svizzera si discosta dal modello della *fiducie* alla francese».

Che ci si muova nell'alveo dei rapporti contrattuali pare chiaro in entrambi i sistemi; le differenze in ordine alla collocazione all'interno dei codici vigenti non rappresentano vere scelte di campo. La *fiducie*, introdotta nel *code civil* a ridosso della disciplina del mandato, è stata definita, all'esito di un travagliato *iter* parlamentare, una *opération* (con una dicitura volutamente atecnica), ma si concreta in un contratto in cui si opera un trasferimento di beni, a favore dei beneficiari, con finalità di gestione o garanzia[88]. In Svizzera, invece, il trust sarebbe collocato nel codice delle obbligazioni, in un titolo autonomo che segue la disciplina sui contratti e precede quello sulla società semplice, a conferma della natura *sui generis* dell'istituto. Anche in questo caso emerge il profilo contrattuale: le norme parlano di atto di trust riferendosi ad una dichiarazione scritta o ad una disposizione *mortis causa* che assumono efficacia quando il trustee acconsente, per iscritto, alla sua nomina. Del trust il legislatore svizzero preferisce non dire cosa è ma cosa ha ad oggetto, ovvero la destinazione di alcuni beni in favore di beneficiari senza limitazioni in punto di finalità.

Ecco la prima importante differenza; la sanzione della nullità prevista per la *fiducie-libéralité*[89] non trova omologo disposto nell'ordinamento svizzero che non preclude la realizzazione di un trust con siffatte finalità. Unico limite è il rispetto delle norme in punto di successioni[90] ed, anzi, l'avamprogetto svizzero prevede una modifica al codice civile indicando espressamente che «il disponente può dedicare la porzione disponibile dei suoi beni o parte di essa ad una fondazione per uno scopo qualsiasi o alla costituzione di un trust»[91].

---

[88] Art. 2011 *code civil*: «La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires».

[89] Art. 2013 *code civil*.

[90] Art. 529 b 6. Sono fatte salve le disposizioni legali per la protezione dei creditori, del coniuge o del partner registrato nonché degli eredi del disponente.

[91] Modifica dell'art. 493 codice civile, v. rapporto esplicativo, allegato n. II, 9/13.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

Le distanze tra i due modelli diventano salienti in punto di fiduciario e di patrimonio. Il legislatore francese non definisce il fiduciario come un proprietario né qualifica i beni in *fiducie* come un patrimonio separato o segregato[92]; viceversa quello elvetico afferma che il trustee è proprietario dei beni in trust i quali costituiscono un patrimonio distinto[93]. Su di esso opera un effetto segregativo pieno[94], sebbene il testo non parli apertamente di segregazione[95].

La posizione del fiduciario è differente, nei due ordinamenti, anche per quanto concerne il ruolo, i doveri e le responsabilità; in altre parole se in uno (Francia) pare non esserci traccia di obbligazioni fiduciarie, nell'altro particolare attenzione è posta proprio al contenuto del rapporto fra trustee e beneficiari ed al consolidamento delle posizioni di questi ultimi attraverso l'introduzione di un ampio diritto di informazione, di un diritto di seguito nonché instaurando una ipotesi di volontaria giurisdizione.

---

[92] Gli artt. 2012, 2018-1, 2021, 2023, 2025 *code civil* parlano di *patrimoine fiduciaire*. Solo le disposizioni contabili lo definiscono *patrimoine d'affectation* e sembrano riconoscere una sorta di smembramento della proprietà in quanto si legge: «*en raison du transfert de la propriété juridique tel qu'organisé par la loi, les actifs et passifs faisant l'objet du contrat de fiducie sont transférés du patrimoine du constituant dans la fiducie, qui constitue un patrimoine d'affectation séparé du patrimoine propre du fiduciaire, au sein duquel ils feront l'objet d'une comptabilité autonome*». V. art. 12 della legge n. 2007-211 e il regolamento CRC (Comitato di regolamentazione contabile) n. 2008-01 del 3.4.2008 relativo al trattamento contabile delle operazioni di *fiducie*.

[93] La posizione di proprietario impedisce al trustee di godere di qualsivoglia vantaggio tant'è vero che «salva disposizione contraria dell'atto di trust, il trustee deve restituire tutti i beni o vantaggi acquistati o ricevuti per qualsiasi motivo nell'esercizio della sua funzione.»; v. art. 529 p.

[94] Non lo è nel caso della *fiducie*: i creditori della *fiducie* possono infatti rivalersi sul patrimonio del costituente qualora la massa fiduciaria sia insufficiente. I predetti creditori possono, però, rafforzare la segregazione prevedendo che il passivo fiduciario sia limitato al solo patrimonio della *fiducie* oppure disponendo che tutto o parte del passivo sia a carico del fiduciario ma, in entrambi i casi, ciò deve essere accettato, v. art. 2025 *code civil*.

[95] V. art. 529 n 2. I beni in trust rispondono soltanto per le obbligazioni previste nelle disposizioni dell'atto di trust e per quelle sostenute dal trustee nel regolare adempimento della sua funzione. Per tutte le altre obbligazioni l'esecuzione forzata è esclusa.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

Quanto al trustee, partendo dai requisiti relativi al ruolo, nessuna limitazione è prevista in Svizzera mentre in Francia solo persone giuridiche tassativamente individuate e solo gli avvocati, tra le persone fisiche, possono svolgere il ruolo di trustee. Si avvicina più ad un mandatario che ad un rappresentante il trustee svizzero il quale è gravato di obblighi di diligenza e lealtà (che includono l'obbligo di evitare conflitti di interesse), di rendiconto, di informazione e di identificazione. Peraltro può essere chiamato a rispondere con il proprio patrimonio personale per le obbligazioni assunte in adempimento dei suoi obblighi in quanto trustee; ha diritto al rimborso delle spese (e di eventuale ritenzione o compensazione sui beni), ad una retribuzione adeguata ed al risarcimento del danno patito. Il fiduciario francese, pur gravato da obbligo di rendiconto, deve fare menzione del suo ruolo solo ove agisce per conto della *fiducie* ed è responsabile con il suo patrimonio solo degli errori che commette durante quella che viene definita «missione». La morte del trustee non determina la fine del trust così come, invece, previsto per la *fiducie* francese che, sotto questo profilo, riprende le norme sul mandato. In Svizzera la morte del trustee (come l'insolvenza in caso di persona giuridica) determina la cessazione della funzione di trustee e la sua sostituzione in base alle disposizioni dell'atto di trust o, in mancanza, per decisione del giudice.

Quanto, invece, alla posizione dei beneficiari, essa è più tutelata in Svizzera che non in Francia. Per quanto, infatti, la *fiducie* non possa più essere revocata se non con l'accordo dei beneficiari una volta che essi abbiano accettato il contratto, questi ultimi non hanno – almeno espressamente – alcuno strumento per reagire alle ipotesi di disposizioni infedeli da parte del trustee. La Svizzera, sotto questo profilo, si mostra più attenta e prevede che siano le norme (già conosciute all'ordinamento svizzero) sull'indebito arricchimento a comportare la restituzione dell'acquisto da parte dell'acquirente. Unica eccezione l'ipotesi in cui si sia di fronte ad un acquirente di buona fede a titolo oneroso. Oltre ai beneficiari, possono chiedere la restituzione altri trustee, il guardiano e il disponente che si sia riservato tale diritto. I beneficiari di un trust svizzero (se tutti definiti) possono, inoltre, sciogliere anticipatamente il trust mediante accordo scritto fatto salvo il consenso del disponente ove previsto. Come accennato, quelli di una *fiducie* possono impedirne la revoca a patto che abbiano accettato la *fiducie* stessa.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

Le molteplici differenze evidenziate inducono a ritenere che, sebbene sia analogo l'obiettivo (creare istituti propri), distante è il risultato raggiunto. E non foss'altro che per l'assenza di limitazioni (in punto di finalità e natura del fiduciario), quello svizzero pare un tentativo più vicino alla meta.

6.2. *Italia*

Il nostro ordinamento non ha una disciplina interna sul trust ma è noto che svariati sono stati i tentativi di introduzione di un istituto analogo[96]. Nella scorsa legislatura coesistevano, addirittura, due proposte di legge: una riguardante il trust[97] e una il contratto di affidamento fiduciario[98].

[96] I tentativi di introdurre una disciplina normativa del trust (o di un istituto ad esso affine) nel nostro ordinamento sono davvero numerosi e i primi risalgono ormai ad oltre 15 anni fa (Disegno di legge n. 1234 del 28.12.2006 relativo all'istituzione di un trust di diritto italiano; ma è dello stesso anno la proposta di legge relativa al contratto di affidamento fiduciario (n. 6320 del 1.2.2006). Tra di essi merita di essere menzionato il progetto datato 2010 (il quale contemplava la delega al Governo per la disciplina della fiducia definita come «come lo strumento negoziale con il quale un soggetto (fiduciante) trasferisce in forma di patrimonio separato beni o diritti o somme di denaro a un altro soggetto (fiduciario) che li amministra in funzione di uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati, o determinabili», disegno di legge n. 2322-XVI legislatura, consultabile *https://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/testi/35780_testi.htm*) concernente l'introduzione del contratto di fiducia e ritenuto dai più una vera occasione perduta. Così P. Pardolesi, *Percorsi microcomparatistici: dal trust al contratto di affidamento fiduciario*, Quaderni del Dipartimento ionico Università degli Studi di Bari, 2018, 140. L'A. pone in rilievo come il legislatore avesse già fatto proprie alcune conclusioni della dottrina a proposito delle situazioni affidanti, ovvero quello per cui tali atti di autonomia privata ricevono più ampie possibilità di utilizzazione in presenza di norme quali l'art. 2645-*ter* c.c. coordinate con gli artt. 1322 c. 2 c.c. e 1706 c.c. sancendo il potere dei privati di realizzare interessi meritevoli di tutela attraverso l'autonomia privata senza alcuna limitazione ai beni immobili e mobili registrati (come previsto dall'art. 2645-*ter* c.c.).

[97] Il disegno di legge n. 1151 del 19.3.2019 (presentato dall'allora Primo Ministro Prof. Giuseppe Conte di concerto con il Ministro della Giustizia Bonafede) conteneva la delega al Governo per la revisione del codice civile, reperibile *https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/51488_testi.htm.*

[98] D'iniziativa della senatrice Riccardi è, invece, il disegno di legge n. 1452 del 5.8.2019 relativo al negozio di affidamento fiduciario, reperibile *https://www. senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/52177_testi.htm.*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

A seguito della presentazione dell'avamprogetto svizzero, da più parti si è sollevata la domanda in ordine alla necessità o meno che anche l'Italia si doti di una disciplina sul trust. È stato anche evidenziato che il testo svizzero, laddove adottato, potrebbe essere utilizzato da cittadini italiani proprio perché scritto anche in italiano. E ciò potrebbe anche significare "migrazione di capitali" sul suolo elvetico[99]. D'altro canto non è mancato chi ha sottolineato che il tentativo svizzero, per quanto messo in atto da un legislatore esperto ed avveduto, non realizzerà a pieno l'obiettivo di affrancarsi dal trust, finendo per «scimmiottarlo»[100]. A tal fine parrebbe ancor più opportuna l'idea di dare un quadro normativo al contratto di affidamento fiduciario che tenta di creare gli effetti del trust attraverso meccanismi propri del nostro ordinamento.

Per quanto riguarda la prima delle citate proposte, il raffronto è limitato dal fatto che il disegno di legge n. 1151 conteneva solo la delega al Governo per la revisione del codice civile attraverso «*la definizione delle modalità di costituzione e di funzionamento del trust e degli altri contratti di affidamento fiduciario, al fine di assicurare adeguate forme di tutela dei beneficiari*»[101].

---

[99] Ritiene che la proposta svizzera sia rivolta unicamente alla clientela straniera ed evidenzia che l'introduzione di siffatta disciplina è foriera di contraddizioni ed incongruenze A. REALI, *Prime considerazioni sull'Avamprogetto svizzero per inserire il trust nel codice delle obbligazioni: una disciplina per stranieri - parte I* in *Trusts*, 2022, 808-819 e *parte II*, in *Trusts*, 2022, 1004-1017.

[100] M. Lupoi in CARRELLO, *Cercasi legge sul trust per fare dell'Italia la nuova Svizzera*, cit.

[101] Art. 1, comma 1, lett. *p*) del disegno di legge delega n. 1151/2019. Sia pur nella brevità ed estrema concisione del testo in punto di trust, il disegno di legge è stato oggetto di una prima lettura in chiave critica sia in ordine al metodo che all'oggetto del futuro intervento legislativo. L'invito è infatti quello di «correggere il tiro» alla luce di quelle che sono ormai delle evidenze che mostrano un punto di scollamento fra la nobile ma obsoleta tradizione codicistica e la elevazione codicistica dell'individuo. Un intervento realmente riformatore dovrebbe svincolare le manifestazioni di autonomia negoziale dalla tipicità formale dando ad essere rilevanza anche esterna. In particolare si dovrebbe eliminare il ricorso al concetto di fiducia facendo emergere quella che è la realtà del procedimento negoziale, ossia la realizzazione graduale e finalistica dell'assetto degli interessi perseguito. Gli studi sul trust hanno fatto emergere la dimensione dinamica e programmatica di una operazione dispositiva; ne discende, secondo questa dottrina, la opportunità (pre-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

Per quanto riguarda il secondo disegno di legge è opportuno ricordare che il contratto di affidamento fiduciario appare, a livello dottrinale, nel 2014 con la monografia ad esso dedicata dal Prof. Maurizio Lupoi[102], all'esito – come da lui stesso indicato – di una ventennale ricerca nel campo delle situazioni affidanti[103]. Ricerca che lo ha portato a porre in evidenza come soluzioni anche migliori del trust possono essere raggiunte utilizzando gli strumenti della nostra tradizione giuridica[104]. Dell'inevitabile raffronto con il trust[105], lo

---

feribile) di novellare le norme sul mandato o sull'atto di destinazione patrimoniale, senza introdurre nuovi schemi codicistici. In questo senso G. PALERMO, *Trust e mandato a disporre* in Atti del convegno "Il diritto patrimoniale – una rivisitazione: le revisioni" organizzato dall'Associazione Civilisti Italiani, Roma, 14 e 15 giugno 2019.

[102] M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014. Lo stesso A. si era già espresso sul punto *Il contratto di affidamento fiduciario* in *Riv. not.*, 2012, 522-530 e in *Trusts e attività fiduciarie*, 2012, 585-591 ed aveva salutato con favore l'introduzione nella Repubblica di San Marino della legge n. 43/2010 avente ad oggetto appunto il contratto di affidamento fiduciario, v. M. LUPOI, *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, 469-471., *The new law of San Marino on the "affidamento fiduciario"* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, 353-359.

[103] M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008.

[104] L'alternativa consisterebbe nella possibilità di impiegare uno strumento dalle funzioni speculari al trust attraverso l'applicazione della legge italiana (e non il richiamo ad una legge straniera) fornendo una risposta "certa" in termini di regole. Così P. PARDOLESI, *Riflessione comparativa in tema di trust e contratto di affidamento fiduciario*, in Annali del dipartimento ionico Università degli studi di Bari, 2019, 279-289. L'A. evidenzia alcuni profili di imprescindibile rilevanza funzionale quali la predisposizione della stabile realizzazione di un programma destinatorio meritevole; l'effetto combinato del negozio autorizzativo e dei meccanismi di autotutela; il regime pubblicitario degli acquisti dell'affidatario fiduciario. Lo stesso ritiene verosimile delineare alcuni punti di affinità con la versione contrattuale di trust prospettata da Langbein; testualmente «nella c.d. *consensual information* si rinviene una fase prodromica tra settlor e trustee finalizzata a predisporre un programma condiviso nel quale prevedere e disciplinare gli aspetti salienti dell'ufficio da ricoprire (quali i poteri e le responsabilità del trustee, il suo compenso e il rapporto con il protector)».

[105] Conduce un'indagine sulla possibilità di equiparare trust, *fiducie* e contratto di affidamento fiduciario P. PARDOLESI, *Trust*, fiducie *e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?*, in *Trusts*, 2020, 503-521. In partico-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

stesso Prof. Lupoi, già nel 2012, scriveva: «*rispetto al trust, necessariamente retto da una legge straniera, il contratto di affidamento fiduciario è retto dalla legge italiana ed è in base ad essa interpretato e adempiuto: questo è un indubbio vantaggio, ma anche un rischio, perché spontanea è la tendenza alla omologazione con tipi negoziali conosciuti (per esempio, il mandato) e quindi la perdita delle specificità che ho cercato di delineare nelle pagine precedenti. Al contratto di affidamento fiduciario si arriva dopo avere conosciuto il trust e averne ripreso le valenze in un'ottica di diritto civile, esplicitando quanto il nostro ordinamento ha sotterraneamente suggellato e ora riportiamo alla luce. Si tratta di una operazione in primo luogo culturale, ma, al tempo stesso, di tecnica giuridica. Confido che questa volta la dottrina colga l'occasione e che la prassi professionale, come fu per il trust, segni la strada*»[106].

Il tentativo pare, dunque, quello di utilizzare istituti noti al nostro ordinamento; il richiamo è al mandato, all'esecutore testamentario ed alle obbligazioni fiduciarie, "dimenticate" ma mai escluse dal nostro ordinamento. In un tentativo di sintesi, il contratto di affidamento fiduciario appare come un negozio di durata (non oltre novanta anni), ad effetti obbligatori (paiono avere natura fiduciaria le obbligazioni gravanti sull'affidatario) e funzionalmente caratterizzato dal c.d. programma destinatorio[107]. Quest'ultimo rivela tutta la sua importanza poiché è l'oggetto del contratto e rappresenta «la destinazione e i modi per realizzarla»[108]. L'affidamento fiduciario mira

---

lare l'A. evidenzia che, al netto della natura contrattuale propria della *fiducie* e del contratto di affidamento fiduciario, occorre soffermarsi sulla possibilità di "contrattualizzare" il trust e giunge alla conclusione che ciò è possibile nei termini e nelle premesse della ricostruzione di John H. Langbein, uno dei maggiori esperti nordamericani di trust.

[106] LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, cit., 512.

[107] G. AMORE, *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del "dopo di noi"* in *Studium iuris*, 2019, n. 6, 718-726, e n. 7, 895-905.

[108] La presenza di un programma fa venire in rilievo l'esistenza di una obbligazione fiduciaria o meglio, come evidenziato da M. GRAZIADEI nel suo *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, in *Quadrimestre*, 1990, 1-13: «l'obbligazione fiduciaria si modella in larga misura sul contenuto delle situazioni programmate dalle parti». Siamo di fronte ad un vincolo e ciò attrae il contratto di affidamento fiduciario nell'area degli atti di destinazione ma con una precisa distinzione: il vincolo

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

alla stabilità sino al punto di rifiutare rimedi quali la risoluzione per inadempimento che – di fatto – esaurirebbe il programma destinatorio[109] e preferire soluzioni di autotutela[110] che favoriscano e garantiscano – appunto – la stabilità del programma[111].

---

non è sui beni ma sull'attività e, in questo, si differenzia dagli atti o negozi di destinazione, fiduciari o meno e dai contratti gestori i quali pongono massima attenzione alla persona obbligata e non all'attività. V. M. LUPOI, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, Atti dei Convegni Bologna, 26 novembre 2016 - Roma, 3 marzo 2017 (quaderni Fondazione italiana del notariato n. 1/2017), 128-133.

[109] Ciò avviene attraverso la sostituzione dell'affidatario tramite il meccanismo della autorizzazione ed in virtù di un rapporto dominicale necessariamente temporaneo fra l'affidatario e i beni affidati. Ciò fa sì che il rapporto cessi al venir meno della funzione (per morte, sopravvenuta incapacità, rinuncia, sostituzione con altro affidatario) e che operi la condizione risolutiva che accede sempre ad un trasferimento di beni affidati. La sostituzione opera attraverso la cessione del contratto.

[110] "E autotutela e negozi autorizzativi sono aspetti sconosciuti (e forse addirittura collidenti) rispetto alla figura storica e tradizionale del negozio fiduciario perché esso, detto in estrema sintesi, difetta di organizzazione e di un interesse oggettivo diverso da quello dei singoli soggetti" scrive G. BARALIS, *Autotutela e autorizzazioni nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, Atti dei Convegni Bologna, 26 novembre 2016 - Roma, 3 marzo 2017 (quaderni Fondazione italiana del notariato n. 1/2017), 145-154.

[111] Ritiene che sia fondamentale proprio un vincolo forte del ruolo, o ufficio, sostenuto da pieni poteri sui beni, a prescindere dalla persona o dal bene, A. GENTILI, *Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, Atti dei Convegni Bologna, 26 novembre 2016 - Roma, 3 marzo 2017 (quaderni Fondazione italiana del notariato n. 1/2017), 139-144. Una conferma, in questo senso, pare essere venuta proprio dalla citata l. n. 112/2016 la quale, accomunando trust, atti di destinazione patrimoniale e contratto di affidamento fiduciario, ha inteso porre in evidenza l'aspetto comune ossia la protezione dei beni rispetto alle vicende del loro temporaneo titolare in funzione del progetto di vita del soggetto disabile. In questo senso A. GAMBARO, *La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, Atti dei Convegni Bologna, 26 novembre 2016 - Roma, 3 marzo 2017 (quaderni Fondazione italiana del notariato n. 1/2017), 155-161. Lo stesso A. pone in evidenza che una qualche difficoltà può derivare dal difficile inserimento del pro-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

Il testo del disegno di legge n. 1452 è debitore di questa ricostruzione dottrinale dalla quale, pertanto, non si poteva prescindere. Rispetto al trust svizzero è (forse) più marcata la matrice contrattuale, non solo perché tale è la definizione[112] ma anche perché sono precisamente individuate le parti che (testualmente) «convengono il programma»; in ogni caso, al pari dell'avamprogetto svizzero in punto di trustee, il citato disegno di legge richiede l'accettazione da parte dell'affidatario fiduciario[113]. Non si parla di proprietà ma di appartenenza temporanea, così che l'affidatario esercita ogni facoltà dominicale entro i limiti posti dal contratto[114].

Quanto al patrimonio (definito affidato), nel testo si evidenzia l'essere distinto da quello personale dell'affidatario, senza pronun-

---

gramma negoziale disposto dal contratto di affidamento fiduciario nel sistema pubblicitario; in particolare, il sistema della trascrizione non consente che il vincolo su un certo bene possa valere tale e quale sul bene che lo surroga secondo le previsioni di gestione dinamica fissate dal programma di affidamento fiduciario. V. A. GAMBARO, *La proprietà. Trattato di diritto privato* (G. Iudica, P. Zatti cur.), Milano, 2017; in particolare sez. IX, La proprietà nell'interesse altrui, 402-432. La segregazione del patrimonio affidato rappresenta, infine, la provvista per l'esecuzione del programma a vantaggio di terzi; il riferimento è a quel complesso di beni connessi funzionalmente in quanto strumentali alla realizzazione del programma. I beni affidati sono in una posizione dinamica e non statica; v. GAMBARO, *La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale*, cit., il quale ritiene che si possa parlare di una "universalità" giuridica. Beni in relazione ai quali opera la surrogazione reale proprio per effetto della unificazione che si ha di essi affidati in ogni loro eventuale mutazione (variazione, permuta o sostituzione). L'affidatario ne diviene custode cosicché qualunque loro incremento, anche se dovuto alla sua opera o all'impiego di suoi mezzi finanziari, diviene oggetto dell'affidamento ed è al servizio del programma destinatorio. Secondo LUPOI ne diviene custode nel senso di "custos" del diritto comune, v. *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., 221.

[112] V. art. 1. Con il negozio di affidamento fiduciario l'affidante e l'affidatario fiduciario convengono il programma che l'affidatario fiduciario si obbliga a attuare impiegando uno o più beni a favore di uno o più beneficiari entro un termine non eccedente novanta anni.

[113] In caso di negozio istituito in via testamentaria, l'accettazione della qualità di affidatario fiduciario dalle norme sull'accettazione della nomina di esecutore testamentario.

[114] Agisce quale soggetto tenuto a soddisfare esclusivamente interessi altrui e non compie alcun atto dal quale possa ricavare vantaggio, neanche indiretto; v. lett. *a*) art. 8 disegno di legge n. 1452.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

ciarsi sul rapporto con i creditori ma chiarendo l'effetto di surrogazione reale (per ogni trasformazione o permutazione in altri beni). Un approccio differente rispetto a quello svizzero che si sofferma sull'effetto segregativo ed alla posizione proprietaria del trustee.

Diversa è la disciplina dei beneficiari che non godono di nessun diritto di seguito né della facoltà di porre fine al negozio che, come detto, punta alla stabilità attraverso meccanismi che ne consentano la prosecuzione nel tempo. Da qui la particolare attenzione posta alla attuazione del programma cui il disegno di legge italiano dedica ben 8 articoli. Al pari della disciplina svizzera il negozio può prevedere che l'affidante (e anche il garante) esprimano il proprio consenso al compimento di un atto dell'affidatario fiduciario. Quest'ultimo ha, sostanzialmente, i medesimi obblighi di correttezza, buona fede, diligenza e di rendiconto. Vi sono differenze però in ordine all'ipotesi di inadempimento dell'affidatario fiduciario in quanto non vi è, come nel testo svizzero, un obbligo di restituzione in capo agli acquirenti ma è il medesimo affidatario ad essere tenuto a ripristinare il patrimonio affidato, fermo il diritto al risarcimento di quanti siano stati direttamente danneggiati.

Anche il rapporto dell'affidatario fiduciario con i terzi è disciplinato in maniera differente: se, infatti, nell'avamprogetto svizzero il trustee risponde con il patrimonio personale per gli errori compiuti durante il proprio compito, per l'affidatario fiduciario ciò avviene solo nel caso in cui non abbia fatto espressa menzione della propria qualità e rimane comunque salvo il diritto di rivalsa sul patrimonio affidato.

Del tutto propria del contratto di affidamento fiduciario è, infine, la disciplina delle ipotesi di annullabilità di determinati negozi compiuti dall'affidatario fiduciario (ad esempio in conflitto di interessi) e della previsione contrattuale contenente il negozio (di autorizzazione) di autorizzazione con cui l'affidatario autorizza l'affidante o il garante a trasferire ad un diverso affidatario i rapporti derivanti dal negozio di affidamento fiduciario (ad esempio in caso di morte o incapacità di un affidatario fiduciario o mancanza di esso). Entrambi gli aspetti non trovano analoghi nell'avamprogetto svizzero in cui, ad esempio, la morte del trustee comporta la sua sostituzione ma senza una preventiva autorizzazione in tal senso.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

L'avamprogetto svizzero parla in più punti di un istituto *sui generis* ed in effetti esso pare essere la risultante di due istituti. Desta qualche dubbio anche il percorso logico attraverso il quale il legislatore giunge ad esso[115]. Forse davvero potrebbe essere sufficiente "migliorare" la fiducia.

7. Quale la strada da seguire per il legislatore italiano?

Autorevole dottrina ha chiosato che «solo qualche sprovveduto può pensare che con il trust si possa fare di tutto e di più»[116]. Esiste infatti una precisa geometria da rispettare; non si ha dunque mano libera. Da qui una critica nei confronti del legislatore italiano che ha dato risposte parziali, in occasione di riforme più o meno recenti (quali l'introduzione degli artt. 2645-*ter* c.c. e 2929-*bis* c.c.) ed un invito a far tesoro dell'esperienza compiuta in materia di trust e fiducia per dare all'ordinamento un corpo di regole radicato nel tessuto del diritto italiano[117]. Quello a cui stiamo assistendo è un flusso giuridico[118] che – come è stato detto – sta subendo un processo di metabolizzazione[119]; esso ha già offerto la nascita di una figura dottrinale e può indirizzare i passi del legislatore se vorrà mantenere la peculiare posizione assunta sinora dal nostro ordinamento in punto di trust.

La necessità di un intervento legislativo nasce non solo (e non tanto) per la situazione incertezza derivante da un vuoto normativo cui cercano di supplire dottrina, giurisprudenza e prassi, ma anche

---

[115] Su questo, v. in particolare, REALI, *Prime considerazioni sull'Avamprogetto svizzero per inserire il trust nel codice delle obbligazioni: una disciplina per stranieri - parte I e parte II*, cit. il quale evidenzia che il fatto di aver fatto scivolare, per l'occasione, l'accostamento tra il trust, da un lato, e la fiducia, dall'altro, al di fuori della voce «analogia» (recepita), per farlo invece rientrare in quella dell'«avvicinamento funzionale» (respinta), è un qualcosa che appare, di per sé, oggettivamente misterioso.

[116] M. GRAZIADEI, *Trust e fiducia in Italia*, in M.L. BICCARI (cur.), *Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico comparatistico. Studi Urbinati, Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, 2016, vol. 66, 349-368.

[117] GRAZIADEI, *Trust e fiducia in Italia*, cit., 352.

[118] In questi termini M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati*, Napoli, 2002; lo stesso A. ha posto in rilievo la "delicatezza" del tema in *Si fa presto a dire "trust"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 669-680.

[119] M. LUPOI, *La metabolizzazione del trust*, in *Corriere giur.*, 2017, 6, 781-795.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

dalla circostanza di dover – una volta per tutte – prendere atto dell'avvenuto cambiamento (e fors'anche superamento) di alcuni limiti che sono nel nostro ordinamento[120] e dall'opportunità di verificare l'effettiva solidità e persistenza degli stessi[121].

Sotto il primo profilo merita evidenziare come non vi sia solo incertezza ma anche difficoltà di «replicare» sino in fondo il modello di *common law*. Il Prof. Antonio Gambaro ha – di recente – posto in rilievo come gli strumenti di tutela dei costituenti e dei beneficiari costituiscono il centro di gravità di quel modello ma sono difficilmente accessibili ai trust interni poiché il diritto interno non li prevede e la giurisprudenza può non essere disponibile ad attivarsi giusto il disposto dell'art. 13 Conv. de l'Aja[122]. Quanto al secondo aspetto, basti pensare al concetto di proprietà (ed al connesso principio di responsabilità patrimoniale) così differente tra Codice Civile e Costituzione; neppure un decennio tra l'uno e l'altro testo ma un approccio differente[123]. Pare altrettanto necessario ripensare al tentativo del diritto italiano di mettere al bando ogni forma di proprietà eretta nell'interesse altrui, il quale non si è rivelato vincente[124] e ri-

[120] Ritiene che debba essere evidenziato che sembrano essere le esigenze economiche a voler travolgere inesorabilmente categorie e tradizioni, univocamente orientate G. SCIANCALEPORE, *L'Italia si conferma ordinamento no trust (spigolando oltre ogni contaminazione)* in *www.comparazionedirittocivile.it*, 2015. Lo stesso A. afferma che il nostro ordinamento, sfornito di una normativa speciale sul trust, non tollera pedisseque trasposizioni, sol perché praticamente utili.

[121] Pare essere opinione ormai abbastanza diffusa se, sulla stampa specializzata, si leggono interventi come M. BAROC, *È l'ora del trust italiano?*, in IlSole24ore, Norme e tributi, 10.2.2022, L. INCORVATI, *Attesa da 30 anni una norma nazionale*, in IlSole24Ore, 29.1.2022.

[122] Si può dunque ottenere l'effetto di rendere opponibile la separazione dei beni all'interno del patrimonio del fiduciario ma non di munire i beneficiari di rimedi reipersecutori rispetto ai beni usciti illecitamente dal fondo e non di trovare un giudice disposto alla sostituzione del trustee quando abbia violato doveri o non sia in grado di adempierli. V. GAMBARO, *La proprietà.* cit., 402-432.

[123] V. A. GAMBARO, *La proprietà. Trattato di diritto privato* (G. IUDICA, P. ZATTI cur.), Milano, 2017; in particolare Cap. III sez. II e III, 161-251.

[124] In questi termini, M. GRAZIADEI, *La proprietà fiduciaria, la proprietà nell'interesse altrui, e i trust. Un itinerario* in *Trusts*, 2022, 26-47. Già nel 1990 lo stesso Graziadei scriveva: «ci muoviamo con un certo disagio quando affrontiamo il tema della proprietà fiduciaria, perché la proprietà fiduciaria presenta una dissociazione

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

spetto al quale è stata aperta una breccia molto importante sotto il profilo economico sfruttando la distinzione tra proprietà e legittimazione che esiste in tema di titoli di credito e che ha consentito il diffondersi delle intestazioni fiduciarie a favore di apposite società[125]. Ma, oltre ad una rilettura di questi limiti e della loro effettiva valenza, pare utile verificare se e in che misura per il nostro ordinamento sia davvero "altro" un istituto che, al pari del trust, si fondi su fiducia e destinazione patrimoniale[126].

L'esame va – in ogni caso – condotto alla luce del concetto chiaramente espresso da autorevole dottrina la quale, interrogandosi sul futuro della fiducia nell'esperienza italiana, ritiene che molto dipenderà dall'atteggiamento generale, consapevoli che fiducia e trust

---

tra la posizione giuridica attribuita al fiduciario e l'interesse sottostante, ignorata dalla tavola dei diritti soggettivi elaborata dalla nostra cultura giuridica. Si tratta forse di un disagio non del tutto giustificato se consideriamo che nei sistemi di *civil law* il potere di rappresentanza assolve senza sollevare difficoltà dogmatiche una buona parte delle funzioni svolte al di là della Manica dal trust, in virtù del dualismo tra *common law* e *equity*. Il fiduciario agisce in nome proprio. Su questa proposizione convergono i consensi della dottrina e della giurisprudenza di tutti i Paesi europei. Questo dato mette in luce una intersezione tra le regole del mandato senza rappresentanza e la commissione, e quelle in teme di titolarità di diritti per conto altrui. Per ragioni storiche nessun codice europeo regola in modo organico questa connessione, e tuttavia nessun legislatore ha potuto ignorarla completamente». GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, cit., 11.

[125] GAMBARO, *La proprietà*, cit., 409. Secondo l'A., dottrina e giurisprudenza si riferiscono alla stessa dissociazione parlando di un proprietario formale, l'intestatario, e di un proprietario sostanziale, l'affidante, e da questa configurazione traggono ispirazione per risolvere le questioni che possono sorgere in materia. Al di là della discutibile felicità dell'espressione, si deve prendere atto che si tratta di un modo per sottolineare che nel caso le proprietà sono due anche se insistono sui medesimi beni.

[126] Per il prof. Maurizio Lupoi, archiviato il tema della doppia proprietà di cui non si parla più da un decennio, rimangono due punti da superare: le obbligazioni fiduciarie e la destinazione patrimoniale che rappresenta la nuova frontiera da abbattere. Occorre infatti sempre tenere a mente che il trust vincola il comportamento del trustee poiché il trust si muove sul piano obbligatorio e non dei diritti reali. V. M. LUPOI, nell'intervento dal titolo *I nuovi scenari della fiducia e della destinazione patrimoniale*, svolto all'interno del convegno «Fiducia e destinazione» tenutosi a Bologna nell'ottobre 2020 (*https://eventi.unibo.it/destinazionepatrimoniale2020/programma*), pubblicato P. MANES, *I nuovi scenari della fiducia e della destinazione patrimoniale. Un dialogo con Maurizio Lupoi*, in *Trusts*, 2022, 627-632.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

sono strumenti dell'autonomia[127] e «vivono bene solo in una atmosfera giuridica pronta a riconoscerne il valore (abbandonando atteggiamenti paternalistici di legislatori e regolatori)»[128].

Il nostro legislatore potrà inoltre far tesoro delle conclusioni cui giunge un *common lawyer* che, affrontando il tema, ha affermato che: «se un paese di *civil law* desidera competere con il trust di *common law*, può introdurre il medesimo trust nella sua legislazione interna. Questo può risultare semplice (come in Jersey) o più complesso (come in San Marino) ma è possibile. Se questo non è accettabile, allora è possibile adattare istituti di *civil law* affinché provvedano alle stesse funzioni che un trust svolge in Inghilterra. San Marino lo ha fatto bene, con l'affidamento fiduciario. La Francia, invece, in maniera più blanda, con la sua *fiducie*»[129].

Potremmo dire che il nostro ordinamento non ha ancora deciso se seguire l'una o l'altra strada vista la compresenza, nella scorsa legislatura, di progetti di legge che mirano ciascuno ad uno dei predetti obiettivi[130]. L'approvazione dell'avamprogetto svizzero potrebbe rappresentare una "sconfitta" per il nostro sistema visto che cittadini italiani potrebbero decidere di trasferire in Svizzera patrimoni per conferirli in trust. Al contempo potrebbe essere una ragione in più per dare effettivo seguito ad iniziative legislative sul punto e consentire all'ordinamento italiano di mantenere la posizione peculiare assunta con il riconoscimento del trust c.d. interno e con l'apporto – ormai abbastanza sedimentato – di giurisprudenza e dottrina.

La Svizzera ha mostrato di cogliere l'invito ad un approccio maggiormente liberale; l'Italia, dal canto suo, ha un punto a favore

---

[127] Già nel 1994 rimarcava che «il trust costituisce un possente strumento di autonomia privata» A. GAMBARO, *Il "trust" in Italia e in Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, 497-513.

[128] A. GAMBARO, *Considerazioni finali* in M.L. BICCARI (cur.), *Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico comparatistico*, cit., 2016, 515-525.

[129] P. MATTHEWS, *Il trust di civil law visto da un common lawyer*, in M.L. BICCARI (cur.), *Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico comparatistico*, cit., 425-435.

[130] In ogni caso, nulla pare vietare che possano coesistere due discipline, come l'esperienza di San Marino dimostra.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

rappresentato da una disciplina fiscale sufficientemente chiara e cristallizzata[131]. Il dato fiscale, come visto, è una delle ragioni che potranno far arenare l'avamprogetto svizzero e, al contrario, favorire un'iniziativa italiana.

E proprio questo sembra essere lo scenario ormai prossimo visto che, da ultimo, il Consiglio Federale ha proposto di togliere dal ruolo l'avamprogetto relativo all'introduzione del trust «per mancanza di sufficiente consenso politico, in particolare in merito al trattamento fiscale»[132].

Abstract

Il contributo analizza l'ultimo tentativo volto a disciplinare il trust in un sistema di *civil law* in Europa. È il caso della Svizzera che, nei primi mesi del 2022, ha tenuto aperta una consultazione pubblica su un avamprogetto redatto a valle di una mozione presentata nel 2018. La circostanza si è rivelata di particolare interesse poiché l'ordinamento elvetico, sotto questo profilo, presenta diversi tratti in comune con quello italiano. Tra di essi gli svariati tentativi di dotarsi di una disciplina interna sul trust e la divisione della dottrina in ordine alla possibilità di poter utilizzare, rinnovandoli, istituti già presenti nel sistema, in grado di offrire soluzioni analoghe a quelle garantite dall'istituto anglosassone. Inevitabile il raffronto anche con il sistema francese che, ormai da 15 anni, ha introdotto nel *code civil* la *fiducie* al fine di avere un antagonista del trust. Se, di primo acchito, potrebbe sembrare che l'Italia sia indietro – rispetto a Francia e Svizzera – in questo percorso, a ben vedere si comprende come il nostro ordinamento possa avere una posizione di partenza migliore rappresentata da una condivisa ricostruzione fiscale del trust. L'aspetto fiscale è quello che ha ostacolato per anni l'introduzione della disciplina del trust in Francia e rischia di

[131] Di recente, l'Agenzia delle Entrate ha "riepilogato" la sua posizione nella circolare n. 34/E del 20.10.2022, *https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/4723049/Circolare+Trust+n.+34+derl+20+ottobre+2022.pdf/f286f49d-debe-7eda-89fc-8cf2bbe568fb*.

[132] Il 15.9.2023 il Consiglio federale ha proposto al Parlamento lo stralcio della mozione 18.3383 (*Introduzione del trust nell'ordinamento giuridico svizzero*) in ragione della situazione di stallo creatasi in fase di consultazione, anche a fronte dell'ipotesi di modernizzare la fondazione di famiglia invece di introdurre il trust svizzero, *https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/82552.pdf*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

farlo – ora – anche in Svizzera; se il nostro legislatore decidesse di offrire una cornice normativa ad un istituto fiduciario (sia esso il trust o il contratto di affidamento fiduciario), si potrebbe giovare di un punto di forza rappresentato – appunto – da un quadro fiscale sufficientemente condiviso e chiaro.

The paper analyses the latest attempt to regulate trust in a civil law system in Europe. This is the case of Switzerland, which held a public consultation in the early months of 2022 on a draft drawn up following a motion presented in 2018. This circumstance is of particular interest because in this respect the Swiss legal system shares several similarities with the Italian one. Among them, there are various attempts to establish internal regulations on trusts; also, as in Italy, the doctrine is divided regarding the possibility of using, with adaptations, items already present in the system, which could provide solutions similar to those guaranteed by the trust. A comparison with the French system is also inevitable since France introduced the *fiducie* into the *code civil* 15 years ago to have an alternative to the trust. While one may think that Italy is behind France and Switzerland in this process, upon closer examination, it becomes clear that the Italian legal system may have a better starting position, represented by a shared tax treatment of trusts. The tax aspect is what has hindered the introduction of trust regulations in France for years and is now a potential obstacle in Switzerland as well. If the Italian legislator decides to provide a regulatory framework for a fiduciary instrument (whether it is trust or *contratto di affidamento fiduciario*), it could benefit from a sufficiently shared and clear tax framework.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-9pappada

GABRIELE RACUGNO

SOCIETÀ DI PERSONE E DISTRIBUZIONE DI ACCONTI SUGLI UTILI PRIMA DELL'APPROVAZIONE DEL RENDICONTO. UN RIGIDO REVIREMENT NON CONDIVISIBILE DELLA CASSAZIONE

SOMMARIO: 1. La partecipazione del socio agli utili e alle perdite. La responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali. – 2. La partecipazione alle perdite e la responsabilità illimitata. Il creditore particolare del socio. – 3. La prassi di distribuzione di acconti sugli utili. Il patto leonino. – 4. Il socio d'opera. – 5. L'interpretazione della Cass. n. 10786/2003 che avalla la possibilità di percepimento di utili prima dell'approvazione del rendiconto alla luce del "salvo patto contrario" dell'art. 2262. – 6. Il *revirement*, non condivisibile, della Cassazione n. 6855/2022 che interpreta il "salvo patto contrario" come possibilità di "limitare" e non già di "espandere" il diritto del socio alla percezione degli utili. – 7. L'ampiezza della clausola "salvo patto contrario" in varie norme del codice civile. – 8. L'indebito prelievo di utili concorre a formare l'attivo patrimoniale in relazione alla fallibilità della società.

1. Le considerazioni che seguono prendono le mosse dall'art. 2262 c.c., che così dispone: *Salvo patto contrario, ciascun socio ha diritto di percepire la sua parte di utili dopo l'approvazione del rendiconto*[1]. L'art. 2262 c.c. sancisce il diritto del socio di percepire la sua

[1] In argomento, L. BENATI, *Il rendiconto delle società di persone*, Milano, 2006; P. SCHLESINGER, *L'approvazione del rendiconto annuale nelle società di persone*, in *Riv. soc.*, 1965, p. 810. Il rendiconto *ex* art. 2262 c.c. deve possedere i caratteri essenziali del bilancio, in quanto posto a tutela dei soci e dei terzi: Trib. Napoli, 30 marzo 1995, in *Società*, 1995, p. 1455. Per quanto riguarda la natura del rendiconto, ed in specie la coincidenza tra lo stesso ed il bilancio di esercizio, si veda C. CINCOTTI, *Le obbligazioni di rendiconto: profili ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I,

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

parte di utili dopo l'approvazione del rendiconto senza necessità di una delibera di distribuzione. L'approvazione del rendiconto deve intendersi come atto degli amministratori piuttosto che come decisione dei soci[2]. Norma questa, dettata in sede di disciplina della *società semplice* ed applicabile alla *società in nome collettivo* (art. 2293 c.c.) ed alla *società in accomandita semplice* (art. 2315 c.c.). Nelle società di persone, specie piccole e di medie dimensioni, prevale l'interesse del socio alla ripartizione immediata dall'utile rispetto alla politica di autofinanziamento, ammissibile solo con il consenso di tutti i soci. Si ha un utile quando dal conto economico emerge che i ricavi dell'esercizio (o valore della produzione) superino i costi, al netto delle rettifiche e dei proventi (od oneri) finanziari. Non è detto che l'utile accertato con il conto economico possa essere distribuito. In-

---

p. 1470; U. BELVISO, *Per una introduzione allo studio del rendiconto degli amministratori di società semplice*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1256, il quale sottolinea che il rendiconto è qualcosa che non si può identificare con il bilancio; L. TRONCI, *L'obbligazione di rendiconto e il bilancio di s.n.c.*, in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 803, che commenta Cass., 3 febbraio 2017, n. 2962, secondo la quale: "Il bilancio, funzionale alla ripartizione degli utili, ha una portata generale e rimanda alla formazione di un necessario documento unico di periodo correlato all'intero esercizio economico convenzionalmente assunto. Il bilancio non soddisfa, peraltro, ogni esigenza informativa connessa al rendiconto proprio della gestione di subperiodo dell'amministratore, che si riferisce alla «svolgimento degli affari sociali», quindi anche a singole rilevanti operazioni, e ha scopo preparatorio del bilancio". Quindi il rendiconto di cui all'art. 2261, comma 1, c.c., riconducibile al rendiconto del mandatario *ex* art. 1713 c.c., e il bilancio di cui all'art. 2261, comma 2, c.c. e all'art. 2262 c.c. al bilancio delle s.p.a. *ex* art. 2423 c.c. Secondo il principio generale di cui al secondo comma art. 2217 c.c., nelle valutazioni di bilancio le società di persone devono attenersi ai criteri stabiliti per le società per azioni ed in particolare al criterio del "costo storico".

A differenza del bilancio delle società di capitali, il bilancio delle società di persone non è soggetto a pubblicità, in quanto previsto essenzialmente in funzione di tutela delle ragioni dei soci ed in particolare dei soci non amministratori. Solo nel caso previsto dall'art. 111-*duodecies* disp. att. c.c., vale a dire quando tutti i loro soci illimitatamente responsabili siano s.p.a., s.a.p.a. e s.r.l., le s.n.c. e le s.a.s. devono "redigere il bilancio secondo le norme previste per le società per azioni" e "devono inoltre redigere e pubblicare il bilancio consolidato come disciplinato dall'art. 26 del d.lg. 9 aprile 1991, n. 127, ed in presenza dei presupposti ivi previsti".

[2] In questi termini A. STAGNO D'ALCONTRES, N. DE LUCA, *Manuale delle società*, Torino, 2023, p. 69. Questo diritto può essere escluso o limitato dall'atto costitutivo o dalla maggioranza dei soci.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

fatti l'utile d'esercizio è distribuibile solo quando dal bilancio, cioè dallo stato patrimoniale, non risultano perdite accumulate negli esercizi precedenti (perdite portate a nuovo)[3]: art. 2303, comma 2,c.c.

La percezione dell'utile esistente e risultante dal rendiconto è un diritto soggettivo, individuale e spetta al socio *uti singulis*; ciascun socio può pretendere di ricevere la sua quota di utile senza che sia necessario che la società ne approvi la distribuzione[4], ciò a differenza di quanto avviene nelle società di capitali dove l'assemblea, oltre a dover approvare il bilancio, deve anche deliberare la distribuzione degli utili affinché il socio maturi il diritto individuale a percepirli.

Il diverso regime di responsabilità dei soci di società di persone e di quelli di società di capitali costituisce il fondamento della distinzione delle regole in tema di percezione dell'utile: nelle prime i terzi godono della garanzia costituita dalla responsabilità dei soci; nelle seconde la garanzia è costituita unicamente dalla patrimonializzazione della società.

Considerato il principio unanimistico che regge la natura del contratto sociale (art. 2252 c.c.), l'approvazione del rendiconto presuppone il consenso di tutti i soci[5], approvazione che può essere anche *tacita*, attraverso un comportamento concludente, purché non sussista opposizione al rendiconto comunicato dagli amministratori[6].

Parimenti, la creazione di *riserve facoltative*, formate attraverso l'accantonamento degli utili e il loro reinvestimento in società per fronteggiare futuri possibili momenti di difficoltà, è possibile solo con il consenso di tutti i soci.

Aggiungasi che nella prassi frequentemente si procede alla distribuzione di "acconti sugli utili" prima dell'approvazione del rendiconto, come pure al sostenimento di spese, a carico della società,

---

[3] Ad. es., se la società Alfa nell'esercizio T^1 ha generato una perdita di esercizio di 20.000 euro e nell'esercizio T^2 un utile di esercizio di 30.000 euro, la stessa esporrà nel complessivo un utile di bilancio di 10.000 euro che potrà essere distribuito: così A. STAGNO D'ALCONTRES-N. DE LUCA, *op. cit.*, p. 72.

[4] Cass., 17 febbraio 1996, n. 1240, in *DeJure*; Cass., 20 aprile 1995, n. 4454, *ivi*; M. BUSSOLETTI, *Società semplice*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1994, p. 915.

[5] G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1999, p. 175; F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, p. 254. In senso contrario, per l'approvazione del rendiconto delle società di persone *a maggioranza*, A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 117.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

di esclusivo e personale interesse di uno o più soci. Per questi prelievi di acconti la società, fino all'approvazione del rendiconto, vanta un credito nei confronti del socio.

In ogni caso, come appena detto, in presenza di una perdita del capitale sociale, non può farsi luogo a ripartizione di utili, ma occorre ridurre o reintegrare in misura corrispondente il capitale prima di provvedere alla distribuzione (2303 c.c.), a conferma che nonostante il regime di responsabilità illimitata dei soci di società di persone (con esclusione dell'accomandatario della s.a.s.), il capitale sociale riceve una specifica tutela dal codice che conferma l'interesse a mantenerlo in misura almeno pari ai conferimenti iniziali[7].

2. La partecipazione alle *perdite* (da non confondersi con la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali) non incide in modo diretto sul valore della singola partecipazione, almeno fino alla liquidazione della società o alla liquidazione della quota del singolo socio: solo al termine del rapporto sociale, infatti, il socio corre il rischio di vedersi rimborsare una somma di denaro inferiore al valore del conferimento iniziale, così come solo al verificarsi di una causa di scioglimento i liquidatori possono chiedere ai soci, in mancanza di patrimonio sociale disponibile, di versare quanto necessario per pagare i creditori sociali (art. 2280, comma 2, c.c.).

Prima dello scioglimento della società (o del singolo rapporto sociale), quindi, gli unici concreti effetti delle perdite sono, da un lato, quello di fissare la misura del regresso verso gli altri soci da parte del socio che sia stato chiamato a rispondere dei debiti sociali e, dall'altro, quello di impedire la distribuzione degli utili, fino a che le perdite non siano ripianate o il capitale ridotto in misura corrispondente (art. 2303, comma 2, c.c.).

Sotto diverso profilo, ciò che caratterizza le società di persone, e le differenzia nettamente dalle società di capitali, è il fatto che delle obbligazioni sociali rispondono personalmente e in solido tra loro

[6] Trib. Catania, 30 giugno 1987, in *DeJure*; in dottrina, O. CAGNASSO, *La società semplice*, in *Tratt.* Sacco, Torino, 1998, p. 198.

[7] In questo senso, G. VALCARENGHI, *Comportamenti di dubbia legittimità: dalla distribuzione anticipata di utili ai prestiti dalla società ai soci*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, 2022, p. 18.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

anche i singoli soci (art. 2267, comma 1, c.c.). Quindi, nelle società di persone alla responsabilità della società per le obbligazioni sociali si aggiunge (a titolo di responsabilità diretta per debito proprio, o a titolo di garanzia, secondo le due diverse ricostruzioni tra le quali si divide la dottrina), quella personale e solidale dei soci[8].

Ne discende che se si eccettuano quindi le ipotesi di limitazione della responsabilità legali (per i soci accomandanti) o convenzionali (cioè i patti tra i soci della società semplice, portati con mezzi idonei a conoscenza dei terzi), i creditori di una società di persone hanno di fronte a sé più patrimoni sui quali soddisfarsi: quello della società e quello dei soci illimitatamente responsabili. Il creditore della società può far valere il suo diritto anche nei confronti del socio cessato e degli eredi del socio defunto. Il socio receduto o escluso e gli eredi del socio defunto rispondono nei confronti dei terzi delle obbligazioni sociali contratte nel periodo antecedente allo scioglimento del rapporto sociale, conformemente a quanto si ritiene anche in caso di cessazione della fideiussione *omnibus*.

Può aggiungersi infine che l'autonomia patrimoniale che caratterizza, in modo più o meno accentuato, si manifesta anche nei traporti tra la società e il "creditore particolare del socio" (ovvero colui che vanta un credito nei confronti di un singolo socio per ragioni estranee ai rapporti sociali).

Infatti, il creditore personale del socio può: (*i*) far valere i suoi diritti sugli utili eventualmente spettanti al socio suo debitore e (*ii*) compiere atti conservativi (chiedendo, ad esempio, un sequestro con-

[8] Fermo il *beneficium excussionis* di cui gode il socio illimitatamente responsabile, indifferentemente che quel beneficio si attivi, della società semplice, su impulso del socio, chiamato ad indicare al creditore i beni sociali su cui il creditore stesso può soddisfarsi (art. 2268 c.c.), oppure, sia nelle società in nome collettivo ed in accomandita regolari, a carico del creditore procedente, onerato della prova dell'infruttuosa escussione del patrimonio sociale (art. 2304 c.c.). Il *beneficium excussionis* opera solo nella "fase esecutiva" nel senso che il creditore sociale in sede di cognizione – vuoi introducendo un giudizio ordinario sia in via monitoria – agendo nei confronti della società può evocare in giudizio anche il socio illimitatamente responsabile e chiederne la condanna a rispondere del debito sociale: Cass., 26 luglio 2016, n. 15376, in *Foro it.*, rep. 2016, voce *Ingiunzione*, n. 16. In senso conforme G. Niccolini, *Il creditore di società di persone può chiedere la sentenza di condanna sia della società sia dei suoi soci illimitatamente responsabili*, in *Liber Amicorum*, Francesco Vassalli, Torino, 2023, p. 457.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

servativo) sulla quota allo stesso spettante nella liquidazione della società (art. 2270, comma 1, c.c. dettato per la società semplice e applicabile anche alla società in nome collettivo e alla società in accomandita semplice, in virtù dei rinvii operati dagli artt. 2293 e 2315 c.c.).

Inoltre, il creditore particolare, se dimostra che gli altri beni del debitore sono insufficienti a soddisfare i suoi crediti, può chiedere la liquidazione della quota del socio suo debitore (art. 2270, comma 2, c.c.). La richiesta deve essere soddisfatta dalla società entro tre mesi (salvo che la stessa non deliberi lo scioglimento) e determina l'esclusione di diritto del socio dalla società (art. 2288, comma 2, c.c.).

In conclusione, il fatto che il creditore particolare abbia unicamente diritto alla liquidazione della quota del suo debitore, ovvero ad una somma di danaro che ne rappresenti il valore, vale come ulteriore dimostrazione della regola per cui il creditore particolare non può comunque soddisfarsi direttamente sui beni conferiti dal socio op su altri beni sociali.

3. Fin qui non emergono particolari problematiche, né contrasti in dottrina e giurisprudenza. I problemi sorgono in ordine all'interpretazione della formula "Salvo patto contrario" con cui principia l'art. 2262 c.c., che potrebbe interpretarsi nel senso che la normativa vuole con ciò consentire che i soci prelevino gli utili anche *prima* dell'approvazione del rendiconto se questi risultano esistenti[9], consentendo una attribuzione "provvisoria" e condizionata al riscontro dell'effettiva sussistenza degli utili di periodo[10], nella misura in cui può presumersi che gli utili saranno effettivamente realizzati. Nessun dubbio, come si dirà meglio nel prosieguo, sulla liceità di questa prassi con cui vengo normalmente "remunerati" i soci amministratori e i soci d'opera nel corso dell'esercizio.

Il prelievo ante rendiconto presuppone necessariamente che *tutti i soci* approvino la distribuzione di utili ante rendiconto, salvo ritenere che l'accordo *de quo*, in deroga alla disciplina di legge (art.

[9] Così leggesi nel recente volume *La società semplice*, a cura di F. Preite, Milano, 2023, p. 362, ove in questi termini P. Corneli, *La ripartizione degli utili*. Analogamente A. Stagno d'Alcontres, N. de Luca, *Manuale delle società*, cit., p. 63.

[10] Con conseguente diritto della società di ripetere le somme che sono state concretamente distribuite in favore di ciascun socio che le abbia fatte proprie.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

2252 c.c.), possa essere assunto a maggioranza dei soci ove ne sia la previsione nell'atto costitutivo[11]. La ripartizione può essere liberamente determinata dai soci, salvo il divieto inderogabile di escluderne alcuno dalla partecipazione agli utili e/o alle perdite (c.d. patto leonino: art. 2265 c.c.)[12].

Si tratta di un patto che non solo contrasta con il generale interesse ad una corretta amministrazione della società, ma che risulta incompatibile con la stessa causa del contratto sociale: e ciò spiega perché la dottrina e la giurisprudenza che se ne sono occupate ne abbiano via via esteso l'ambito di applicazione, facendovi rientrare sia le pattuizioni contenute in patti parasociali, sia quelle che, pur formulate in modo da rispettare formalmente il divieto, realizzino nella sostanza lo stesso risultato vietato dalla norma e siano pertanto elusive della stessa (ad esempio, fissando ad un livello così alto il limite oltre il quale sorge il diritto agli utili, da rendere praticamente evanescente la partecipazione).

La nullità colpisce il patto e non la partecipazione al contratto sociale (a meno che la pattuizione dovesse *ab origine* considerarsi essenziale *ex* artt. 1419,comma 1 e 1420 c.c.), con la conseguenza che, in mancanza di espresse previsioni contrattuali, la ripartizione tra i soci di utili e perdite avverrà secondo i criteri legali enunciati nell'art. 2263 c.c.[13].

---

[11] A. SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, p. 217.

[12] Se nulla di diverso è disposto nel contratto sociale, la legge prevede che la ripartizione avvenga in base alle seguenti tre presunzioni:

– proporzionalità tra quota di ripartizione dei guadagni e delle perdite e conferimento;

– eguaglianza dei singoli conferimenti;

– proporzionalità della quota delle perdite e quella degli utili.

In ogni caso i soci sono tenuti a restituire utili fittizi o acconti su utili non realizzati, anche se ricevuti in buona fede.

Se la quota è stata data in pegno o in usufrutto gli utili spettano al creditore pignoratizio o all'usufruttuario.

Questi criteri legali non trovano applicazione qualora il contratto non precisi la misura della partecipazione del socio agli utili o alle perdite, ma ne rimetta la determinazione ad un terzo, che opererà come arbitratore (art. 2264 c.c.).

[13] In argomento, B. PETRAZZINI, *La partecipazione del socio agli utili e alle perdite*, in *Lineamenti di diritto commerciale*, a cura di G. Cottino, Bologna, 2022, p. 221.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

4. Uno spazio alla prassi, molto diffusa, di distribuzione di acconti sugli utili, specie l'attribuzione di un assegno mensile al *socio d'opera*[14], è stata invero riconosciuta da Cass. pen., 13 maggio 2009, n. 38529. Il "compenso" al socio d'opera, se non è determinato dal contratto, è fissato dal giudice secondo equità[15] (art. 2263, comma 2, c.c.).

Circa il conferimento del socio d'opera, è discusso se lo stesso sia imputabile al capitale o al patrimonio della società. Nelle società di persone è configurabile un rapporto di lavoro subordinato tra la società e uno dei soci a condizione che la prestazione del socio non integri un conferimento previsto dal contratto sociale e l'attività lavorativa sia prestata sotto il controllo gerarchico di un altro socio munito di poteri di supremazia[16]. Non sussiste invero alcuna incompatibilità di principio tra la qualità di componente (non unico) dell'organo di gestione e quella di lavoratore dipendente della società: parimenti è possibile un rapporto di lavoro dipendente tra la società e il socio, anche nel caso sia titolare della maggioranza del capitale sociale, salvo che il socio abbia, di fatto, assunto l'effettiva ed esclusiva titolarità dei poteri di gestione[17]. In ogni caso il socio d'opera che partecipa alla gestione della società non è tenuto alla copertura delle perdite.

5. In passato, secondo la Cass., 9 luglio 2003, n. 10786, "quanto alla possibilità, in una società in nome collettivo, di imputare dei pagamenti a utili sociali di competenza del periodo in corso, ancor *prima del rendiconto*, essa è consentita dall'art. 2262 c.c. Questa norma, infatti, nel subordinare la distribuzione degli utili all'approvazione del rendiconto, ammette espressamente il patto contrario"[18]

[14] Ripetibile se dal successivo rendiconto risulti la mancata realizzazione degli utili stessi.

[15] L'equità va intesa in funzione integrativa del contratto: il giudice, perciò, determina la partecipazione agli utili e alle perdite anzitutto sulla base del valore obiettivo del conferimenti, anche a mezzo di perizie tecniche; da questo valore si può discostare solo in quanto i contraenti, sulla base dell'assetto dei relativi interessi, avrebbero ritenuto di poter assegnare al socio una diversa partecipazione agli utili o alle perdite.

[16] Cass., 5 novembre 2013, n. 23773.

[17] Cass., 17 novembre, n. 21759.

[18] In senso conforme, da ultimo, I. CAPELLI, *Società di persone e diritto all'utile*, in *Trattato Società*, diretto da V. Donativi, I, Milano, 2022, p. 1783.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

e trova conferma nella diffusa prassi che garantisce al socio d'opera un prelievo fisso sugli utili indipendentemente dall'approvazione del rendiconto.

Peraltro, questo assunto è stato contrastato dalla stessa giurisprudenza della Cassazione, la quale ha affermato che "nelle società di persone il diritto del singolo socio a percepire gli utili è subordinato, ai sensi dell'art. 2262 c.c., all'approvazione del rendiconto, situazione contabile che equivale, quanto ai criteri di valutazione, a quella di un bilancio"[19].

Le decisioni della Cassazione contrarie alla distribuzione di utili antecedentemente alla approvazione del rendiconto insistono sulla imperatività della regola per cui "non può darsi luogo a ripartizioni di somme tra soci se non per utili realmente conseguiti" (art. 2303c.c.): di qui l'assunto della S.C. n. 17489/2018 secondo cui "la distribuzione di utili, che non siano effettivamente conseguiti, è fenomeno che tende, per sua propria natura, a produrre un "rimborso mascherato dei conferimenti".

Quest'ultima affermazione è palesemente fuorviante in quanto la prassi di distribuzione di "acconti sugli utili" presuppone naturalmente che da un bilancio di verifica infrannuale risulti la sussistenza di utili, che i ricavi cioè abbiano superato i costi[20].

6. Peraltro, il "salvo patto contrario" con cui si apre l'art. 2262 c.c., secondo la più recente Cassazione[21], va interpretato solo *in pejus*, con la conseguenza che nelle società di persone il diritto del singolo socio a percepire gli utili è subordinato all'approvazione del rendiconto, situazione contabile che equivale, quanto ai criteri di valutazione, a quella di un bilancio e non è surrogabile dalle dichiarazioni fiscali della società[22].

---

[19] Cfr. Cass. n. 28806/2013; Cass. n. 17489/2014; nella medesima direzione si può già vedere, Cass. n. 1240/1996.

[20] L'utile corrisponde all'effettiva eccedenza che si verifica nel patrimonio sociale rispetto ai conferimenti iniziali e si realizza per effetto della gestione sociale: G. FERRI, *Società*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 154.

[21] Cass., 2 marzo 2022, n. 6865. Per un commento, v. M. VALLINOTTI, *Prelevamenti utili dei soci in corso d'esercizio diffusi ma di dubbia legittimità*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, 2023.

[22] Né rileva quindi che il socio debba corrispondere le imposte sul reddito

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

E arriviamo così allo svolgimento di una necessaria indagine interpretativa sull'esordio dell'art. 2262, in relazione al quale, con un *revirement*, non condivisibile, al proprio precedente n. 10786 del 2003, la Cass., 2 marzo 2022, n. 6855 – che costituisce l'oggetto di questa nota[23] – così afferma per sostenere che il diritto del singolo a percepire gli utili è subordinato alla approvazione del rendiconto: «*Né, poi, si rivela d'ostacolo ad una simile lettura la circostanza che la norma dell'articolo 2262 c.c. – nel dichiarare il diritto del socio a percepire la "sua parte di utili dopo l'approvazione del rendiconto" – fa salvo il "patto contrario". Che questa possibilità si mostra riferita, secondo la piana lettura del testo normativo, alla possibilità di "limitare", non già di "espandere", il diritto del socio alla percezione degli utili di periodo; e così, in specie, alla possibilità che lo statuto sociale venga a subordinare – durante la vita della società – la distribuzione degli utili al consenso della maggioranza dei soci. Nel sistema oggi vigente, gli utili di periodo si formano in relazione all'esito dei singoli esercizi sociali, secondo quanto dispone la norma generale dell'articolo 2217 c.c.*[24]*. Le società di persone non conoscono, d'altra parte, la possibilità di distribuire degli acconti sui dividendi, secondo quanto si ricava (se non altro) dalla norma dell'articolo 2433*-bis *c.c.*».

Peraltro questa norma, seppure con una serie di cautele e controlli, consente la distribuzione di "acconti sui dividendi"[25] sulla base di un prospetto contabile e di una relazione dai quali risulti che la situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società consente la distribuzione stessa, a conferma della regola secondo cui "non può farsi luogo a ripartizione di somme tra i soci se non per utili realmente conseguiti" (art. 2303 c.c.). Quando siano stati pagati acconti

che, ai sensi dell'art. 5 Tuir, gli verrà imputato per trasparenza, considerato che nelle società di persone, ai fini delle imposte dirette, il reddito prodotto in forma associata dalla società è imputato automaticamente ai soci, indipendentemente dalla percezione, proporzionalmente alla quota di partecipazione agli utili.

[23] Vedi in proposito l'ampio e rigoroso commento di G. VALCARENGHI, *op. cit.*, 2022, p. 18.

[24] La sentenza rafforza la propria interpretazione richiamando l'art. 2627 c.c., che prevede una sanzione penale nei confronti degli amministratori che "ripartiscono utili o acconti sugli utili non effettivamente conseguiti".

[25] Cfr. G. RACUGNO, *Gli acconti dividendo*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 386.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

degli utili non realizzati, il socio deve provvedere alla restituzione, anche se ha percepito in buona fede. D'altronde è lo stesso codice civile che prevede la ripetizione degli utili erogati in difetto di presupposti, e risultati insussistenti in sede di rendiconto finale, dai soci che consapevolmente li abbiano percepiti (art. 2433, comma 4, c.c.). E qui sta la differenza tra utili riscossi in buona fede in presenza di un rendiconto approvato, da cui risultino utili corrispondenti, e l'ipotesi contraria.

Per converso, secondo la Cass., n. 6855/2022, la lettura della locuzione "salvo patto contrario" va interpretata come elemento limitativo del diritto del socio a percepire gli utili, sempre dopo l'approvazione del rendiconto e non come facoltà di prevedere l'erogazione anticipata di somme che non abbiano raggiunto il "grado" di utili effettivamente registrati risultanti da un rendiconto approvato. Di qui, seppure non esplicitato dalla sentenza della Cassazione, il divieto di iscrivere a riserva, con incremento del patrimonio netto, l'utile non risultante da un rendiconto approvato. Ne discende che secondo il *decisum* di questa Cassazione, la distribuzione di utili non risultante da rendiconto approvato, costituisce una restituzione di conferimenti attuabile soltanto mediante la procedura di riduzione del capitale sociale come previsto dall'art. 2306 c.c.

7. Con la decisione n. 6855/2022 la Cassazione sovverte quindi il proprio precedente, in data 9 luglio 2003, n. 10786, con la quale ha ritenuto in particolare che "quanto alla possibilità, in una società in nome collettivo, di imputare dei pagamenti a utili sociali di competenza del periodo in corso, ancor prima del rendiconto, essa è consentita dall'articolo 2262 c.c. Questa norma, infatti, nel subordinare la distribuzione degli utili all'approvazione del rendiconto, ammette espressamente il patto contrario", ammissibile, a sommesso avviso dello scrivente, anche in ragione del regime di responsabilità illimitata che caratterizza i soci delle società di persone e costituisce, al di là del patrimonio della società, la primaria garanzia per i creditori sociali.

Si tratta dunque di interpretare la portata della formula "*salvo patto contrario*", con cui si apre l'art. 2262 c.c., sì da verificare la possibilità di un'eventuale deroga pattizia, sia in limitazione che in estensione alla imperatività della regola enunciata nell'art. 2292 c.c.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

Tenendo presente la fondamentale regola contenuta nell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, secondo cui *Nell'applicare la lette non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*.

Questa formula non è nuova nel nostro codice civile. Prima di passare all'analisi della stessa, vale la pena ricordare le norme che la contengono: art. 1205 (*Surrogazione parziale*); art. 1263 (*Accessori del credito*); art. 1282 (*Interessi nelle obbligazioni pecuniarie*); art. 1295 (*Divisibilità tra gli eredi*); art. 1373 (*Recesso unilaterale*); art. 1411 (*Contratto a favore di terzi*); art. 1510 (*Luogo della consegna*); art. 1550 (*Diritti accessori e obblighi inerenti ai titoli*); art. 1554 (*Spese della permuta*); art. 1576 (*Mantenimento della cosa in buono stato locativo*); art. 1594 (*Sublocazione o cessione della locazione*); art. 1716 (*Pluralità di mandatari*); art. 1719 (*Mezzi necessari per l'esecuzione del mandato*); art. 1730 (*Estinzione del mandato conferito a più mandatari*); art. 1834 (*Depositi di danaro*); art. 1845 (*Recesso dal contratto*); art. 1879 (*Divieto di riscatto e onerosità sopravvenuta*); art. 1906 (*Danni cagionati da vizio della cosa*); art. 1912 (*Terremoto, guerra, insurrezione, tumulti popolari*); art. 1942 (*Estensione della fideiussione*); art. 1944 (*Obbligazione del fideiussore*); art. 2123 (*Forme di previdenza*); art. 2262 (*Utili*); art. 2267 (*Responsabilità per le obbligazioni sociali*); art. 2550 (*Pluralità di associazioni*); art. 2553 (*Divisione degli utili e delle perdite*); art. 2610 (*Trasferimento dell'azienda*): norme queste che consentono sia di "limitare" come pure di "estendere" la portata delle regole richiamate.

Che l'espressione "salvo patto contrario" debba interpretarsi sia in *limitazione* come in *estensione* trova conferma, per esempio, nel commento dell'art. 1205 c.c. secondo cui la previsione del "patto contrario" induce la dottrina a ritenere derogabile la disciplina sulla surrogazione con la conseguente possibilità di stabilire una preferenza di uno dei due creditori – quello originario e quello surrogato – sull'altro.

Analogamente nel commento all'art. 1263 c.c. in cui possono farsi rientrare nella disciplina anche i frutti naturali fino a ricomprendervi ogni diritto a prestazioni già scadute. Parimenti il patto contrario, previsto dall'art. 1282 c.c. può prescindere dalla costituzione in mora. In relazione all'art. 1295 c.c. è pacifica l'ammissibilità

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

del patto contrario posto dal *de cuius* che nel convenire obbligazione, abbia disposto la responsabilità solidale dei suoi eredi.

L'ampiezza della salvezza, trova conferma nella giurisprudenza e dottrina a commento dell'art. 1263 c.c.

Analogamente, per quanto concerne gli artt. 1411, 1510, 1554, 1576, 1594, 1716, 1719, 1730 e 1834 c.c., amplissimi spazi volti sia alla *limitazione* che all'*estensione* delle regole sul recesso dal contratto trovasi a commento dell'art. 1845 c.c. Parimenti, per quanto concerne gli artt. 1879, 1906, 1912, 1942, 1944 e 2113 c.c. L'estensione per effetto del patto contrario emerge chiaramente dall'art. 2267. Analogamente la unicità della salvezza del patto emerge dagli artt. 2550 c.c. e soprattutto 2553 c.c. in cui la regola secondo la quale "le perdite che colpiscono l'associato non possono superare il valore del suo apporto" consente addirittura l'ammissibilità del patto di esclusione dell'associato dalle perdite.

Infine, l'art. 2610 c.c. (trasferimento d'azienda) secondo il quale "in caso di trasferimento a qualunque titolo dell'azienda l'acquirente subentra nel contratto di consorzio" consente, in deroga, la possibilità che l'acquirente dell'azienda non subentri nel contratto di consorzio e, in estensione, la possibilità di ricomprendere ogni causa di trasferimento, a titolo oneroso o gratuito, a titolo particolare o *mortis causa*, sia ogni negozio traslativo non solo di proprietà o di altri diritti sull'azienda, bensì anche del semplice diritto di godimento o di utilizzazione della stessa.

8. Come recentemente stabilito recentemente stabilito da Cass., 20.1.2021, n. 979, deve concludersi che concorrono a formare l'attivo patrimoniale che viene preso in considerazione dalla norma della L. Fall. articolo 1, comma 2, lettera *a*), i prelievi di somme dalla cassa sociale da parte dei soci di una società in nome collettivo, che non trovino la loro esatta giustificazione in utili effettivamente conseguiti, atteso che le somme così percepite[26] sono soggette ad azione di ripetizione di indebito da parte della società, configurando un'ipotesi di indebito oggettivo ai sensi e per gli effetti dell'art. 2033 c.c.

[26] Rappresentate in bilancio dalla voce "prelevamenti soci", idonea a formare l'attivo patrimoniale.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

Ne consegue che proprio l'indebito prelievo, che lo rende inefficace, ha spinto la stessa Corte di Cassazione (20 gennaio 2021, n. 879) a riscontrare che le somme indebitamente fuoriuscite dalle casse sociali rappresentano un credito oggetto di ripetizione di indebito a favore della società e, come tali, concorrono a formare l'attivo patrimoniale ai fini della verifica della fallibilità dell'ente, ai sensi dell'art. 1 comma 2, lett. *a*), L. Fall. (attualmente, Codice della crisi, art. 1, comma 2, lett. *d*)[27]. Aggiungasi, peraltro, che il concorso dei crediti in questione alla formazione dell'attivo patrimoniale, presuppone che i debitori (soci) siano solvibili, in grado cioè di restituire (e a pronti) gli acconti utili percepiti. In caso contrario i crediti vanno svalutati.

Abstract

La Suprema Corte interviene sul diritto del socio singolo di società di persone di percepire acconti sugli utili prima dell'approvazione del rendiconto. Nella pronuncia, con un *revirement* rispetto alle precedenti decisioni della medesima Cassazione, viene statuito che nelle società di persone, il diritto del singolo socio a percepire gli utili, è subordinato, ai sensi dell'art. 2262 c.c., alla approvazione del rendiconto, situazione contabile che equivale, quanto ai criteri di valutazione, a quella di un bilancio e non è surrogabile dalle dichiarazioni fiscali della società.

The Supreme Court intervenes on the right of each partner of partnerships to receive advance payments on the profits before the approval of the accounting statement ("rendiconto"). The ruling, in a reversal of previous decisions of the Supreme Court, states that in partnerships the right of the single partner to receive profits is subject, pursuant to Article 2262 of the Italian Civil Code, to the approval of the "rendiconto" – an accounting report which is equivalent to that of a balance sheet in terms of valuation criteria – which cannot be superseded by the parterships' tax returns.

[27] Uno dei tre requisiti richiesti dal codice della crisi perché un'impresa commerciale possa qualificarsi "impresa minore", non soggetta a liquidazione giudiziale, è costituito dalla presenza nel bilancio della società di un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad Euro 300.000,00 nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-10racugno

APPROFONDIMENTI TEMATICI

Roberta Alfano

POLITICHE TRIBUTARIE SOSTENIBILI PER LA PROMOZIONE DECENTRATA DEL TURISMO*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Politiche tributarie decentrate e turismo sostenibile. – 3. I "prelievi dizigoti": l'imposta di soggiorno ed il contributo di sbarco. – 4. (*Segue*) Il futuro (del) contributo di accesso alla città di Venezia. – 5. Conclusioni.

1. "*La crisi climatica è tra le questioni più critiche e complesse che il nostro pianeta e le popolazioni devono affrontare*"[1]. La necessità ogni giorno più impellente di tutela dell'ambiente è certamente il *fil rouge* proprio di ogni analisi, in ogni branca dell'economia e del diritto, fra cui, certamente, un posto privilegiato trova la regolazione del fenomeno turistico[2].

* Il presente articolo nasce dalle riflessioni seguite alla presentazione della relazione e alla partecipazione al Convegno "*La transizione ecologica nel sistema tributario: le politiche fiscali al servizio della green economy*", tenutosi presso l'Università di Cagliari in data 12 maggio 2023, i cui lavori sono stati pubblicati nel volume, *Politiche fiscali e green economy: Tendenze evolutive della transizione ecologica*, Napoli, 2023, curato dalla prof. M. Martis.

[1] FOCSIV, Federazione degli organismi di volontariato internazionale di ispirazione cristiana, *Per una transizione energetica giusta, fondata sui diritti umani e non estrattivistica*, 12 ottobre 2022, reperibile in *https://www.focsiv.it/per-una-transizione-energetica-giusta-fondata-sui-diritti-umani-e-non-estrattivistica/*, che continua evidenziando come *Il rispetto dei diritti umani e l'azione per il clima sono sempre più indivisibili e la necessità di passare a energie più pulite non è mai stata così urgente. Eppure, questa transizione sarà destinata a fallire se si concentrerà esclusivamente sull'essere veloci e non anche sull'essere giusti*.

[2] S. Grassi, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Riv. Associazione Italiana Costituzionalisti*, n. 3, 2023 del 31 luglio 2023: "*Tuttora, ogni volta che si deve affrontare la questione ambientale (…), si deve prendere atto delle*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

La complessità della definizione giuridica della tutela ambientale[3], ancora recentemente ribadita dalla Corte Costituzionale[4], mostra in modo inequivocabile la sua multireferenzialità e trasversalità rispetto a quasi tutti gli altri settori degli interessi giuridicamente rilevanti[5].

Nel quadro aggiornato delle politiche europee, il pilastro dei diritti sociali, che si appresta a celebrare il suo sesto compleanno[6] ha definitivamente evidenziato che la concreta attuazione del *Green Deal* può realmente conferire all'Europa gli strumenti necessari per migliorare la convergenza verso l'alto, l'equità sociale e la prosperità condivisa[7]. Gli Stati membri sono pertanto incoraggiati a porre in es-

---

numerose incertezze che si possono avere nel definire l'ambiente come oggetto di una specifica disciplina giuridica ovvero riconoscere (sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, ed ora della revisione costituzionale del 2022) che si tratti di un valore e di un fine trasversale a tutti i diversi settori del diritto", oggi più che mai, con l'avvento dell'"*era dell'ebollizione globale*" secondo la recentissima ed allarmante definizione del Segretario Generale dell'ONU A. Guterres, New York, 28 luglio 2023.

[3] IPCC, Intergovernmental Panel on Climate Change, *Sixth Assessment Report FACT SHEET*, 1 aprile 2023.

[4] Corte Costituzionale, 3 febbraio 2023, n. 11: giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 16, comma 1, ultimo periodo, della legge della Regione Emilia-Romagna 23 dicembre 2011, n. 23 (Norme di organizzazione territoriale delle funzioni relative ai servizi pubblici locali dell'ambiente). La Corte rileva che "*La logica della ripartizione dei benefici risponde, del resto, alla consapevolezza della complessità della tutela dell'ambiente, che peraltro oggi trova una specifica valorizzazione, «anche nell'interesse delle future generazioni», nel novellato art. 9, terzo comma, Cost.*".

[5] Ancora S. Grassi, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*: *riferimento a tutte le realtà della nostra convivenza e a tutti i livelli di governo che la rappresentano e gestiscono*".

[6] Reperibile in *opa.eu/social/main.jsp?catId=1226&langId=en*. Oggi tale quadro trova ancora più sostegno nella politica denominata "*Orizzonte Europa, programma quadro di ricerca e innovazione (R&I) dell'Unione europea per il periodo 2021-2027*; tale politica è volta a rafforzare in particolare la base scientifica e tecnologica dell'UE, permettendo di sviluppare soluzioni per affrontare priorità strategiche come le transizioni verde e digitale. Cfr. *https://www.consilium.europa.eu/it/policies/horizon-europe/*.

[7] La transizione verde potrebbe nelle previsioni creare complessivamente circa un milione di posti di lavoro di qualità aggiuntivi in Europa entro il 2030 e due milioni entro il 2050 in settori quali l'edilizia, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione o le energie rinnovabili. Al contrario, qualora la transizione

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

sere azioni sinergiche di contrasto alla povertà in generale, attraverso la lotta contro l'esclusione sociale e le disuguaglianze socioeconomiche preesistenti; a promuovere il superamento di dette disuguaglianze, con particolare riferimento a quelle di genere, al miglioramento della salute e del benessere in generale[8]; a sostenere efficacemente l'accesso e il mantenimento di occupazioni di qualità, anche attraverso una politica di agevolazioni ed incentivazioni al lavoro, in grado di promuovere, nel contempo, l'imprenditorialità *lato sensu* intesa, prestando particolare attenzione all'imprenditorialità femminile. I molteplici avvenimenti – *rectius*: le molteplici emergenze – degli ultimi anni hanno contribuito a definire la necessità che la non più rinviabile transizione ecologica debba essere equa e inclusiva e mettere al primo posto le persone, conferendo particolare attenzione al sostegno alle regioni, alle industrie, ai lavoratori, alle famiglie e ai consumatori, i protagonisti attivi su i quali maggiormente, dalla transizione, graveranno i maggiori problemi alla transizione correlati.

Inevitabile lo specifico riferimento alle politiche pubbliche tributarie, posto che la transizione energetica giusta, oltre creare opportunità di lavoro di qualità per tutti, con l'adozione di misure per alleviare e prevenire la povertà energetica e dei trasporti, può porre in essere fenomeni in grado di modificare sensibilmente il volume e la composizione dei redditi[9].

---

non sia sostenuta da politiche adeguate, la stessa potrebbe comportare una perdita di Pil pari allo 0,39% nell'Unione, nonché una perdita di posti di lavoro fino allo 0,26%.

[8] R. Alfano, *Gender discrimination and taxation in the EU. Tax policy and gender equality in italian and spanish systems* in *Dir. prat. trib. int.*, 1, 2023, p. 30.

[9] Le raccomandazioni per la transizione equa riguardano anche aspetti tributarie e misure di adeguamento dei sistemi di protezione sociale, con l'invito agli Stati membri a adattare le politiche pubbliche di entrata e spesa, allentando la pressione sul lavoro e riducendo il carico impositivo nei confronti dei reddito medio bassi, orientandolo verso altre fonti che permettano anche di contribuire agli obiettivi climatici e ambientali. Un esempio illuminante è fornito dalla recentissima pronuncia della Corte di Giustizia 22 giugno, causa C-833/21, nel rinvio pregiudiziale della Spagna nella causa *Endesa.* La Corte di Giustizia ha chiarito che una deroga nazionale al regime di esenzione della produzione di elettricità dall'accisa sul consumo di prodotti energetici può dirsi giustificata da motivi di politica ambientale, in quanto idonea a scoraggiare il consumo di un prodotto dannoso per l'ambiente. Infatti, la destinazione del gettito a finalità ambientali è una libera scelta degli ordi-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

Occorre, dunque, prevedere, ove necessario, misure integrative di sostegno al reddito mirate e temporanee, in particolare in favore di singoli e famiglie in condizioni di vulnerabilità; nel contempo occorre potenziare una politica di incentivi ed agevolazioni fiscali *stricto sensu* intese per conseguire quanto prima i necessari obiettivi climatici e ambientali, preservando i segnali di prezzo a sostegno della transizione verde[10].

Dal punto di vista interno, emblematica è la riforma costituzionale *green oriented*. L'art. 9 Cost. si sostanzia nelle novellate declinazioni della tutela dell'ambiente alla stregua della tutela del paesaggio e del patrimonio storico ed artistico della nazione; della tutela della

namenti tributari nazionali e non è di per sé condizione sufficiente per qualificare un'imposta come ambientale. Ogni Stato membro è libero di stabilire che il gettito di un'imposta sia destinato a determinate spese; appare tuttavia evidente che una politica di disincentivazione dell'uso del carbone nella produzione di energia elettrica, comporterebbe un "doppio dividendo": maggiori entrate nel breve periodo e minori spese di disinquinamento nel lungo. Dunque, la deroga al regime comune d'accisa sull'energia contribuisce alla protezione dell'ambiente, essendo, nel contempo, giustificata da esigenze erariali.

[10] I soggetti maggiormente colpiti dagli effetti collaterali della transizione verde, devono poter beneficiare di un adeguato sostegno finanziario pubblico e privato e beneficiare di incentivi per gli investimenti privati a favore delle fonti di energia rinnovabili per la maggiore efficienza energetica. Necessaria è altresì la previsione di forme ampie di consulenza ai consumatori per permettere di gestire al meglio le diverse situazioni ipotesi di consumo energetico, in particolare le sfide e gli ostacoli legati alla mobilità e ai trasporti. Fondamentale è la promozione delle opportunità di risparmio strettamente correlate all'economia circolare e al consumo sostenibile, anche dal punto di vista nutrizionale, soprattutto per le persone e le famiglie in situazioni di vulnerabilità e in particolare per i minori, sostenendo programmi di riutilizzo, riparazione, riciclaggio, donazione e condivisione. Il quadro delle raccomandazioni individua una pluralità di elementi trasversali strategici; in particolare incoraggia gli Stati membri a: *a*) integrare i contenuti di una transizione equa nella definizione delle politiche a tutti i livelli; *b*) incoraggiare gli enti regionali e locali a svolgere un ruolo attivo, consideratane la vicinanza ai cittadini e alle imprese locali; *c*) coinvolgere attivamente le parti sociali a livello nazionale, regionale e locale; *d*) rendere autonomi e in grado di agire i cittadini, con particolare riferimento alla necessità di superamento delle discriminazioni di genere; *e*) rafforzare le capacità operative dei servizi pubblici pertinenti, al fine di fornire orientamenti e sostegno efficaci per l'attuazione di politiche in materia di transizione equa; *f*) rafforzare le azioni di ricerca e innovazione ai diversi livelli di governo, anche attraverso finanziamenti del programma Orizzonte Europa.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

biodiversità e degli ecosistemi; dell'esplicito riferimento alla sostenibilità delle future generazioni[11]; della tutela degli animali, attraverso il rinvio, ai fini attuativi, per legge ordinaria[12]. L'art. 41 trova nuova linfa – invero non unanimamente riconosciuta come necessaria[13] – nell'ampliamento dei limiti alla libertà dell'iniziativa economica privata, che non soltanto non può nuocere alla sicurezza, alla libertà, alla

[11] La intergenerazionalità dal punto di vista tributario e finanziario è stata oggetto di un'interessante riflessione ad opera di A. GIOVANNINI, *I diritti delle nuove generazioni e la finanza pubblica: un patto intergenerazionale in Costituzione*, in *Riv. dir. trib., on line*, 17 gennaio 2023, p. 3 che ha proceduto altresì ad una ricognizione delle pronunce della Consulta che, similmente ad altre Corti europee, *prima inter pares* la *Bundesverfassungsgericht* della Repubblica federale tedesca, ha elevato l'equità intergenerazionale a principio immanente dell'ordinamento costituzionale, affinché il legislatore, nella gestione dei fabbisogni finanziari, adotti provvedimenti rispettosi delle legittime aspettative delle nuove generazioni. Suggerimenti, peraltro, in campo finanziario e tributario, rimasti totalmente inascoltati. Sul punto si rinvia anche a R. ALFANO, *Politiche tributarie e tutela dell'ambiente. Novella costituzionale, sostenibilità e bilanciamento di interessi*, in *Dir. pubbl. eur. rassegna on line*, n. 1, 2024, p. 234.

[12] F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, n. 107 (1 2022), p. 15 ss., che, nell'analisi della nuova formulazione dell'art. 9, Cost. ha evidenziato cosa non compare nella novellata disciplina; ha rilevato come la riforma miri a dare risalto a un nuovo paradigma e modello di sviluppo sostenibile basato sulla responsabilità dei vari attori coinvolti: "*procedendo peer via negativa e per sottrazioni successive, mi pare che emerga con forza un paradigma giuridico intriso di responsabilità e di doverosità. Cambiando di poco l'inclinazione del nostro sguardo (e le nostre abitudini anche culturali), cioè, dall'anatra dell'antropocentrismo del diritto si passa al coniglio dell'antropocentrismo del dovere, che esprime il vincolo a prendersi cura dell'ambiente*".

[13] L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, paper, 1 ss: consolidata l'interpretazione dei giudici costituzionali – sia antecedente che successiva alla riforma del Titolo V (sono citate a titolo di esempi Corte cost. sent. n. 407/2002 e Corte cost. sent. n. 270/2010) secondo cui l'art. 41 Cost. anche nella sua formulazione originaria consentiva, nei fatti, una regolazione strumentale a garantire la tutela *anche* di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito. Pertanto l'integrazione dei limiti dell'art. 41, comma 2 Cost. o intende creare una gerarchia che risulta smentita dalla giurisprudenza costituzionale precedente "*ovvero si limita a fotografare l'esigenza "contingente" di etichettare in modo vistoso con il marchio "green" un sistema costituzionale che in verità da diversi decenni riconosce nell'ambiente un "valore" costituzionalmente protetto*".

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

dignità umana, ma, a seguito della novella, neppure alla salute[14] e all'ambiente; a ciò deve aggiungersi, per l'attività economica pubblica e privata, il compito, riservato alla legge, di indirizzarla e coordinarla a fini ambientali. L'art. 41, dunque, evidenzia in modo esplicito l'inscindibilità del valore costituzionale della sostenibilità ambientale con la libertà di iniziativa economica rendendone obbligatorio il perseguimento, in quanto qualificante della stessa libertà di iniziativa[15].

Le conseguenze dell'iniziativa economica per portatori di interessi pubblici e privati ne impongono, dunque, una storicizzazione e contestualizzazione in chiave sostenibile sia nei riflessi interni che esterni alla produzione stessa e impongono che l'utilità sociale non arrechi danni all'ambiente[16]. In siffatto quadro è noto che il turismo ed il correlato indotto è, almeno dagli inizi del secolo[17], in costante aumento, con la sola pausa forzata cagionata dall'emergenza pande-

[14] In merito alla salute, alle correlazioni con l'art. 32, cfr. L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, paper, 1 ss., che ricorda l'*iter* argomentativo della Consulta risalendo alla fondamentale sentenza, Corte Costituzionale 16 marzo 1990, n. 127.

[15] Nel novellato secondo comma vengono introdotti i nuovi limiti del danno alla salute e all'ambiente all'esercizio dell'iniziativa economica privata, accanto a quelli preesistenti relativi all'utilità sociale, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Si aggiunge, altresì un'ulteriore finalità dell'attività di indirizzo e coordinamento dell'iniziativa economica, pubblica e privata, prevedendo che possa e debba essere orientata a fini non solo sociali, ma anche ambientali. D. GRIFONI, *Il concetto di "utilità ambientale" nell'art. 41 Cost.* in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, 2022, 3 p. 1 ss.

[16] V. FICARI, *Le modifiche costituzionali e l'ambiente come valore costituzionale: la prima pietra di una "fiscalità" ambientale, zone economiche speciali (ZES) e possibili zone economiche ambientali (ZEA)* in AA.VV., *L' impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali*, cit., 270. La modifica ha un particolare rilievo in quanto la tutela dell'ambiente non è più solo un limite come già desumibile dall'appartenenza della tutela ambientale ai valori di cui si sostanzia l'utilità sociale ma diventa, ora, finalità da perseguire *ex lege* in quanto il valore ambiente è parametro di orientamento della libertà di iniziativa stessa.

[17] La crescita coincide con l'emanazione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese in costante espansione che ha portato nei fatti alla liberalizzazione dei cieli. Per una ricostruzione dell'intera vicenda cfr. CGUE, 16 marzo 2023, causa C-449/21, *Towercast SASU* contro *Autorité de la concurrence, Ministre chargé de l'économie*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

mica, tanto da rappresentare, in diversi Paesi fra cui l'Italia, uno dei principali fattori di crescita economica. Rapidamente, però se ne sono evidenziati anche i limiti intrinseci. La crescente pressione sulle località turistiche, i centri storici e le città d'arte ha cagionato la quotidiana produzione di imponenti esternalità negative, che hanno spinto l'UNWTO, *United Nations World Tourism Organization*, a coniare la definizione di *over tourism*: «l'impatto negativo che il turismo, all'interno di una destinazione o in parte di essa, ha sulla qualità di vita percepita dei residenti e/o sull'esperienza del visitatore»[18].

Il sovraffollamento dei centri storici, la crescita dell'inquinamento, il sovraccarico dei trasporti pubblici e in generale di tutte le infrastrutture a rete e l'insicurezza urbana sono soltanto alcune delle esternalità di primo impatto sui residenti e sui visitatori stessi; i residenti sono altresì costretti a subire ancor più rilevanti effetti socioeconomici negativi di lungo periodo, quali la riduzione degli alloggi disponibili per le locazioni di lunga durata[19], l'aumento generalizzato dei costi, che incrementano il loro allontanamento dai centri storici. Gli ultimi anni, pur sofferenti per gli strascichi post pandemici, bellici e di una sostenuta inflazione, è certamente, ancor più dei precedenti, caratterizzato *anche*, da un lato, dall'aumento esponenziale delle masse turistiche e, dall'altro, dall'emergenza per la loro sostenibilità.

Da un lato, appare inequivocabile la necessità che la tutela dell'ambiente, nella sua interezza e trasversalità[20] sia improcastinabile e

[18] UNWTO, «Tourism that takes full account of its current and future economic, social and environmental impacts, addressing the needs of visitors, the industry, the environment and host communities» in *https://www.unwto.org/*.

[19] Figlia dell'*over tourism* è anche la c.d. protesta delle tende del maggio 2023 ad opera degli studenti universitari nelle città, sedi di Atenei, maggiormente sottoposte alla pressione turistica. A. MAGNANI, *Studenti, la protesta delle tende contro il caro affitti*, in *Il Sole24 Ore* del 12 maggio 2023.

[20] Corte Costituzionale, 3 febbraio 2023, n. 11: giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 16, comma 1, ultimo periodo, della legge della Regione Emilia-Romagna 23 dicembre 2011, n. 23 (Norme di organizzazione territoriale delle funzioni relative ai servizi pubblici locali dell'ambiente). La Corte rileva che «La logica della ripartizione dei benefici risponde, alla consapevolezza della complessità della tutela dell'ambiente, che peraltro oggi trova una specifica valorizzazione, anche nell'interesse delle future generazioni, nel novellato art. 9, terzo comma, Cost». Tale tutela

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

rappresenti l'unica speranza di sopravvivenza per l'umanità, in tutte le sue declinazioni ed in particolare nella lotta al cambiamento climatico[21]. Dall'altro è l'anno in cui la definizione di *over tourism* è stata affiancata – quando non sostituita – da altre quali *bad tourism* o *revenge tourism* posto che l'incontenibilità ed imprevedibilità del fenomeno turistico ha trasformato il settore principe di ricchezza in pressione sempre più difficile da sostenere per le Comunità.

2. Le ricerche relative alle politiche di finanza pubblica per la valorizzazione e tutela delle città d'arte e del patrimonio culturale in genere[22] avevano già evidenziato ante pandemia la necessità di un' analisi ed un intervento multidisciplinare[23] nella piena consapevo-

è "multireferenziale", posto il «riferimento a tutte le realtà della nostra convivenza e a tutti i livelli di governo che la rappresentano e gestiscono… trasversale rispetto a quasi tutti gli altri settori degli interessi giuridicamente rilevanti». S. Grassi, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Riv. AIC, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 3, 2023, p. 216; Analogamente, F. Pastore, *Costituzione ed Ambiente*, in Aa.Vv. (a cura di M.A. Icolari), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Torino, 2021, p. 19: «Il concetto di ambiente, se portato alla sua massima estensione, finisce per assumere contorni così ampi e indefiniti da rischiare la dissoluzione o l'irrilevanza giuridica. In ogni caso, anche se inteso in senso più restrittivo, l'ambiente, quando viene considerato come materia, si interseca con una serie notevole di altre materie e si sovrappone, totalmente o parzialmente, a numerose altre».

[21] IPCC, Intergovernmental Panel on Climate Change, *Sixth Assessment Report FACT SHEET*, 1.4.2023.

[22] Si vedano, in particolare, le risultanze del PRIN 2015 «Finanza pubblica e fiscalità per la salvaguardia e promozione del patrimonio culturale, storico ed artistico», che coinvolge le Università di Pescara-Chieti, Firenze, Teramo e Venezia, da cui sono scaturite tre pubblicazioni: *Finanza pubblica e misure tributarie per il patrimonio culturale - Prime riflessioni* (a cura di R. Cordeiro Guerra, A. Pace, C. Verrigni, A. Viotto), Torino, 2019; *Città d'Arte e Fisco. Verso un turismo sostenibile*?, a cura di R. Cordeiro Guerra, Roma, 2021; *Taxation and cultural heritage* (edited by L. del Federico, S. Hemels, J. Andres Rozas, S. Giorgi) 2021, IBFD Publishing.

[23] A. Papa, *Il turismo culturale in Italia: multilevel governance e promozione dell'identità culturale locale*, in *Federalismi*, 2007, 4, p. 1, la quale aveva evidenziato la mancanza e la necessità di una serie di interventi combinati posto che «i dati che confermano il forte interesse turistico per il patrimonio storico artistico italiano rappresentano più il frutto di una naturale capacità attrattiva del diversificato patrimonio storico-artistico che non il risultato di una attività di programmazione e promozione di questo segmento del settore turistico».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

lezza che «le peculiari e rilevanti problematiche dei centri urbani, in particolare delle città d'arte non possono essere approcciate nell'ottica esclusiva del diritto tributario, ma devono piuttosto essere affrontate collocando la tessera della fiscalità nel mosaico degli interventi indispensabili per la creazione di un futuro sostenibile delle città stesse»[24]. L'analisi della tassazione correlata al turismo, con le sue plurime qualificazioni – dai prelievi che incidono, a vario genere, sui turisti al regime impositivo delle attività ricettive – e la necessità di tener conto delle esigenze dei cittadini residenti ha mostrato, pur nella diversità delle problematiche, alcune peculiari caratteristiche comuni, da assumere in prospettiva come punti dolenti su cui concentrare l'intervento.

Nello specifico, sul versante dei flussi turistici, l'imposta di soggiorno, principale strumento tributario impiegato per far fronte a costi e disfunzioni che l'*over tourism* genera a carico degli enti locali, non incide i turisti "mordi e fuggi" nelle mete turistiche e nelle città d'arte, ovvero i turisti che non soggiornano in un luogo, ma si trattengono una media di poche ore, partecipando in modo scarsamente significativo, quando addirittura non assente, alle spese necessarie per la gestione del territorio stesso.

Quanto al fronte delle attività ricettive, una delle più rilevanti novità che ha inciso sui flussi turistici negli ultimi dieci anni è la presenza di piattaforme che, cavalcando la logica della *sharing economy*[25], mettono in contatto i proprietari di alloggi privati con i turisti: Airbnb quale apripista e, di seguito, molteplici altre piattaforme con operatività analoga, che hanno implementato esponenzialmente il mercato degli affitti brevi, contribuendo in maniera decisiva all'in-

[24] R. Cordeiro Guerra, *La ricerca su Finanza pubblica e misure tributarie per il patrimonio culturale: sintesi e spunti di riforma*, in *Città d'Arte e Fisco. Verso un turismo sostenibile*?, cit., p. 21; R. Alfano, *La fiscalità per la promozione del turismo sostenibile* (a cura di M. Martis), in *Politiche fiscali e green economy: Tendenze evolutive della transizione ecologica*, Napoli, 2023, p. 178.

[25] Commissione UE Comunicazione COM(2016) 356 *final - A European agenda for the collaborative economy*, Bruxelles, 2.6.2016: «l'espressione "economia collaborativa" si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

cremento delle presenze turistiche. Tali piattaforme solo recentemente, a seguito delle note *querelle* tributarie analizzate dal giudice europeo, che presentano caleidoscopici effetti tributari[26] hanno iniziato a porsi in linea di non alterazione del sistema delle imposte di soggiorno, posto che le piattaforme sono state coinvolte in prima linea nelle attività di prelievo, quali responsabili di imposta.

In siffatto contesto – accanto all'esperienza meglio congegnata ma decisamente più circoscritta del contributo di sbarco[27] – si dovrebbe innestare la isolata quanto anomala previsione di cui alla Legge n. 145/2018 che ha consentito l'introduzione di un contributo d'ingresso alla città antica di Venezia, che dovrebbe entrare in vigore – il condizionale è d'obbligo viste le numerose proroghe – nel 2024, probabilmente, secondo i più recenti comunicati stampa, soltanto per alcune date considerate «critiche».

---

[26] CGUE, 27 aprile 2022, causa C-674/20 *Airbnb Ireland contro Région de Bruxelles-Capitale*; CGUE, 22 dicembre 2022, *Airbnb Ireland contro Agenzia delle Entrate* che hanno definitivamente sancito che per le locazioni immobiliari brevi il diritto dell'Unione non osta né all'obbligo di raccogliere informazioni e di trasmettere all'amministrazione tributaria i dati relativi alle transazioni delle strutture turistiche né alla ritenuta d'imposta previsti da un regime fiscale nazionale. Sul punto, per una ricostruzione in merito agli aspetti tributari della *sharing economy*, S. Dorigo, *Sharing economy e imposta sui servizi digitali: le piattaforme per affitti brevi*, in *Corriere tributario*, n. 6/2020, p. 607. In merito al riconoscimento legislativo della responsabilità d'imposta G. Salanitro, *Due recenti interventi della Cassazione in tema di notaio e imposta di registro*, in *Riv. dir. trib.*, 18 settembre 2019, circa il legame direttamente proporzionale fra il rafforzamento della figura del responsabile e la satisfattività della pretesa dell'amministrazione finanziaria. Sulla vicenda Airbnb, J.M. Vasquez, *Airbnb (C-83/21). Compatibility of the Italian tax regime for short-term property rentals with EU law*, in *Highlights & Insights on European* Taxation, Issue 4, 2023; A. Mincuzzi, *Il Fisco contesta a Airbnb 500 milioni di tasse non versate*, in *Il Sole24Ore Plus*, 11 agosto 2023; A. Tomo, *La Corte di Giustizia UE sul "caso Airbnb" Italia: riflessioni in merito al (progressivo) coinvolgimento delle piattaforme digitali nell'alveo dei soggetti dell'obbligazione tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, in corso di pubblicazione, consultato per gentile concessione dell'A.

[27] R. Alfano, *L'imposta di sbarco per le isole minori: caratteri e peculiarità nell'analisi delle prime esperienze applicative*, in V. Ficari, G. Scanu (a cura di), *"Tourism taxation" sostenibilità ambientale e turismo fra fiscalità locale e competitività*, Torino, 2013, p. 240; Id., *Fiscalità, Ambiente e tributi locali: il ruolo dei tributi a destinazione vincolata, correlati allo sbarco nelle isole minori*, in *Nuovi orientamenti di Diritto ed economia in campo ambientale* (a cura di F. Cimino, S. Sparacia), Milano, 2019, p. 260.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

La complessità delle competenze coinvolte a tutti i livelli di governo, lo spettro, sempre presente, del potenziale conflitto fra normativa interna ed europea in tema di concorrenza e aiuti di stato,la rapidità – *rectius*: la frenesia – delle modifiche della domanda turistica in raffronto con i tempi fisiologici del legislatore hanno, nei fatti, alimentato un clima di sfiducia generalizzato in merito, che influenza negativamente la giusta analisi dei *pro* e *contra* dell'impatto della domanda turistica. Non agevole risulta, dunque, l'azione pubblica per migliorare i benefici che il turista, facendo circolare reddito sul territorio, apporta all'economia locale e per contenere i costi e le disfunzioni che, del pari, arreca a livello locale. Ponderazione resa ancora più complessa dalle correlate «asimmetrie di impatto» posto che «la ricchezza affluisce tendenzialmente nelle "tasche" degli operatori turistici (bar, ristoranti, strutture ricettive, tour operator, etc.), mentre i disagi gravano per lo più sul resto della popolazione residente, e in particolare sugli abitanti dei centri storici[28]». In tale peculiare assetto si è poi innestata la pandemia, con tutte le note conseguenze, in particolare l'interruzione del turismo, con tutti i difficili riflessi su tutta l'imprenditoria turistica ed il correlato indotto. Purtroppo, duole constatare che, la pausa forzosa, che avrebbe dovuto stimolare una più attenta riflessione e la messa in opera di una diversa programmazione più attenta alle problematiche evidenziate, nei fatti è stata soltanto molto parzialmente posta in essere. Emblematico che, il turismo corrente evidenzia una caratterizzazione – in misura percentuale decisamente superiore ai dati ante – per la presenza di turisti che non soggiornano, in particolare nelle città d'arte: tali "super flussi turistici" acuiscono in modo esponenziale le criticità endemiche, comprese quelle in tema di sostenibilità ambientale. Occorre trovare una necessaria mediazione per valorizzare la spinta economica proveniente dal flusso di visitatori, preservando e promuovendo il patrimonio culturale di dette mete turistiche. La leva fiscale può certamente contribuire con molteplici modalità, spingendo per la convergenza tra strumenti normativi e investimenti pubblici, inserendosi nei molteplici provvedimenti che si sono succeduti negli

[28] Così R. Cordeiro Guerra, *Introduzione*, in *Città d'Arte e Fisco. Verso un turismo sostenibile*?, a cura di R. Cordeiro Guerra, cit., p. XIII.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

ultimi anni per il rilancio e valorizzazione dei centri storici e delle Città d'arte, prima[29] e per la promozione dell'ecoturismo e del turismo sostenibile, poi[30]. Occorre, dunque, preliminarmente ed in estrema, analizzare il prelievo tributario turistico per eccellenza, l'imposta di soggiorno ed il prelievo gemello, il contributo di sbarco, che incidono le città d'arte ovvero i Comuni a categoria turistica prevalente, sulla terraferma o sulle isole minori. La promozione del turismo è fisiologicamente caratterizzata dalle opposte esigenze centripete di autonomia dei territori e di unità e coordinamento nazionale: il sistema fiscale locale è la sede privilegiata per apprezzare la valenza impositiva del turismo ed indirizzare le risorse da destinare in via esclusiva o principale all'offerta di beni e servizi alla collettività locale, accentuando il profilo della responsabilità delle amministrazioni nella realizzazione e gestione delle opere pubbliche e degli interventi di riqualificazione urbana. Svariati sono però i problemi interpretativi correlati, in particolare in merito al *quid*, ovvero ai Comuni legittimati ad istituire il tributo e al *quomodo*, circa l'utilizzazione concreta dei proventi.

[29] La necessità di ripartire ha portato a stanziare diversi milioni di euro per la valorizzazione dei Centri Storici e il rilancio dell'attrattività turistica delle Città d'Arte e dei Comuni in cui risiede un sito UNESCO. Fondamentale l'apporto del Decreto Rilancio (legge n. 77 del 27 luglio 2020, articolo 182), del Decreto Sostegni *bis* (decreto legge n. 73 del 25 maggio 2021) e dei decreti correlati nn. 160 e 161 del 2021.

[30] Recentemente l'art. 1, commi 611-612, della legge 29 dicembre 2022, n. 197 (Legge di bilancio 2023) ha trovato attuazione attraverso il Decreto Ministeriale del 22 marzo 2023 per la realizzazione di un Fondo per il riparto e l'erogazione delle risorse stanziate in bilancio destinate al potenziamento degli interventi finalizzati alla promozione dell'ecoturismo e del turismo sostenibile. Il Fondo avrà una valenza pluriennale sul triennio 2023-2025 e una dotazione complessiva di 25 milioni di euro. Le misure sono indirizzate alle strutture ricettive, anche non imprenditoriali, e alle imprese turistiche che perseguiranno le seguenti finalità: rafforzare le grandi destinazioni culturali attraverso la promozione di forme di turismo sostenibile, l'attenuazione del sovraffollamento turistico, la creazione di itinerari turistici innovativi e la destagionalizzazione del turismo; favorire la transizione ecologica nel turismo, con azioni di promozione del turismo intermodale secondo le strategie di riduzione delle emissioni per il turismo; sostenere le strutture ricettive e le imprese turistiche nelle attività utili al conseguimento di certificazioni di sostenibilità. *https://www.ministeroturismo.gov.it/fondo-per-il-turismo-sostenibile/*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

3. Fin dalla legge delega 42/2009 era stata individuata la possibilità per alcune tipologie di Comuni di prevedere un'imposta di soggiorno fra i tributi di scopo – posto il vincolo del gettito, per quanto in modo meno stringente rispetto alla fattispecie originariamente prevista dalla legge finanziaria 296/2006 – che ne ha fatto ipotizzare una definizione quale tributo a destinazione vincolata[31]; il decreto attuativo, nel disciplinare separatamente l'imposta di scopo da quella di soggiorno, ne aveva poi valorizzato le possibilità applicative. Tale scelta era stata frutto *anche* della necessità di tener conto delle molteplici e non meglio specificate forme di prelievo che avevano accompagnato l'ingresso, con diversi mezzi, nei centri cittadini – un solo esempio il *road pricing* e la sua peculiare disciplina nel Comune di Milano[32] – ovvero i prelievi correlati alla regolazione dei

[31] F. Picciaredda F. Peddis, *Individuazione del presupposto del tributo di soggiorno, principi di sistema e principi fondamentali di coordinamento*, in Aa.Vv., *L'autonomia delle Regioni e degli enti locali tra Corte Costituzionale (sent. n. 102 e ord. n. 103/2008) e disegno di legge delega. Un contributo giuridico al dibattito sul federalismo fiscale*, in *Quaderni riv. trim. dir. trib.*, n. 3, 2009, p. 53; R. Cordeiro Guerra, F. Passagnoli, *L'Imposta di soggiorno tra limiti strutturali e prospettive di riforma* in *Città d'Arte e Fisco. Verso un turismo sostenibile*?, cit., p. 63; C. Verrigni, *L'imposta di soggiorno tra criticità e prospettive*, in Aa.Vv., *Nuovi orientamenti di economia e diritto in tema di tutela ambientale*, cit., p. 277; G. Selicato, *L'imposta di soggiorno, tra collaudati presupposti impositivi e questioni emergenti negli schemi di attuazione del tributo*, in Aa.Vv., *La fiscalità del turismo*, cit., 105 ss.; M. Bagarotto, *L'imposta di soggiorno: l'impatto sulle casse del Comune di Venezia e l'idoneità a gestire i flussi turistici*, in Aa.Vv., *Venezia, il dossier UNESCO e una città allo sbando*, a cura di G. Fabbri, F. Migliorini, G. Tattara, Venezia, 2020, p. 172; L. Del Federico, *Tributi di scopo e tributi paracommutativi: esperienze italiane ed europee. ipotesi di costruzione del prelievo* in *Tributi Locali e Regionali*, 2007, n. 2; Id., *Imposta di scopo, compartecipazioni, addizionali e poteri regolamentari* in *La finanza locale*, 2008, n. 1-2; R. Alfano, *La fiscalità per la promozione del turismo sostenibile* (a cura di M. Martis), in *Politiche fiscali e green economy: Tendenze evolutive della transizione ecologica*, cit., p. 188.

[32] Sul sistema e le primitive esperienze di *road pricing*, A. Zatti, *La tariffazione della mobilità nelle aree urbane: obiettivi, strumenti e pratiche applicative nelle esperienze internazionali*, in Isae, *La finanza locale in Italia* - Rapporto 2007, Milano, 2008, p. 303. Sul caso italiano, R. Alfano, A. Tomo, *Italian Experiences Of Local Taxation To Protect The Environment: A Comparative Analysis* in *Environmental Tax Studies for the Ecological Transition* M. Villar Ezcurra (editor), C. Camara Barroso (coordinator), Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, pp. 299-314; A Tomo, *Road Pricing Instruments quali strumenti di fiscalità ambientale a livello lo-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

flussi turistici e che avevano garantito ai Comuni uno strumento particolarmente flessibile per la selezione dei soggetti tenuti al finanziamento ed alla ripartizione del carico fiscale correlato[33]. Peraltro, le città d'arte e gli altri centri urbani caratterizzati da un forte afflusso di non residenti avevano reclamato costantemente la previsione e l'attribuzione di prelievi specifici che permettessero alle amministrazioni di far fronte ai maggiori costi indotti da soggetti che risiedono e pagano le imposte in altri Comuni, facendo sì che i turisti concorrano, in qualche modo, alle spese che gli Enti locali sostengono per alleviare i disagi inevitabilmente arrecati dalla loro stessa presenza.

L'imposta di soggiorno è uno strumento noto nel panorama giuridico interno, consolidato da diverse applicazioni nel tempo: anche dopo la riforma tributaria degli anni settanta del secolo scorso è rimasta, quale isolata tipologia di prelievo locale, ancora in vigore per quasi un ventennio[34]. L'imposta di soggiorno, dalla natura indiscuti-

---

cale: l'Area C di Milano in prospettiva comparata, in S. SPARACIA, F.A. CIMINO, a cura di, *Nuovi orientamenti di economia e diritto in tema di tutela ambientale*, Milano, 2019, p. 297.

[33] F. AMATUCCI, *I tributi di scopo e le politiche tariffarie degli enti locali*, in *Rass. trib.*, 2011, n. 5, par. 4, che riporta, nota 37, anche L. ANTONINI, *Federalismo fiscale: la manovrabilità dei tributi propri, Commento all'art. 7 l. n. 42/2009*, in *Commentario ANCI sulla legge delega sul federalismo fiscale*; C. BURATTI, *La tassazione ambientale a livello locale le prospettive aperte dalla legge delega sul federalismo fiscale* in *L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, a cura di L. Antonini, Napoli, 2010, p. 130; S. CIPOLLINA, *Osservazioni sulla fiscalità ambientale nella prospettiva del federalismo fiscale*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2009, n. 4, p. 567, in particolare par. 7.2. Più recentemente A. URICCHIO, *Turismo sostenibile e fiscalità circolare*, in *Rivista Italiana Diritto del turismo*, 2019, 27, p. 340 ss.; A. URICCHIO, G.SELICATO, *La fiscalità del turismo*, Bari, 2020.

[34] Il primo intervento si ebbe con la legge 11 dicembre 1910, n. 863, successivamente modificata ed integrata da altri provvedimenti legislativi, e trovò posto nel TUFL (r.d. 14 settembre 1931, n. 1175). Il tributo è stato poi riformato con r.d.l. 24 novembre 1938, n. 1926, conv. nella l. 2 giugno 1939, n. 739. L'imposta di soggiorno disciplinata dal TUFL era stata applicata obbligatoriamente nelle stazioni di soggiorno, di cura e turismo, nonché nelle altre località climatiche, balneari o termali o comunque di interesse turistico; era dovuta da coloro che alloggiavano temporaneamente in alberghi, pensioni, stabilimenti di cura, in base a tariffe differenziate a seconda delle categorie delle strutture ricettive. Il tributo veniva corrisposto dai gestori delle strutture, in qualità di sostituti d'imposta, i quali avevano un diritto di rivalsa nei confronti dei turisti, considerati soggetti passivi del tributo..

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

bilmente tributaria[35] è stata oggetto di molteplici vicende e di (solo) alcune modifiche normative[36], in ragione di una non chiara formulazione legislativa originaria e di una serie di problematiche correlate. In particolare, dal punto di vista interno, si sono evidenziate molteplici difficoltà interpretative, per la poca chiarezza in merito al ruolo e alla responsabilità degli albergatori[37]e alla correlata vicenda che ha portato alla depenalizzazione delle sanzioni per mancato versamento,

---

Il tributo veniva corrisposto dai gestori delle strutture, in qualità di sostituti d'imposta, i quali avevano un diritto di rivalsa nei confronti dei turisti, considerati soggetti passivi del tributo. M. Leccisotti, P. Marino, L. Perrone, a cura di, *L'autonomia finanziaria degli enti locali territoriali*, Roma, 1994, p. 369. A livello regionale l'imposta è stata istituita in Trentino Alto Adige ed in Sardegna. Un tributo di soggiorno, anche se con caratteristiche del tutto peculiari, è tutt'ora vigente nella sola Provincia autonoma di Bolzano (l.r. n. 10/1976, nonché D.p.g.r. n. 29/1988). G. Scanu, *La tassazione sui flussi turistici tra fiscalità locale e competitività: alcune esperienze europee a confronto*, in *Riv. dir. trib.*, n. 1, 2009, p. 339. Più recentemente, R. Alfano, *Fiscalità, Ambiente e tributi locali: il ruolo dei tributi a destinazione vincolata, correlati allo sbarco nelle isole minori* in *Nuovi orientamenti di Diritto ed economia in campo ambientale* (a cura di F. Cimino, S. Sparacia), cit., p. 260; A. Tomo, *L'imposta di soggiorno tra opportunità di rilancio del turismo e il problematico ruolo degli albergatori: luci e ombre della nuova disciplina*, in *Giur. delle Imposte*, 2020, 1, p. 58.

[35] Il legislatore aveva stroncato sul nascere ogni possibile dubbio in merito alla natura del prelievo definendolo quale "imposta": ciò anche in ragione della ben nota *querelle* in tema di TIA e alla correlata applicabilità dell'IVA e alla ferma volontà di evitare il ripetersi di situazioni analoghe. S.M. Messina, *Effetti riflessi della natura tributaria della TIA*, in *Corr. Trib.*, 2010, n. 20, p. 1587; R. Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Torino, 2012, p. 331.

[36] nel tempo sono stati apportati diversi correttivi, gli ultimi dei quali con l'art. 46, comma 1-*bis*, l. n. 157/2019, con riferimento al *quantum* dell'imposta e, attraverso la previsione del d.l. n. 34/2020 in tema di sanzioni. L'art. 46, comma 1-*bis*, l. n. 157/2019, introdotto in sede di conversione del d.l. n. 124/2019, dispone che nei Comuni capoluogo di Provincia che, in base all'ultima rilevazione statistica, abbiano avuto presenze turistiche in numero venti volte superiore a quello dei residenti, l'imposta di soggiorno può essere applicata fino all'importo massimo di dieci euro a notte, rispetto al vigente limite di cinque euro. La l. 157/2019 ha introdotto tale nuovo valore – riferito ai casi previsti dalla norma – corrispondente a quello già applicabile da Roma Capitale per effetto del contributo di soggiorno introdotto per la sola capitale dal d.l. n. 78/2010.

[37] A. Tomo, *L'imposta di soggiorno tra opportunità di rilancio del turismo e il problematico ruolo degli albergatori: luci e ombre della nuova disciplina*, cit., p. 62.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

sorta durante la pandemia[38]. In particolare, quanto alla soggettività passiva, la norma non aveva offerto elementi per qualificare la posizione giuridica dei gestori delle strutture ricettive, imprescindibili *longa manus* del Comune ai fini della riscossione dell'imposta. A fronte di regolamenti comunali che qualificavano i gestori quali responsabili o sostituti d'imposta è dovuta intervenire più volte la giurisprudenza amministrativa, che ha dichiarato l'illegittimità di entrambe le qualificazioni: i gestori venivano considerati meri incaricati della riscossione del tributo, a cui la legge non riconosceva alcuna remunerazione per il servizio svolto[39]. I gestori ponevano in essere

[38] il Legislatore si è occupato della questione con l'art. 180, comma il c.d. "decreto rilancio" – che è stato poi oggetto di interpretazione autentica dall'art. 5-*quinquies* del d.l. 21 ottobre 2021, n. 146 – che ha qualificato i titolari delle strutture ricettive quali responsabili del pagamento dell'imposta o del contributo di soggiorno, secondo la disciplina definita nell'art. 64, comma 3, d.P.R. n. 600/1973 con successivo diritto di rivalsa sui soggetti passivi. Peculiare la previsione sanzionatoria. Dopo aver esplicitamente chiarito, che all'omesso, parziale o ritardato versamento dell'imposta di soggiorno da parte degli albergatori si applica la sanzione amministrativa, il decreto ha previsto che ai gestori saranno irrogabili tanto la sanzione per omesso, parziale o tardivo versamento di cui all'art. 13, d.lgs. n. 471/1997, quanto la sanzione legata all'obbligo dichiarativo, rinviando ad un successivo decreto per la definizione delle modalità. La esplicita indicazione di un illecito amministrativo è stata probabilmente conseguenza di alcune pronunce dei giudici di legittimità secondo cui il fatto integra il reato di peculato di cui all'art. 314 c.p. Cass., sez. VI, 26 marzo 2019, n. 27707; Cass., sez. VI, 12 luglio 2018, n. 32058 tale previsione si discosta dalla disciplina propria degli altri tributi erariali, con un aggravio sanzionatorio, prontamente evidenziato dall'ANCI; tra le diverse proposte emendative al d.l. n. 34/2020, l'ANCI ha esplicitamente richiesto di riformulare il comma 3 dell'articolo 180 sulla base delle sanzioni previste per gli altri tributi comunali: «La norma appare troppo sintetica e non adeguatamente graduata in base al diverso peso delle violazioni che vengono sanzionate». G. De Maio, *Imposta di Soggiorno riflessioni e prospettive in tempi di pandemia* in *Federalismi*, 8 luglio 2020, 21, p. 123; R. Alfano, *Sanzioni amministrative tributarie e tutela del contribuente. Limiti, garanzie europee e dialogo fra le Corti nell'applicazione multilivello*, 2020, Napoli, p. 435.

[39] *Ex multis*, TAR Puglia, 17 marzo 2020, n. 333 con riferimento al regolamento del Comune di Brindisi; TAR Sicilia, n. 2174/2012, riferibile al regolamento del Comune di Licata; TAR Veneto n. 653/2012, in relazione al regolamento del Comune di Padova; TAR Puglia 30 aprile 2012, n. 736, relative al regolamento del Comune di Otranto; TAR Toscana n. 1808/2011, con riferimento al regolamento del Comune di Firenze. Sul tema, cfr. S. Sarti, *Sul ruolo, i compiti e le responsabilità del gestore delle strutture ricettive per l'incasso ed il versamento ai Comuni del-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

molteplici attività funzionali prodromiche alla riscossione e procedevano alla corretta liquidazione del tributo, all'integrale e fedele rendicontazione dell'imposta incassata ed al versamento al Comune di riferimento; il turista veniva considerato quale unico soggetto passivo del tributo[40]. Siffatta interpretazione non era risultata del tutto convincente[41]; ciò in particolare perché, contestualmente, era risultato evidente la necessità di applicazione del tributo anche per le locazioni brevi su piattaforma. L'art. 4, comma 5-*ter*, d.l. n. 50/2017, convertito in l. n. 96/2017, aveva chiaramente previsto il ruolo di "responsabili di imposta" per i portali e gli intermediari che incassano i corrispet-

l'imposta di soggiorno, in *Trib. loc. reg.*, 2013, p. 43. Con riferimento al rapporto tra il Comune ed il gestore delle strutture ricettive la magistratura contabile ha qualificato il gestore, quale agente contabile di fatto, tenuto alla resa del conto giudiziale e sottoposto al controllo del giudice contabile. Corte dei Conti, Sez. riunite, 22 settembre 2016, n. 22: «nella misura in cui i regolamenti comunali affidano ad un soggetto, estraneo al rapporto tributario, una serie di attività obbligatorie e funzionali alla realizzazione della potestà impositiva dell'ente locale, indubbiamente tra detto soggetto ed il Comune si instaura un rapporto di servizio, il quale peraltro ha un contenuto principalmente contabile, in ragione del fatto che tra i compiti *affidati*, assumono centralità ed importanza la riscossione dell'imposta ed il suo riversamento nelle casse comunali, essendo gli altri obblighi a loro volta strumentali alla riscossione ed alla verifica da parte del Comune dell'esatto adempimento da parte del gestore degli obblighi di versamento». Dello stesso tenore i pareri espressi da: Consiglio di Stato, 27 novembre 2017, n. 5545; Corte dei Conti, Emilia Romagna, 25 ottobre 2016, n. 96; Corte dei Conti, Veneto, 16 gennaio 2013, n. 19.

[40] Il gestore non è parte dell'obbligazione tributaria: nell'ipotesi di mancato pagamento del tributo da parte dell'ospite, deve comunicare al Comune le generalità del soggetto passivo che si è rifiutato di pagare al fine di consentire all'ente impositore il recupero del dovuto con l'applicazione delle relative sanzioni. TAR Toscana, 7 febbraio 2013, n. 200; TAR Veneto, 10 maggio 2012, n. 652.

[41] Così C. Verrigni, *L'imposta di soggiorno tra criticità e prospettive* in S. Sparacia, F.A. Cimino, a cura di, *Nuovi orientamenti di economia e diritto in tema di tutela ambientale*, cit., p. 278: i gestori, dal punto di vista giuridico, sono responsabili dell'obbligo tributario, affiancandosi ai soggetti passivi rappresentati dagli ospiti delle strutture ricettive. L'orientamento della giurisprudenza amministrativa citata non convince nella parte in cui si afferma che non possa essere creata una responsabilità aggiuntiva e solidale degli albergatori per ciò che riguarda il pagamento dovuto a titolo d'imposta oppure che nessuna richiesta possa essere avanzata nei confronti degli albergatori per quanto concerne il pagamento dell'imposta di soggiorno, il cui pagamento deve essere preteso solo da chi alloggia nelle strutture alberghiere.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

tivi ed i canoni relativi alle locazioni brevi. Tale disposizione era stata largamente interpretata estensivamente, intendendola applicabile anche ai gestori di strutture ricettive, nel senso di non poter essere ulteriormente considerati quali meri agenti contabili ma responsabili del pagamento dell'imposta[42]. Si è dunque esacerbato il ruolo dei gestori di strutture alberghiere, *lato sensu* considerate e le conflittualità rispetto al regime di tassazione delle piattaforme, che, parimenti, ha suscitato molteplici perplessità. Necessario è stato il recente e già citato intervento del giudice europeo per tentare di fare chiarezza in merito al coinvolgimento delle piattaforme della *sharing economy*, il cui regime nel sistema interno non ha ancora trovato piena definizione[43]; a tali piattaforme sono stati, dunque, imposti obblighi informativi e tributari[44], posto che sono state lentamente inglobate fra i soggetti passivi dell'obbligazione tributaria.

[42] È questa l'interpretazione posta in essere dall'ANCI, attraverso la fondazione IFEL; di diverso avviso l'ANUTEL (Associazione Nazionale degli Uffici Tributi Enti Locali), che ritiene invece che l'ambito applicativo del comma 5-*ter* dell'art. 4 debba ritenersi delimitato alle sole locazioni brevi. L'art. 4, d.l. 50/2017 è infatti denominato regime fiscale delle locazioni brevi: ciò porterebbe ad escludere che la responsabilità si estenda all'imposta di soggiorno incassata dal gestore di strutture ricettive.

[43] La proposta di legge di iniziativa parlamentare "Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione" è stata presentata il 27 gennaio 2016. L'articolo 1 di tale proposta prevedeva espressamente che, al fine di promuovere l'economia della condivisione dovessero essere stabilite misure relative alla gestione e all'utilizzo delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e di servizi che operano su mercati a due versanti e fornisce strumenti atti a garantire la trasparenza, l'equità fiscale, la leale concorrenza e la tutela dei consumato. Dal punto di vista tributario l'articolo 5 di tale proposta, rubricato "Fiscalità", prevedeva l'applicazione di un'impostazione "flessibile e diversificata" tra coloro che svolgono, per il tramite delle piattaforme digitali, una attività non professionale, il cui reddito integra un proprio eventuale reddito da lavoro, e coloro che invece svolgano tale attività a livello professionale o imprenditoriale. Tale *discrimen* veniva definito dalla soglia di 10.000 euro. Il successivo comma 2 del medesimo articolo 5 attribuiva ai gestori delle piattaforme di *sharing economy* il ruolo di sostituti d'imposta per i redditi generati dagli utenti operatori, con obbligazione di applicare un'aliquota del 10% sulle transazioni. Eventuali piattaforme aventi sede o residenza all'estero avrebbero dovuto, a tal fine, dotarsi di una stabile organizzazione in Italia.

[44] M.P. Nastri, *Le piattaforme* on line *nel settore delle locazioni brevi e il contrasto all'evasione fiscale* in *Riv. dir. trib. int*., 2022, 2, p. 75; A. Tomo, *Tax In-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

Parallela, per quanto non speculare, la vicenda relativa al prelievo secondogenito, ovvero l'imposta di sbarco, poi trasformata in contributo. L'art. 4, comma 2-*bis*, del d.l. 2 marzo 2012, n. 16 aveva aggiunto all'art. 4 del d.lgs. 23/2011, il comma 3-*bis* introducendo tale prelievo[45]. Si trattava di un'imposta alternativa a quella di soggiorno[46] disciplinata al comma 1 del medesimo articolo, caratterizzata da significative differenziazioni, in particolare con riferimento alla soggettività e al presupposto impositivo. Il prelievo – trasformatosi da imposta a contributo, *ex* art. 33 della legge 28 dicembre 2015 n. 221 e la cui entrata in vigore ha poi scontato molteplici ritardi[47] – ricade prevalentemente sui turisti giornalieri, che frequentemente si riversano sulle isole minori, facilmente raggiungibili in un contenuto lasso di tempo dalla terraferma. Già nella sua prima formulazione di imposta di sbarco il prelievo aveva evidenziato caratteri profondamente diversi rispetto a quello di soggiorno, accogliendo alcuni dei

formation, Third Parties and GDPR: Legal Challenges and Hints from the Court Of Justice, in *EC Tax Review*, 2023, n. 4, pp. 152 e ss.

[45] R. Alfano, *L'imposta di sbarco per le isole minori: caratteri e peculiarità nell'analisi delle prime esperienze applicative*, in V. Ficari, G. Scanu (a cura di), *"Tourism taxation" sostenibilità ambientale e turismo fra fiscalità locale e competitività*, Torino, 2013, pp. 235-253.

[46] L'alternatività fra le due fattispecie, nonostante la differente previsione relativa al presupposto, impone un attento monitoraggio in merito al rischio di un'applicazione cumulativa delle imposte; le amministrazioni interessate devono necessariamente agire in sinergia con i Comuni limitrofi, onde scongiurare il rischio concreto di possibili distorsioni del sistema impositivo a discapito dei flussi turistici di zona. Mostrava dubbi su tale alternatività, G. Pizzonia, *Dalla alternatività tra tributi ai tributi alternativi. Note critiche sulla nuova imposta di sbarco nelle isole minori.*, in *Riv. dir. fin. Sc. Fin.*, 2012, n. 2, p. 291.

[47] Il comma 26, dell'art. 1 della Legge dello stesso 28 dicembre 2015 n. 208 aveva infatti previsto – al fine di contenere il livello complessivo della pressione tributaria – la sospensione dell'efficacia delle leggi regionali e delle delibere locali nella parte in cui prevedevano aumenti dei tributi e delle addizionali attribuiti alle regioni e agli enti locali con legge dello Stato rispetto ai livelli di aliquote o tariffe applicabili per l'anno 2015. La norma è stata poi ripresa anche per gli anni successivi, prima dall'art. 1, comma 42, della legge 11 dicembre 2016 n. 232 ed in seguito dall'art. 1, comma 37, lett. *a* della legge 27 dicembre 2017 n. 205. Con l'inizio del 2019 il contributo di sbarco è entrata a regime per poi subire la battuta d'arresto da COVID 19.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

dubbi e delle perplessità che erano stati sollevati rispetto al primo prelievo turistico; pur essendo rilevati alcuni dubbi applicativi – in particolare in merito alla natura dei possibili vettori o agli sbarchi da aeromobili[48], poi superati in sede di trasformazione in contributo[49] – nei fatti, molti dei limiti evidenziati dalla sorella primogenita erano stati superati in sede normativa. La differente soggettività attiva fra i

[48] Merita di essere ricordata la vicenda dell'isola di Capri, dove notoriamente sbarcano regolarmente sull'isola molteplici vettori privati: si pensi alle crociere che, con cadenza giornaliera si realizzano sull'isola attraverso c.d. "charter" privati. Tali vettori privati, per sottrarsi all'imposta, avevano definito "occasionali" tali sbarchi. Il consiglio comunale congiunto di Capri ed Anacapri nella seduta del 31 ottobre 2012 aveva contestato tale qualificazione evidenziando che, sugli oltre due milioni di arrivi almeno trecentocinquantamila provengono dai charter, che appartengono a compagnie che operano nel golfo a scopo di lucro. Si trattava dunque di un flusso difficilmente definibile come occasionale; chi raggiunge l'isola attraverso i charter usufruisce comunque di un servizio analogo a quello offerto dalle corse di linea: qualora non venga prevista l'applicazione dell'imposta verrebbe di fatto privilegiato tale modalità di trasporto, rispetto agli altri viaggiatori che pagano regolarmente l'imposta. Nella stessa seduta il Comune aveva evidenziato la necessità che per sbarco si intenda anche quello realizzato attraverso elicottero, sbarcando all'eliporto di Damecuta. Il consiglio comunale congiunto dei due Comuni ne aveva rilevato l'incongruenza posto che chi può usufruire di tale servizio fa presumere un reddito anche maggiore di coloro che si servono di navi ed aliscafi per sbarcare sull'isola.

[49] Nel primo periodo di vigenza dell'imposta di sbarco, il presupposto dell'imposta era stato identificato esclusivamente con il trasporto marittimo di linea da e verso le isole minori, con esplicita esclusione del trasporto privato, anche se collettivo: la norma aveva chiaramente previsto che responsabili del pagamento dell'imposta fossero le compagnie di navigazione, con diritto di rivalsa sui soggetti passivi; il pagamento dell'imposta era realizzato dal soggetto passivo contestualmente all'acquisto del biglietto di viaggio e documentato da apposita quietanza. L. Lovecchio, *Le novità per la fiscalità locale: imposta di sbarco, di scopo e riscossione tramite privati abilitati*, in *Corr. trib.*, 2012, p. 1780; R. Alfano, *L'imposta di sbarco per le isole minori: caratteri e peculiarità nell'analisi delle prime esperienze applicative*, in V. Ficari, G. Scanu (a cura di), *"Tourism taxation" sostenibilità ambientale e turismo fra fiscalità locale e competitività*, cit., p. 240. Con la modifica normativa del 2015 è stata risolta la *querelle* in merito alla natura dei possibili vettori, non più limitata ai soli vettori di linea pubblici, ma estesi a tutti i vettori che forniscono collegamenti e richiesto anche ai passeggeri che sbarcano mediante vettori aeronavali o che svolgono servizio di trasporto di persone a fini commerciali. R. Alfano, *Fiscalità, Ambiente e tributi locali: il ruolo dei tributi a destinazione vincolata, correlati allo sbarco nelle isole minori* in *Nuovi orientamenti di Diritto ed economia in campo ambientale*, cit.,p. 68.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

due prelievi turistici ha trovato fondamento nella volontà di poter prevedere possibili forme impositive anche per le isole minori, che potrebbero non essere ricomprese negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte e per le quali, dunque, non sarebbe stata prevedibile un'imposta di soggiorno. Entrambi i prelievi – che pur hanno fatto registrare un notevole contenzioso: dal *quantum* dell'imposta di soggiorno e dalla sua graduazione[50] a carattere tributario del prelievo di sbarco, per il quale la giurisprudenza ha confermato l'irrilevanza del *nomen iuris*[51] –hanno all'attualità trovato una radicata collocazione tributaria[52], ispirando la previsione di ulteriori e peculiari politiche pubbliche dedicate.

---

[50] La necessità di un'attenta graduazione dell'imposta è stata più volte rilevata, soprattutto con riferimento alla diversità delle strutture ricettive e del periodo dell'anno (alta o bassa stagione). Consiglio di Stato, sez. I, 15 novembre 2016, n. 2383: la graduazione è espressione del principio di proporzionalità che deve ispirare l'esercizio da parte dell'Amministrazione delle potestà di tipo discrezionale. Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2019, n. 1614: la scelta di «prevedere una tariffa unica per tutte le strutture ricettive rientranti nell'interno della medesima categoria … sterilizza, la gradualità, con un'impostazione unica quale che sia la capacità contributiva manifestata dalla spesa turistica sostenuta». Analogamente, Consiglio di Stato, sez. V, 23 novembre 2019, n. 6644.

[51] Diverse le sentenze contabili in tal senso; cfr. Corte Conti Sez. Piemonte, risoluzione n. 24/2016 e Sez. Abruzzo n. 35/2016; da ultimo si veda la Risoluzione n. 63 del 2016 da parte dei giudici contabili della Regione Sardegna. Ai giudici contabili sardi era stata trasmessa la richiesta di parere, avanzata dal Sindaco di Porto Torres, volta a sapere «se le previsioni dell'art. 1 comma 26 della l. 208 del 28/12/2015 (…) siano di impedimento alla costituzione di un contributo di sbarco per l'anno 2016, potendosi quest'ultimo qualificare come entrata extra-tributaria». La Corte ha ritenuto preliminarmente indispensabile chiarire la ratio di tale disposizione specificando che, proprio in quanto diretta a contenere il livello complessivo della pressione tributaria per l'anno di imposta 2016, essa impedisce non solo l'aumento delle aliquote di imposte già vigenti ed applicabili, ma preclude anche l'introduzione di nuove entrate tributarie In merito alla natura del contributo, la Corte dei Conti ne rileva la qualificazione tributaria, basando la propria interpretazione, in particolare sulla *sedes materiae*, posto che ha l'effetto di consentire l'introduzione di tributi locali nell'ambito della regolamentazione del federalismo municipale. A ciò deve aggiungersi che il contributo di sbarco è esplicitamente previsto in alternativa all'imposta di soggiorno.

[52] Federalberghi, nella relazione anno 2022 reperibile in *https://www.federalberghi.it/relazione/relazione-sullattivit-di-federalberghi-nellanno-2022.aspx.* Evidenzia che i Comuni italiani che nel 2022 hanno applicato l'imposta di soggiorno sono

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

Da oltre un ventennio l'UNWTO ha evidenziato come la conservazione dell'autenticità di un territorio attraverso scelte pubbliche orientate alla sostenibilità e alla pianificazione intelligente, possa promuovere uno sviluppo turistico, in grado di prestare attenzione al fantasma dell'*over tourism*. La promozione del turismo sostenibile necessita di un sistema volto a coinvolgere amministratori, operatori economici e turisti che, con l'aiuto anche dei nuovi strumenti e delle nuove tecnologie informatiche, promuova reti idonee ad orientare, anche attraverso scelte di carattere finanziario e tributario, il passaggio da turisti voraci a cittadini temporanei. Una politica di promozione di scelte sostenibili – attraverso, da un lato agevolazioni dell'importo dell'imposta di soggiorno per il turista e dall'altro incentivi nei confronti degli operatori turistici – potrebbe innescare un importante per quanto delicato circolo virtuoso, che per alimentarsi, necessita di oculate scelte di politica sostenibile. In tal senso, emblematico, l'esempio recente della comunità baleare, dove, sin dal 2016 vige un *impuesto autonómico de estancias turísticas*[53]. Nell'ottobre del 2022 il Governo centrale ha sospeso la *Comisión de Impulso del Turismo Sostenible*, incaricata di supervisionare la destinazione dei proventi racconti con l'ecotassa: il gettito – pari a circa centoquaranta milioni di euro – non era stato investito per promuovere la sostenibilità del turismo ma per finanziare i costi e gli investimenti post pandemia. Gli effetti di tale operato non sono mancati di farsi sentire né specificamente nei confronti dei turisti – in particolare i turisti di nazionalità tedesca, presenti massicciamente nelle Baleari ed estremamente sensibili alle scelte *green oriented* – né rispetto alla nomea delle isole, rinomate per destinazione turistica non solo sostenibile,

997, 23 quelli che applicano il contributo di sbarco; nel 2019 il gettito complessivo è stato di circa 610 milioni di euro. Questo gruppo di Comuni rappresenta il 13% dei 7.915 Comuni italiani, ma ospita il 75% dei pernottamenti registrati annualmente nel territorio dello Stato. I 1.020 Comuni in questione sono collocati per il 26% nel nord ovest, per il 41,2% nel nord est, per il 15,5% nel centro e per il 17,3% nel mezzogiorno. Le città d'arte, individuate dagli appositi elenchi ai fini dell'imposta di soggiorno, sono 104.

[53] A. Menéndez Moreno, *Las prestaciones patrimoniales, los tributos y sus clases: una clarificación pendiente y necesaria. Como pretexto un nuevo impuesto autonómico: el de las estancias turísticas en Baleares*, in *Quincena Fiscal*, 10, 2016, p. 18.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

ma anche intelligente, dal turismo innovativo, in equilibrio fra attività economica e conservazione del patrimonio naturale e culturale, diretto alla modernizzazione dell'arcipelago[54]. Il turismo sostenibile è dunque un turismo intelligente, che, oltre e al di là di proteggere gli ecosistemi locali, agevolare i mezzi di trasporto ecologici e ridurre le emissioni deve sostanziarsi in una modalità complessiva di azione, in grado di garantire la miglior esperienza possibile ai turisti, utilizzando tecnologie innovative e creatività, a tutto vantaggio dei turisti e dei cittadini. Il turismo sostenibile è un turismo resiliente in grado di rinnovare gli strumenti giuridici del decisore pubblico, orientando al perseguimento della qualità territoriale[55] e al cui perseguimento anche la leva fiscale può fornire il suo contributo.

4. La legge 145/2018 ha previsto uno specifico ticket per l'accesso alla città lagunare. Tralasciando la base normativa "naturale" – l'art. 103 del Codice dei Beni Culturali di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, secondo cui l'accesso agli istituti ed ai luoghi pubblici della cultura può essere gratuito o a pagamento[56] – la norma ha previsto una facoltà impositiva per il solo Comune di Venezia – città antica ed altre isole minori – configurando il ticket sulla falsariga del

[54] Non a caso Palma di Maiorca era tra le città europee concorrenti per il titolo di "*Capitale europea del Turismo Intelligente 2022*": il concorso, promosso dall'Unione Europea, per sostenere uno sviluppo turistico innovativo, sostenibile e inclusivo e con il fine di facilitare lo scambio di buone pratiche tra Paesi virtuosi. Titolo che è stato poi invece vinto da Valencia, insieme con Bourdeaux, dove non vige un prelievo turistico.

[55] P. Gruosso, T.M. Scaramella, *Aumento dei flussi turistici e capacità di resilienza del territorio* in *Working papers. Rivista online di Urban@it* - 2/2018.

[56] Nei casi di accesso a pagamento, spetta ai sensi della norma, al Ministero, alle Regioni e di stabilire le ipotesi di libero accesso e di ingresso gratuito; le possibili categorie di biglietti e i criteri per la definizione del *quantum*; le modalità di emissione, distribuzione e vendita del biglietto d'ingresso e di riscossione del corrispettivo, anche mediante convenzioni pubblico/private; le possibili agevolazioni tariffarie per l'accesso. obbligatorio il rispetto del principio di non discriminazione fra cittadini europei che già in Italia era stato sottoposto alla censura della Corte di Giustizia. CGCE, 6 gennaio 2003, causa C-388/01, *Commissione delle Comunità europee, contro Repubblica italiana* e su cui P. Pistone, *Discriminazioni fiscali nell'accesso al patrimonio culturale locale e libera prestazione dei servizi in ambito comunitario*, in *Aedon*, *Rivista on line di arte e diritto*, 2003, n. *www.aedon.mulino.it*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

contributo di sbarco[57]. L'emanazione della legge era stata accelerata dalla forte pressione mediatica indotta dalla minaccia della procedura di revoca dello status UNESCO, per il mancato rispetto delle prescrizioni in materia di tutela ambientale, vivibilità e salvaguardia dei beni architettonici[58]. La previsione di un ticket di accesso, che, come per tutte le entrate di natura tributaria deve essere previsto salvaguardando il principio di capacità contributiva[59], è funzione del mero accesso, al fine di fronteggiare le esternalità negative. Il ticket è funzione degli accessi giornalieri e risponde alla logica del beneficio, in ragione del criterio di riparto delle spese pubbliche; ha carattere soggettivo e reale e natura di una tassa dovuta a fronte del godimento di un bene pubblico, quale è la città stessa in ragione dell'accesso giornaliero alternativo al soggiorno. Il ticket trova *ratio* nei maggiori costi che ricadono sulla amministrazione locale per la prestazione dei servizi pubblici, *in primis* per finalità di igiene ambientale, di ordine pubblico e di realizzazione di infrastrutture destinate ai turisti; di converso il ticket deve poter mitigare le esternalità negative che ricadono sui residenti a cagione dell'*over tourism*[60].

---

[57] L. DEL FEDERICO, *Finanza pubblica e misure tributarie per il patrimonio culturale italiano: introduzione alla ricerca*, in R. CORDEIRO GUERRA, A. PACE, C. VERRIGNI, A. VIOTTO (a cura di), *Finanza pubblica e misure tributarie per il patrimonio culturale italiano*, Torino, 2019, 2; ID., *I ticket d'accesso alle città d'arte: strumenti utilizzabili, quadro normativo ed autonomia impositiva dei Comuni* in R. CORDEIRO GUERRA (a cura di), *Città d'Arte e Fisco. Verso un turismo sostenibile?*, Milano, 2021, p. 38 nonché in *Tax news*, 2, 2021. Per un'analisi ricostruttiva, L. TOSI, *La fiscalità delle città d'arte. Il caso del comune di Venezia*, Padova, 2009.

[58] AA.VV., *Venezia, il dossier UNESCO e una città allo sbando*, a cura di G. Fabbri, F. Migliorini, G. Tattara, Venezia, 2020; UNESCO, *Tourism, culture and sustainable development*, a cura di M. Robinson, D. Picard, Paris, 2006; L. TOSI, *Le possibili alternative: l'esperimento della tassa di sbarco a Venezia e la prospettiva delle city tax*, in R. CORDEIRO GUERRA (a cura di), *Città d'Arte e Fisco. Verso un turismo sostenibile?*, cit., p. 89.

[59] L. DEL FEDERICO, *Il sistema di finanziamento dei servizi pubblici locali tra tasse e tariffe*, in AA.VV., *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, a cura di L. Salvini, G. Melis, Padova, 2014, p. 503.

[60] Ancora L. DEL FEDERICO, *I ticket d'accesso alle città d'arte: strumenti utilizzabili, quadro normativo ed autonomia impositiva dei Comuni*, in R. CORDEIRO GUERRA (a cura di), *Città d'Arte e Fisco. Verso un turismo sostenibile?*, cit., p. 40, che giustifica il ticket d'accesso alle città d'arte. Posto che il requisito essenziale è il godimento di un bene pubblico, quale è l'area urbana cui si accede i principi del

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

Il comma 1129 della Legge di bilancio 2019 ha dunque autorizzato il comune di Venezia ad applicare, per l'accesso, con qualsiasi vettore, alla Città antica e alle altre isole minori della laguna, un contributo di sbarco, alternativamente all'imposta di soggiorno.

Molteplici i dubbi e i problemi applicativi che il provvedimento sottende e che, ragionevolmente, sono alla base della mancata entrata in vigore dopo oltre 5 anni. Infatti, al di là della frettolosità dell'emanazione, non corredata da solidi studi giuridici né da proiezioni economiche, il contributo è limitato alla sola città di Venezia, fatto che ha, comprensibilmente, cagionato, molteplici rimostranze ad opera di altre città d'arte, prime fra tutti Firenze[61]; la norma configura il ticket come prelievo di sbarco, senza però chiarire nulla in merito alla vincolatività del gettito. La norma specifica che il contributo colpisce l'ingresso nella città lagunare con "qualsiasi vettore". Restano tuttavia non regolamentati gli accessi con propria imbarcazione ovvero via terra con l'automobile, la motocicletta, la bicicletta o a piedi[62].

---

beneficio, del costo e della compensazione delle esternalità negative. A ciò si affianca la finalità moderatrice, giustificata ad altri interessi di rango costituzionale, tra cui la salvaguardia del patrimonio culturale *ex* art. 9 e la tutela della salute *ex* art. 32. Per i siti UNESCO assumono altresì importanza gli impegni ed i vincoli di carattere internazionale *ex* artt. 11 e 117 Cost. L'A. riporta altresì, nota 9, F. Osculati, *Tributi e altre entrate dei Comuni*, in *Riv. dir. Fin.*, 2007, II, p. 111; «… lo strumentario di cui ha bisogno una città turistica come Firenze, per esempio, non è lo stesso che servirebbe a una località, anch'essa turistica, come Rapallo o Cortina. Un conto è il turismo d'arte e un conto il turismo delle seconde case. In una località ricca di ville e di abitazioni per le vacanze il recupero dei costi fissi degli impianti (per esempio, di trasporto, discariche/inceneritori, acquedotti/depuratori) dovuti ai carichi di punta è possibile manovrando opportunamente l'ICI (prima e seconda casa), la TARSU (o la tariffa sostitutiva), le tariffe dell'acqua. Tuttavia, rispetto all'ICI, un'imposta di soggiorno può offrire il vantaggio supplementare di poter essere diversamente calibrata nei periodi di alta e bassa stagione (con connesso incentivo a limare le punte di domanda) ».

[61] Interessante in tal senso il decalogo combinato fra le due città d'arte: *Città d'arte? #NONmetterledaparte* reperibile in *https://live.comune.venezia.it/sites/live.comune.venezia.it/files/articoli/allegati/Decalogo_Firenze_Venezia_ok.pdf*.

[62] Per L. Tosi, M. Bagarotto, *Le possibili alternative*, *Le possibili alternative: l'esperimento della tassa di sbarco a Venezia e la prospettiva della city tax* in in R. Cordeiro Guerra (a cura di), *Città d'Arte e Fisco. Verso un turismo sostenibile?*, cit., p. 92 la mancata previsione del contributo per gli accessi in bicicletta o a piedi va salutata con favore, posta la volontà di non colpire un turismo "sostenibile", coerentemente con la natura *lato sensu* ambientale del tributo. Diverso il discorso

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

Significativi dunque gli ostacoli giuridici, tecnici e gestionali, che avrebbero dovuto essere affrontati a monte dell'emanazione della legge e non essere demandati a valle da un successivo regolamento comunale[63], più volte sottoposto a rimodulazioni e rinvii e che, in data 5 settembre 2023, è stato emanato nella generica formulazione di "Regolamento per l'istituzione e la disciplina del Contributo di accesso, con o senza vettore, alla Città antica del Comune di Venezia e alle altre Isole minori della Laguna". Il Regolamento, posto che l'obiettivo è quello di disincentivare il turismo giornaliero in alcuni periodi, prevede per il 2024 una sperimentazione per circa 30 die/anno, che verranno definiti dalla Giunta con un apposito calendario, che dovrebbe concentrarsi sui ponti primaverili e sui weekend estivi.

È stata dunque compiuta una scelta poco meditata, limitata ad una sola città d'arte, ma soprattutto impropria sul piano funzionale posto che nel *Bel Paese* introdurre un ticket per una soltanto delle molteplici città d'arte evidenzia la mancanza di una cabina di regia nazionale delle politiche turistiche[64].

Tali misure lasciano ancor più l'amaro in bocca se si pensa che, a legislazione vigente, ben potrebbero modularsi una serie di misure non tutte strettamente tributarie che, se coordinate tra loro e nel rispetto del principio di legalità *ex* art. 23 Cost. – per cui i Comuni non possono introdurre se non in base alla legge prestazioni patrimoniali imposte, ovvero autoritative, siano esse di natura tributaria o extratributaria[65] – potrebbero contribuire significativamente alla ge-

---

della mancata previsione per le automobili, giustificabile solo in ragione delle difficoltà applicative, che suggeriscono una politica integrata, consistente nel rafforzamento della zona a traffico limitato, c.d. ZTL, istituita in base all'art. 7, comma 9, del d.lgs. n. 285 del 1992.

[63] L. Tosi, M. Bagarotto, *La tassazione delle città d'arte ed il contributo di accesso alla città di Venezia* in *Riv. trim. dir. trib.*, 2022, 2, p. 97.

[64] Così R. Cordeiro Guerra, *La ricerca su Finanza pubblica e misure tributarie per il patrimonio culturale: sintesi e spunti di riforma*, in *Città d'Arte e Fisco. Verso un turismo sostenibile?*, cit., p. XIV; L. Tosi, *Le possibili alternative: l'esperimento della tassa di sbarco a Venezia e la prospettiva della city tax* in R. Cordeiro Guerra (a cura di), *Città d'Arte e Fisco. Verso un turismo sostenibile?*, cit., p. 90.

[65] L. del Federico, *I ticket d'accesso alle città d'arte: strumenti utilizzabili, quadro normativo ed autonomia impositiva dei Comuni*, in R. Cordeiro Guerra (a cura di), *Città d'Arte e Fisco. Verso un turismo sostenibile?*, cit., p. 408, rileva che ci sono

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

stione turistica delle città d'arte, in linea con parametri di sostenibilità e circolarità[66]. Infatti, in attesa della maturazione di una normativa organica sui biglietti di accesso alle città d'arte, ai centri storici, e più in generale ai siti di interesse ambientale, storico e culturale, la risposta più adeguata da parte dei Comuni potrebbe essere basata su un sistema integrato di tariffazione stradale, parcheggi e tariffe per l'accesso a luoghi di cultura e, ove possibile, a complessi monumentali e centri storici.

5. Le problematiche correlate all'*over tourism* rendono non più differibile una politica di promozione del turismo sostenibile nei diversi paesi europei, per orientare e potenziare la crescita del settore. Tale politica non può che essere veicolata attraverso una collaborazione pubblico/privata e attraverso l'utilizzo imprescindibile delle nuove tecnologie. Il turismo sostenibile è un turismo smart, resiliente, attento alle problematiche ambientali, che fa leva sulla digitalizzazione e sulla *sharing economy*, con le necessità di adattamento ai nuovi modelli imprenditoriali. Devono essere realizzati piani turistici che abbiano una visione integrata in cui si raccolgono azioni di lungo periodo e in cui le comunità locali siano autorizzate a partecipare in modo efficace. Parimenti va promosso un turismo urbano sostenibile che gestisca i flussi di visitatori tenendo conto della capacità di carico degli spazi storici, evitando l'effetto del sovraffollamento, che sia rispettoso del patrimonio culturale e che tenda ad un equilibrio tra flussi turistici e qualità della vita delle comunità locali, con tutte le conseguenti ripercussioni dal punto di vista tributario. In tale cornice, dunque, la leva fiscale può e deve fare la sua parte, attraverso

---

stati in passato esempi di ticket per la sostenibilità, per motivi ambientali: se non proprio di città d'arte, si pensi ai Comuni Sardi che hanno introdotto ticket/contributi per l'accesso alle spiagge La Pelosa, Punta Molentis, Cala Mariolu, Cala Goloritze, Cala Briola, ecc. Tuttavia è sorprendente scoprire che tali encomiabili iniziative a tutela del patrimonio naturale contemplano il pagamento di ticket/contributi privi di base normativa, non sono coattive ma volontarie e quindi rimessa alla libera scelta del turista; sono prelievi in qualche modo ancorati alla gestione del demanio comunale ed alla tutela ambientale, ma quantomai atipici. Per tali ticket/contributi sembra quindi esclusa la natura di prestazioni imposte (ovvero di prelievi autoritativi), ed emergente una connotazione patrimoniale e corrispettiva.

[66] A. URICCHIO, *Turismo sostenibile e fiscalità circolare* cit., p. 342.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

una variegata serie di prelievi tributari ed una serie di prestazioni patrimoniali imposte dalla diversa natura, che, a fronte di un messaggio politico coerente[67], possono certamente nutrire i territori di nuova linfa.

All'attualità, la ricerca di possibili strumenti finanziari e tributari utilizzabili per rendere oneroso l'accesso alle città d'arte da parte dei turisti deve essere incentrata sui prelievi già previsti dalle leggi dello Stato; dunque, a bocce ferme, l'imposta di soggiorno, il contributo di sbarco sulle isole minori, il contributo per l'accesso alla città di Venezia, il pedaggio per l'accesso alle zone a traffico limitato di cui al Codice della Strada, il sistema dei parcheggi a pagamento ed, infine, il corrispettivo per l'accesso ai luoghi della cultura di cui al Codice dei Beni Culturali. L'orizzonte degli strumenti utilizzabili in base alla normativa vigente potrebbe ampliarsi in maniera significativa con una diversa applicazione del c.d. *road pricing ex* art. 7, comma 9, del Codice della Strada, che ha dato, dove introdotto, buona prova, pur richiedendo un dose di coraggio da parte delle amministrazioni comunali[68]. Il tutto, ovviamente, compatibilmente con i non ampli margini di autonomia comunale *ex* artt. 52, d.lgs. n. 446/1997, e 149 del TUEL, posto che il potere regolamentare è strettamente limitato a taluni aspetti del prelievo, indipendentemente dalla sua natura fiscale o non fiscale.

Il ticket di accesso alla Città di Venezia presenta significative assonanze con il contributo di sbarco – pur non essendo chiaro se

[67] Per *par condicio* basti solo ricordare, durante il Governo Berlusconi, nel 2006, che il Sottosegretario di Stato con delega al turismo culturale, On. le Nicola Bono rese un apposito comunicato stampa, nel quale ebbe a dichiarare la sua "forte contrarietà nei confronti della incredibile proliferazione di ticket, tasse e balzelli di ogni tipo per l'accesso a città d'arte, a piccole isole, a spiagge e a qualsivoglia altro luogo turistico significativo. Parimenti il ministro Franceschini nel 2017 nell'annunciare l definizione di un protocollo di collaborazione con le città d'arte per la gestione dei flussi turistici, ribadì la contrarietà del Ministero ai ticket d'ingresso.

[68] Sul piano sostanziale, affianco al *road pricing* potrebbe trovare certamente un ampliamento il sistema dei parcheggi pubblici a pagamento, sia dal punto di vista finanziario, sia, prioritariamente, dal punto di vista del governo del traffico e della vivibilità urbana; un articolato sistema di parcheggi a pagamento potrebbe infatti contribuire a fronteggiare il sovraffollamento turistico, l'inquinamento ambientale ed il congestionamento del traffico, risultando altresì significativo dal punto di vista del reperimento di risorse finanziarie.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

debba trovare applicazione un medesimo vincolo di destinazione dei proventi – che però, facendo riferimento allo sbarco sulle isole minori, nei fatti, è destinato a rivestire un ruolo ben delimitato, funzione delle sue specificità territoriali. Al contrario, volendo ipotizzare nuove previsioni normative riferite ad altre città d'arte sono molteplici le complessità, in ragione della dimensione elevata del fenomeno turistico e delle difficoltà di gestione del prelievo, funzione di molteplici variabili, *primae inter pares* la pluralità degli accessi ed il diritto di una molteplicità di soggetti di accedere liberamente alla città stessa. Nell'ipotesi in cui si voglia estendere la previsione normativa ad altre grandi città d'arte – come Roma, Napoli, Firenze, Pisa, *et similia* – molteplici dei profili critici dal punto di vista giuridico, gestionale e tecnico, potrebbero probabilmente essere in parte facilitati mediante il ricorso ad applicazioni informatiche, concepite per monitorare e limitare i flussi e consentire – ad esempio – prenotazioni e favorire controlli amministrativi e sanitari. Di tali ausili non pare essercene traccia nella scarna disciplina normativa del contributo speciale per l'accesso alla città antica di Venezia, né nel regolamento attuativo del Comune, non ancora entrato in vigore.

Ancora, un particolare *appeal* è certamente quello dell'accesso a pagamento ai luoghi della cultura *ex* art. 103 del Codice dei Beni Culturali, potenzialmente applicabili a tutto tondo[69]. Tale strumento, che ben potrebbe divenire potenzialmente "lo" strumento per definizione per la salvaguardia del patrimonio culturale contenendo inevitabilmente l'*over tourism* deve però fare i conti con le note difficoltà, tutte italiane nel "mettere a reddito" i beni culturali, quasi fosse un'onta per il *Bel Paese* quanto meno recuperare i costi di gestione che un patrimonio culturale quale quello italiano impone[70].

[69] L. DEL FEDERICO, *I ticket d'accesso alle città d'arte: strumenti utilizzabili, quadro normativo ed autonomia impositiva dei Comuni*, in R. CORDEIRO GUERRA (a cura di), *Città d'Arte e Fisco. Verso un turismo sostenibile?*, cit., p. 79, che, nota 61, cita gli studi del Comune di Venezia durante l'emergenza UNESCO, Comune di Venezia, *Rapporto sullo stato di conservazione ai sensi della Decisione del Comitato del Patrimonio Mondiale 40 COM.7B.52* in *https://www.comune.venezia.it/sites/comune.venezia.it/files/page/files/rapporto.pdf*.

[70] Ancora L. DEL FEDERICO, *I ticket d'accesso alle città d'arte: strumenti utilizzabili, quadro normativo ed autonomia impositiva dei Comuni* in R. CORDEIRO GUERRA (a cura di), *Città d'Arte e Fisco. Verso un turismo sostenibile?*, cit., p. 70;

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

L'analisi dei dati statistici forniti dal rapporto Federalberghi per il 2022 evidenziano che, pur non essendo ancora del tutto recuperato il gap rispetto al 2019 cagionato dalle emergenze pandemiche e belliche, l'*over tourism* è ormai "la" realtà per gran parte del territorio nazionale. Presente – e vivace – è dunque la fiscalità turistica. Si può e si deve "fare di più", attraverso la previsione di ulteriori ticket, di prestazioni patrimoniali imposte, così come attraverso l'applicazione di strumenti economico finanziari non squisitamente tributari. Ciò sia in favore delle città d'arte, in attesa che trovino una loro più compiuta qualificazione, sia per la molteplicità delle declinazioni turistiche presenti nel nostro Paese, che per quanto varie debbono necessariamente ricomprendersi tutte sotto il manto della sostenibilità, in una nuova consapevolezza delle potenzialità economiche del settore del patrimonio culturale.

Fra le misure tributarie, un ruolo importante per la sostenibilità – e non solo turistica – sarà riformare il sistema di tassazione dei trasporti su gomma, coordinandolo con i già esistenti prelievi di immatricolazione o di bollo[71]. Molteplici le proposte di addivenire, ad esempio, ad unificare i due tributi, con una compartecipazione fra Regioni ed Enti locali, che porti ad una definizione del tributo in funzione della natura inquinante del veicolo, da verificare attraverso l'utilizzo della tecnologia 5 G o di *internet of things* e che permetta di prendere in considerazione il numero di chilometri percorsi dai veicoli, affinché il livello di inquinamento – in termini anche di emissioni acustiche – sia proporzionato all'utilizzo dei veicoli stessi. Molteplici in tal senso gli esempi che provengono da più parti[72]. Il turi-

---

A.L. Tarasco, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Bari, 2019, *passim*; A.L. Tarasco, S. Giorgi, *Finance and taxation for museums*, in *Taxation and cultural heritage* (edited by L. del Federico, S. Hemels, J.A. Rozas, S. Giorgi), cit., p. 338.

[71] M.A. Guervós Maíllo, *Fiscalidad de las smart cities*, cit., p. 194. Un buon esempio ci viene fornito dalla Spagna, dove, ad esempio, imposta di immatricolazione e di *tracion Mecanica* sono nella disponibilità municipale.

[72] Ancora M.A. Guervós Maíllo, *Fiscalidad de las smart cities*, Aranzadi, 2022, p. 196 e ss. Al fine di ridurre la congestione del traffico, le città intelligenti, seguendo l'esempio della città di Londra e quelle che hanno continuato con questa misura, dovrebbero stabilire un pagamento giornaliero per ogni veicolo privato per accedere al centro città, dovrebbero concentrarsi sulla promozione dell'uso di trasporto pubblico, istituendo agevolazioni per chi utilizza i mezzi pubblici nella zona

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

smo sostenibile è dunque una necessità non più trascurabile, fondamentale per continuare a far crescere correttamente il settore, obiettivo chiave per la transizione verso un'economia circolare, che veda nel turismo intelligente, sostenibile e di qualità "la" chiave di volta di un elevatissimo numero di realtà locali[73]. Molteplici le scommesse. Fra queste l'utilizzo della leva fiscale in una declinazione ambientale, nell'alveo del rinnovato assetto di principio europeo e costituzionale, ben può essere parte attiva di promozione del cambiamento, fungere da volano per lo sviluppo sostenibile e la regolamentazione del fenomeno turistico nelle sue diverse sfaccettature; tale declinazione deve realizzarsi in un'ottica sinergica e di collaborazione che veda impegnate tutte le parti sociali e che, a livello locale, sia compatibile con i peculiari margini di autonomia tributaria comunale.

Abstract

La crescente domanda turistica nel *Bel Paese* richiede politiche tributarie mirate a forte caratterizzazione ambientale e sostenibile, nel tentativo di contenerne le molteplici esternalità negative cagionate dagli effetti della continua e crescente pressione dell'*over tourism*. Non più procastinabile è la promozione di un turismo sostenibile, unica reale declinazione nell'am-

turistica, disincentivando così l'uso di mezzi privati o attraverso il predetto sistema di agevolazioni connesse all'attività turistica come biglietti per musei, teatri o attività sportive nei padiglioni trasporto pubblico o uso illimitato dei mezzi pubblici durante il periodo del soggiorno turistico. Parimenti, un buon esempio spagnolo proviene dal Sant Boi de Llobregat, che con "Nexus integra" ha investito in un sistema di interventi sinergico e centralizzato, che ha consentito al Comune di diventare un punto di riferimento come città metropolitana sostenibile, sana e intelligente. Il progetto "Nexus Integra" ha permesso una soluzione operativa che consente di integrare e gestire centralmente diverse soluzioni esistenti e dati provenienti da misurazioni della qualità dell'aria, produzione fotovoltaica e gestione energetica degli edifici principalmente nell'area industriale che ha un grande peso nella vita di il Comune. In questo modo hanno realizzato un ambiente operativo centralizzato per la città; interoperabilità tra tutte le applicazioni esistenti nel consiglio; maggiore facilità nella gestione efficiente e sostenibile del patrimonio comunale; gestione in tempo reale dei diversi servizi comunali e delle risorse cittadine.

[73] A. URICCHIO, *Turismo sostenibile e fiscalità circolare*, in *Rivista Italiana Diritto del turismo*, cit., p. 350.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

bito di politiche e scelte pubbliche ecocompatibili, alle quali la leva tributaria, a determinate condizioni, può contribuire in modo significativo.

Tourism is a key sector of the Italian economy. In recent years, new problems have appeared on the market that Italian tourism will have to deal with in the future. Green and sustainable policies are needed for reducing many negative externalities caused by continuous and increasing pressure of over tourism. Tax policies, under certain conditions, can contribute significantly to this goal.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-11alfano

Marcella Martis

SPUNTI RICOSTRUTTIVI IN TEMA DI ECONOMIA CIRCOLARE*

Sommario: 1. Inquadramento generale. – 2. La tutela dell'ambiente nel contesto internazionale ed europeo. – 3. La prospettiva del legislatore domestico. – 4. L'economia circolare. Nozione e fonti normative di riferimento. Conclusioni.

1. Nel corso degli ultimi decenni le tematiche inerenti la *green economy* hanno assunto un peculiare rilievo a livello globale, complice la rapida crescita dei Paesi in via di sviluppo, cui ha fatto da contraltare il sovrautilizzo delle risorse naturali che ha oramai irrimediabilmente superato la capacità rigenerativa del sistema[1], il tutto con importanti riverberi, non certo positivi, sull'ambiente[2].

* Il presente scritto ripropone, con l'arricchimento in nota di riferimenti bibliografici e giurisprudenziali e con specifico *focus* sugli ultimi sviluppi della tematica, i contenuti della relazione svolta dall'A. in occasione dell'incontro di studi "*La transizione ecologica nel sistema tributario: le politiche fiscali al servizio della green economy*". Il Convegno ha avuto luogo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari il 12 maggio 2023, ed è raccolto in una collettanea sull'ambiente dal titolo "*Politiche fiscali e green economy: tendenze evolutive della transizione ecologica*".

[1] L'OCSE con il rapporto, *Global Material Resources Outlook to 2060: Economic Drivers and Environmental Consequences*, del 2019, ha presentato le proiezioni globali sull'uso dei materiali e sulle loro conseguenze ambientali, fornendo una prospettiva quantitativa fino al 2060 a livello globale, settoriale e regionale per 61 materiali diversi ed ha stimato che la metà delle emissioni complessive di gas a effetto serra, ed oltre il 90% della perdita di biodiversità e dello stress idrico, dipendono dall'estrazione e dalla lavorazione delle materie prime.

[2] Il rapporto che intercorre tra il consumo umano delle risorse naturali e la capacità della Terra di rigenerarle è stato affrontato, fin dagli inizi degli anni '90 del secolo scorso da M. Wackernagel, W. Rees, *Our Ecological Footprint: Reducing Human Impact on the Earth, Gabriola Island, BC/Philadelphia*, 1996, *passim*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

Il profilo dell'efficientamento nello sfruttamento delle risorse, unitamente a quello della virtuosa gestione dei rifiuti, è da tempo oggetto di un approfondimento privilegiato da parte dei singoli Stati, del Legislatore UE e delle organizzazioni internazionali, tra i cui interventi assume senz'altro un ruolo di primaria importanza la Risoluzione dell'Assemblea Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) del 25 settembre 2015 (Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile). Tra gli obiettivi principali del predetto documento spicca la previsione di modelli sostenibili di produzione e di consumo, tali da ridurre in modo sostanziale la produzione di rifiuti attraverso la prevenzione, la riduzione, il riciclo e il loro riutilizzo.

Secondo le più recenti elaborazioni sul tema, culminate nell'Agenda 2030 ONU sopra richiamata, onde garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo che consentano una costante riduzione dei rifiuti, occorre superare il tradizionale sistema di economia lineare, c.d. *take-make-dispose model*, caratterizzato dall'estrazione delle materie prime e dall'utilizzo di energie per la realizzazione di prodotti che, una volta esaurito il ciclo vitale, vengono dismessi, con conseguente produzione di ingenti quantità di scarti e inerti.

Proprio sul solco tracciato dall'ONU, e maggiormente in linea con l'esigenza di garantire una fattiva tutela dell'ambiente, si inserisce il modello dell'economia circolare che, a livello nazionale, assurge a tassello fondamentale per l'attuazione della più ampia "Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile" approvata dal Governo Italiano il 2 ottobre 2017 e, sul piano unionale, inserita a pieno titolo nel *Green Deal* europeo[3]. Difatti, secondo tale approccio, i prodotti conservano il loro valore aggiunto a lungo, massimizzando l'utilità delle risorse naturali ed energetiche all'interno del sistema produt-

[3] Il *Green Deal* europeo è un pacchetto di iniziative strategiche che mira ad avviare l'UE sulla strada di una transizione verde, con l'obiettivo ultimo di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050. Il citato Patto Verde europeo contiene, peraltro, un importante rinvio alla materia degli aiuti di Stato, posto che per realizzare una politica più efficace, occorre abbattere le barriere che ostacolano la diffusione di prodotti puliti (così la Comunicazione della Commissione europea del 11.12.2019, n. 640, par. 2.2.2), pur nella consapevolezza che la loro ammissibilità sia subordinata al perseguimento di una attività di promozione dell'ambiente. Sull'argomento cfr. R. Miceli, *La funzione degli aiuti di Stato europei nella fiscalità del XXI secolo*, in *Studi tributari Europei*, 11/2021, pp. 28 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

tivo, risultando invero i singoli materiali oggetto di reintroduzione nel ciclo economico, sì di generare ulteriore valore[4].

Ebbene, nell'ambito di un processo di transizione verso un'economia di tipo circolare[5], costituente a pieno titolo un passaggio strategico per rilanciare la competitività degli Stati[6], una corretta declinazione della c.d. "*leva fiscale*" costituisce uno strumento privilegiato, nelle mani dei Legislatori interni e di quello europeo, onde perseguire con la massima efficacia l'obiettivo dello sviluppo sostenibile[7].

---

[4] Sull'argomento, che formerà oggetto di ulteriore approfondimento, si conta una letteratura sconfinata, anche interdisciplinare, per cui in questa sede ci si limita a richiamare, senza alcuna pretesa di completezza, alcuni contributi, V. CAVANNA, *Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto "Signals 2014" dell'Agenzia europea dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb*., 2014, pp. 821 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, in Il *Testo Unico dell'Ambiente a dieci anni dalla sua ap- provazione*, Atti del II Convegno Annuale Aidambiente, Consiglio di Stato, Roma, 10-11 giugno 2016; M. MELI, *Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare*, 2017, pp. 63 ss; S. CAVALIERE, *Economia circolare e intervento pubblico nell'economia: spunti di riflessione*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020, pp. 922 ss.; M. COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, in *Dir. econ*., 3, 2019, pp. 493 ss.; M. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità*", in *Green Deal e prospettive di riforma della tassazione ambientale*, (a cura di) A.F. Uricchio, G. Selicato, 2022, pp. 31 ss. Sul tema cfr. anche la Comunicazione della Commissione UE, COM (2014) 298 e COM (2015) 615; nonché, la Legge 28 dicembre del 2015, n. 221, contenente misure volte a favorire la *green economy* e ad arginare l'uso eccessivo di risorse naturali e la Legge 19 agosto del 2016, n. 166, anche nota come Legge Gadda, contenente disposizioni concernenti la donazione e la distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici.

[5] Sul rapporto tra l'ambiente e l'economia circolare, in dottrina si veda tra gli altri M. GREGGI, *L'ambiente e l'economia circolare nel diritto tributario*, in A.F. URICCHIO, G. SELICATO (a cura di), *Circular Economy and Environmental Taxation*, Atti della *Summer School*, Bari 9-15 settembre 2019, Bari, 2020, pp. 25 ss.

[6] Cfr. *Report della Commissione europea redatto da Cambridge Econometrics, Trinomics e ICF* (2018), *Impacts of circular economy policies on the labour market*, dal quale risulta che l'economia circolare ha la potenzialità di aumentare il PIL dell'UE di un ulteriore 0,5% e di creare circa settecentomila nuovi posti di lavoro entro il 2030. Il *report* è disponibile al seguente indirizzo *https://circulareconomy.europa.eu/platform/sites/default/files/ec_2018_impacts_of_circular_economy_policies_on_the_labour_market.pdf.*

[7] In relazione agli strumenti fiscali a disposizione del Legislatore, devesi rilevare che la previsione di tributi e di agevolazioni ambientali ha trovato espresso ri-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

In particolare, per ciò che attiene la sfera tributaria, accanto a misure tradizionalmente denominate di fiscalità verde – volte a promuovere comportamenti non inquinanti o, di converso, disincentivare quelli inquinanti[8] – possono annoverarsi altre metodiche *sui generis*, quali i c.d. strumenti di *command and control*[9], il cui punto di forza risiede nella previsione di requisiti minimi fissi, con inibizione immediata delle attività che non si uniformano a detti *standard*.

Il sistema da ultimo delineato ha tuttavia manifestato delle vere e proprie inefficienze dal punto di vista economico e – finanche – ecologico, spesso limitandosi a incidere significativamente sui costi sostenuti dalle imprese, senza tuttavia riuscire a garantire un effettivo monitoraggio degli *standard*, e ciò alla luce di un'aprioristica applicazione di regole, *de facto*, sganciate da una specifica valutazione in ordine alla collocazione geografica e alle peculiarità dei singoli im-

conoscimento all'interno del titolo XX del TFUE e, in particolare, negli artt. 191, 192, 193, che hanno definito la base della disciplina della tassazione ambientale europea. Il concetto di ambiente che viene assunto all'interno della fattispecie giuridica fiscale non colpisce forme tradizionali di ricchezza e non attua finalità redistributive nel senso tradizionale del termine, ma persegue lo scopo di sostenere una politica comune di difesa del bene ambiente, quale valore intergenerazionale ed internazionale.

[8] Sulla preferenza di un meccanismo di regolamentazione indiretta, nel lungo periodo cfr. tra gli altri, M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in *Federalismi.it* 2009, p. 87; S.A. PARENTE, *Tassazione ambientale, economia circolare e politiche d'intervento*, in A.F. URICCHIO, G. SELICATO, *Green Deal e prospettive di riforma della tassazione ambientale*, Bari, 2021, p. 76. Non senza sottolineare, fin da ora, che la promozione dell'economia circolare attuata attraverso norme di incentivazione, deve comunque coniugarsi con il principio della sostenibilità finanziaria posto che ogni alleggerimento impositivo disposto a favore di determinate forme produttive o nei confronti di alcune modalità di gestione dei rifiuti si riverbera necessariamente in una maggiorazione del prelievo in capo a tutti gli altri consociati.

[9] Nella tassonomia delle politiche ambientali si è soliti distingue tra strumenti non economici, cui sono ricondotti gli strumenti *command and control* e strumenti economici puri, quali a titolo esemplificativo la tassazione ambientale. Quanto al concetto denominato *command* – comando – quest'ultimo fissa obblighi o divieti stabiliti dal Legislatore o dall'Amministrazione, così da indirizzare le imprese verso un utilizzo efficiente delle risorse ambientali, individuando a tal scopo *standard* qualitativi o quantitativi, calibrati sulla differente sensibilità ambientale del settore considerato. Il c.d. *control* (controllo) attiene, invece, al monitoraggio delle attività svolte dai soggetti regolamentati, verificando il rispetto degli *standard.*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

pianti produttivi. Non senza trascurare che con la previsione di vincoli, obblighi e *standard* a carattere individuale, non risulta garantita una visione d'insieme dell'effetto di alcune azioni sull'ambiente, la quale, invece, si rivela essenziale in tale ambito[10].

Preso atto dell'impatto solo relativo degli strumenti tributari basati su *standard*, peraltro spesso forieri di vere e proprie sperequazioni operate nel nome di una tutela ambientale perseguita con modalità non sufficientemente incisive, sulla scorta delle politiche dell'Unione Europea, il Legislatore domestico ha gradualmente mutato approccio, introducendo specifiche norme di protezione dell'ambiente fondate sui concetti di prevenzione, di autocontrollo e sulla gestione diretta da parte dei soggetti responsabili delle attività produttive, tutti elementi di per sé funzionali alla c.d. "economia circolare"[11].

Ciò premesso, nelle pagine che seguono verrà offerta una ricognizione dei principi cardine che caratterizzano l'economia circolare, delineandone il contesto normativo internazionale ed europeo di riferimento, onde analizzare successivamente la disciplina domestica e le sue peculiarità.

2. Come anticipato in premessa, il tema della protezione ambientale ha ricevuto nel tempo una crescente attenzione, tanto nel panorama internazionale, quanto in quello europeo. Si tratta di un'evoluzione che invero ha caratterizzato gli ultimi decenni, principiata

[10] Gli svantaggi relativi al *command and control* sono stati ampiamente evidenziati dalla letteratura economica, così tra gli altri D. KOLSTAD, TH. S. ULEN, G.V. JOHNSON, *Ex Post Liability for Harm vs. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Compliments*?, in *American Economic Review* 80, 1990, p. 901.

[11] A fronte della necessità di adeguare le politiche di sviluppo ai principi di sostenibilità, l'Unione Europea ha risposto introducendo una serie di strumenti innovativi, alcuni legalmente vincolanti, altri ad adesione volontaria, capaci di fornire significativi risultati sul piano del controllo e del miglioramento degli impatti ambientali legati alle attività antropiche, con particolare attenzione a quelle di tipo industriale. Tra gli strumenti a carattere volontario i più rilevanti sono il regolamento denominato EMAS (acronimo di *Eco Management and Audit Scheme*), che detta i principi per una corretta gestione ambientale dei processi aziendali, e il marchio Ecolabel, che si focalizza invece sui prodotti di largo consumo specificandone i criteri di "ecologicità".

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

con la Dichiarazione di Stoccolma del 1972[12], la quale costituisce, *de facto*, uno dei pilastri fondamentali nel processo di sublimazione della tematica ambientale quale oggetto di tutela unitaria, in quanto presupposto della vita e della libertà dell'uomo.

Secondo l'art.1 della predetta Dichiarazione, infatti, all'uomo deve essere riconosciuto il diritto fondamentale della libertà, del rispetto dell'eguaglianza e di una condizione di vita soddisfacente, in un ambiente che gli consenta di vivere con dignità e nel benessere, con una responsabilità fondamentale rappresentata dalla protezione e dal miglioramento dell'ambiente davanti alle generazioni future. Trattasi di un obiettivo sicuramente ispirato ad una visione antropocentrica delle risorse naturali della terra da salvaguardare a beneficio delle generazioni presenti e future[13].

Il successivo Atto Unico Europeo del 1987[14] ha modificato le norme che disciplinano il funzionamento delle istituzioni unionali, ampliando i poteri dell'allora CE in diversi ambiti d'azione, ciò all'evidente scopo di rilanciare l'integrazione europea e di completare il mercato interno. Ebbene, l'Atto Unico Europeo, nell'implementare le competenze comunitarie, ha proposto una politica ambientale comune, strettamente finalizzata a salvaguardare la qualità dell'ambiente, a proteggere la salute umana e a garantire un uso razionale

[12] Dichiarazione delle Nazioni Unite alla Conferenza su "*L'Ambiente Umano*", tenutasi a Stoccolma da 5 a 16 giugno 1972.

[13] Per una compiuta ricostruzione della tematica, si veda S. Grassi, *La tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali, europee ed interne*, in *Federalismi.it*, 13/2023, pp. 1 ss.; nonché tra gli altri, J.P. Beurier, *Droit international de l'environnement*, 2017; D. Bodansky, J. Brunnée, L. Rajaman, *International Climate Change Law*, New York, 2017; G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2017; P.M. Dupuy, J.E. Vinuales, *International Environmental Law*, Cambridge, 2021; A. Fodella, L. Pineschi, *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, 2009; R. Giuffrida, F. Amabili (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018; D. Klein, M.P. Carazo, M. Doelle, J. Bulmer, A. Higham, *The Paris Agreement on Climate Change*, New York, 2017; J.R. May, E. Daly, *Global Environmental Constitutionalism*, New York, 2015; M. Montini, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2001; J. Morand, J. Deviller, *Le droit del l'environnement*, 2019.

[14] Firmato a Lussemburgo il 17 febbraio 1986 e all'Aia il 28 febbraio 1986 ed entrato in vigore il 1° luglio 1987.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

delle risorse naturali, pur con il supporto dal principio della sussidiarietà[15].

Le ulteriori revisioni dei Trattati hanno sicuramente rafforzato l'impegno della Comunità a favore della tutela ambientale e il ruolo del Parlamento europeo nello sviluppo di una politica in materia. In particolare, con il Trattato di Maastricht del 1993[16] e con la sua successiva revisione nel 1999[17], è stato sancito l'obbligo di integrare la tutela ambientale in tutte le politiche settoriali dell'Unione al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile e tale obiettivo è stato inserito nel diritto primario, come confermato dal Trattato di Lisbona[18].

Come accennato, la materia, pur mancando ancora una definizione espressa di "ambiente" è confluita nel titolo XX del TFUE[19], in particolare, negli artt. 191, 192, 193[20] che hanno attribuito una

---

[15] Sul ruolo del principio di sussidiarietà in tema ambientale, si veda, tra gli altri, M. Petrachi, *Declinazioni del principio di sussidiarietà in materia di ambiente*, in *Federalismi.it*, 24/2016, pp. 1 ss.; P. Bilancia, F.G. Pizzetti, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, pp. 131 ss.

[16] Siglato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993.

[17] Nel Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 dagli allora 15 paesi dell'Unione europea ed entrato in vigore il 1º maggio 1999, sono stati fissati importanti obiettivi per l'UE, quali promuovere il progresso economico e sociale ed un elevato livello di occupazione e uno sviluppo sostenibile e bilanciato; affermare l'identità dell'UE nel contesto internazionale; consolidare i diritti e gli interessi dei cittadini dell'UE; mantenere e sviluppare l'UE come spazio di libertà, sicurezza e giustizia; conservare e ampliare il *corpus* legislativo dell'UE.

[18] Il Trattato di Lisbona ha modificato il Trattato sull'Unione europea (TUE), nonché il Trattato che istituisce la Comunità europea (GU C 306 del 17.12.2007), entrato in vigore il 1º dicembre 2009.

[19] Firmato dai 27 paesi dell'UE il 13 dicembre 2007, il TFUE è entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

[20] In particolare, l'art. 192 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea riconosce espressamente che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente debbano essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni dell'Unione, nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile, anche tramite il principio c.d. del "chi inquina paga". Su tale principio, senza pretesa di esaustività, cfr. L.M. Meli, *Le origini del principio "chi inquina paga" e il suo accoglimento da parte della Comunità europea*, in *Riv. giur. amb.*, 1989, pp. 218 ss.; F.M. Palombino, *Il significato del principio "chi inquina paga", nel diritto internazionale*, in *Riv. giur. amb.*, 5/2003, pp. 871 ss.; F. Marchetti, voce *Ambiente* (*dir. trib.*), in

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

competenza di natura concorrente all'Unione su tale tematica, così conferendo alla tassazione ambientale europea una specifica base giuridica.

Nelle dichiarazioni internazionali che si sono succedute e nelle numerose norme di diritto convenzionale che le hanno accompagnate, l'ambiente quale "insieme di risorse naturali della terra, da salvaguardare secondo la tecnica tradizionale della responsabilità degli Stati", ha subito un'importante evoluzione, assurgendo a bene comune dell'umanità (*common heritage of mankind*), di cui risulta essenziale garantire la conservazione e la piena tutela[21].

Il suindicato obiettivo ha trovato ampio riconoscimento nella successiva Comunicazione della Commissione sul *Green Deal* europeo (la n. 640 dell'11.12.2019) e in quella sulla biodiversità per il 2030; nonché, nel recentissimo Programma di azione approvato dal Consiglio europeo nell'aprile del 2022 (VIII Programma di azione per il 2030, adottato con decisione vincolante il 6 aprile 2022), entrambi redatti proprio in ossequio agli impegni assunti dall'Unione Europea nell'attuazione dell'Accordo di Parigi sul clima.

Nei suddetti documenti, oltre che nei Regolamenti e nelle Direttive che vi hanno dato seguito, viene ribadito l'impegno a favore del clima e dell'ambiente e vengono individuati in modo puntuale gli obiettivi della "transizione ecologica", nella protezione, conservazione e miglioramento del capitale naturale dell'Unione europea.

Appare evidente, pertanto, la centralità che ha assunto nel contesto dell'Unione Europea la tutela dell'ambiente, come si evince dai numerosi atti vincolanti di diritto derivato in materia, nonché dalle molteplici norme presenti nei Trattati che hanno riservato alla prote-

---

S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano, 2006, pp. 243 ss.; R. Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Torino, 2012, pp. 51 ss.; S.A. Parente, *Tassazione ambientale, economia circolare e politiche d'intervento*, in A.F. Uricchio, G. Selicato, *Green Deal e prospettive di riforma della tassazione ambientale*, Bari, 2021, pp. 80-81.

[21] Sull'argomento cfr. la Direttiva n. 337/2015, in verità più volte aggiornata e modificata, in tema di impatto ambientale e dei suoi effetti, diretti ed indiretti, che incidono sul concetto di ambiente; nonché, la Direttiva n. 35/2004/CE sul c.d. danno ambientale, riferita in modo particolare alla specie e agli *habitat* naturali, all'acqua e al suolo; o ancora la Direttiva n. 52/2014 intervenuta in tema di valutazione ambientale strategica.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

zione dall'inquinamento un ruolo centrale rispetto alle altre attività istituzionali dell'Unione[22].

Da ultimo non può non rilevarsi come un peso determinante nell'evoluzione della tematica sia stato svolto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha contribuito ad individuare la base giuridica idonea a legittimare l'intervento della Comunità in materia ambientale, secondo un approccio indirizzato a tutelare il mercato interno e teso ad avvicinare le singole legislazioni; il tutto garantendo il rispetto della concorrenza, baluardo primario dell'Unione[23].

Dalla ricognizione sopra tratteggiata, emerge l'assoluta priorità degli obiettivi di crescita sostenibile, non solo a livello europeo e nazionale, ma anche in campo internazionale[24]; in tali ambiti, proprio la leva fiscale costituisce uno strumento privilegiato per l'attuazione degli obiettivi ambientali.

3. Come sopra emerso, la tutela dell'ambiente si appalesa quale diretto portato delle politiche europee degli ultimi decenni di cui hanno beneficiato anche gli impianti normativi interni, ivi compreso quello italiano. Pur essendo indubbia la rilevanza dell'ambiente nel sistema di valori dell'ordinamento nazionale, nel primigenio testo della Carta Fondamentale non risultava espressamente menzionato il diritto ambientale – tradizionalmente inteso quale contrasto alle forme di inquinamento – e ciò a cagione della mancata emersione, all'epoca, di vere e proprie emergenze ambientali, nonché per via delle diverse priorità alle quali la Repubblica riteneva di dover offrire una risposta contingente.

---

[22] In tal senso si vedano gli artt. 11 TFUE, 3, par. 3 e 21, par. 2, lett. *d*) ed *f*), del TUE; nonché, l'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[23] Cfr. tra le altre, CGUE, 7 febbraio 1985, C-240/83, *Adbhu*; C. giust., 20 settembre 1988, C-302/86, Commissione c. Danimarca, punto 8; CGUE, 2 aprile 1998, C-213/96, *Outokumpu*, punto 32; CGUE, 18 marzo 1980, C-91/79, *Commissione/Italia; James ed altri c. Regno-Unito*, del 21 febbraio 1986, § 37, che riprende in parte i termini del ragionamento che la Corte ha sviluppato nella sentenza *Sporrong e Lönnroth c. Svezia* del 23 settembre 1982, § 61; le sentenza *Les saints monastères* c. Grecia, del 9 dicembre 1994, § 56, *Iatridis c. Grecia* (Grande Camera), del 25 marzo 1999 § 55, *Immobiliare Saffi c. Italia* (Grande Camera), del 28 luglio 1999, § 44.

[24] S. Grassi, *La tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali, europee ed interne*, in *Federalismi.it*, 3/2023, pp. 7 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

Nanti a un'innegabile originaria lacuna sul punto, l'ermeneutica giurisprudenziale ha saputo fin da subito individuare nel testo costituzionale diversi riferimenti indiretti alla tutela dell'ambiente e alla protezione delle risorse della natura, che hanno stimolato il Legislatore ad intervenire sulla tematica in modo puntuale[25].

Con la Legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3, che ha novellato il Titolo V della seconda parte della Costituzione, la tutela ambientale e dell'ecosistema ha infatti trovato espresso riconoscimento nell'art. 117, secondo comma, lettera *s*, quale naturale punto d'arrivo di uno sviluppo giurisprudenziale ampio e consolidato[26].

Peraltro, quale approdo dell'evoluzione di cui sopra, la salvaguardia dell'ambiente è stata testualmente inserita tra i principi fondamentali della Costituzione italiana, sia nella parte dedicata ai principi fondamentali, sia tra le previsioni della cosiddetta Costituzione economica[27].

Invero, con la l. cost., 11 febbraio 2022, n. 1 è stato aggiunto il comma 3 all'art. 9 Cost. che, nel prevedere che "*La Repubblica… tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*", ha imposto un criterio generale di azione dei pubblici poteri improntato alla protezione dell'ambiente, anche a vantaggio delle generazioni future, di fatto connotando l'azione pubblica di una profondità intergenerazionale, e così allineandosi con quanto previsto da altre Costituzioni europee. Il termine ambiente ha quindi assunto un'accezione estesa e "sistemica", abbracciando i

[25] M. Greggi, *L'ambiente e l'economia circolare nel diritto tributario*, in A.F. Uricchio, G. Selicato (a cura di), *Circular Economy and Environmental Taxation*, Atti della *Summer School*, Bari 9-15 settembre 2019, Bari, 2020, pp. 25 ss.

[26] La giurisprudenza costituzionale ha consacrato in diverse pronunce l'ambiente come "interesse fondamentale", e come "valore costituzionalmente garantito e protetto", così interpretando alcune norme costituzionali considerate particolarmente innovative, quali l'art. 32 che riconosce il diritto alla salute come «diritto fondamentale» e «interesse della collettività» e l'art. 9 che, al contrario, tutela il paesaggio ed il patrimonio storico e artistico della nazione, cfr. Corte cost. n. 167 del 1987; nonché Corte cost. n. 94 del 1985 e n. 151 del 1986. In dottrina sul punto, cfr. S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadri. di dir. dell'amb.*, 3/2017, pp. 11 ss.

[27] La Legge costituzionale, 11 febbraio 2022, n. 1, è infatti intervenuta, modificandoli, sugli articoli 9 e 41 della Costituzione.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

concetti di ecosistema e biodiversità, intesi come valori da conservare e valorizzare.

La medesima Legge cost. n. 1/2022 è, inoltre, intervenuta sui commi 2 e 3 dell'art. 41, che attualmente recita: "*L'iniziativa economica privata è libera… Non può svolgersi in contrasto… o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente… La legge determina i programmi e i controlli perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata a fini sociali e ambientali*". Ebbene, l'innesto operato nell'art. 41, in cui viene puntualizzato che l'attività d'impresa non debba recar danno alla salute e all'ambiente, si è rivelato idoneo ad orientare le decisioni legislative e ad elevare la tutela dell'ambiente ad interesse pubblico fondamentale, primario e assoluto.

La novella di cui alla citata Legge Cost., pur rappresentando una vera e propria rivoluzione copernicana per la tutela ambientale[28], dovrà comunque essere supportata dall'introduzione di specifici tributi ispirati ad una filosofia *green*, la cui enucleazione deve, tuttavia, essere preceduta da un'analisi approfondita in ordine all'effetto e all'impatto che siffatte prestazioni patrimoniali produrranno sul tessuto economico, industriale, produttivo, nonché su quello sociale[29].

---

[28] Cfr. F. Picciaredda, *La tassazione ambientale e l'ordinamento interno*, in *Politiche fiscali e green economy: tendenze evolutive della transizione ecologica* (a cura) di M. Martis, Cagliari, 2023, pp. 11 ss.

[29] Le poliedriche sfaccettature della tassazione ambientale hanno invero alimentato l'ancora vivace dibattito dottrinale sulla corretta interpretazione del rapporto esistente tra il principio di capacità contributiva e la soggezione al prelievo. E così, la soggettività passiva dei tributi *green* è stata analizzata secondo un approccio volto a superare una lettura fondata su criteri meramente statici, secondo indicatori che denotano l'attitudine alla contribuzione in riferimento ad entità sintomatiche di forza economica e di ricchezza spendibile, onde sposare un'impostazione maggiormente dinamica, diretta a valorizzare le peculiari manifestazioni di ricchezza, quali l'incentivo e il disincentivo di determinate condotte, idonee ad esprimere potenzialità economica (cfr. tra gli altri in tal senso, S.A. Parente, *Tassazione ambientale e politiche d'intervento: principi, rimedi e forme di prelievo*, parte seconda, in *Riv. trim. di dir. trib*., 4/2020).

Più specificamente, da un lato, si annoverano sostenitori della funzione garantista dell'art. 53 della Cost., che ritengono idonei alla tassazione, diretta o indiretta, soltanto alcuni elementi della fattispecie tributaria (così, tra gli altri, E. Giardina, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Milano, 1961, pp. 425 ss.; F. Gaffuri, *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1969; F. Moschetti, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, pp. 117 ss.; D. Stevanato, *Fondamenti di*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

Di quanto sopra era ben consapevole il Legislatore delle riforme già in epoca antecedente all'anno 2022, così come si evince dalle specifiche strategie settoriali programmatiche, tempo per tempo adottate in coerenza con gli obiettivi di sostenibilità definiti a livello internazionale ed europeo.

In tal senso, attraverso la Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile (SNSvS), adottata con Delibera del CIPE n. 108 del 22 dicembre 2017, sono stati trasposti a livello interno i principi dell'Agenda 2030, il cui primo obiettivo era proprio quello di "Dematerializzare l'economia, abbattere la produzione di rifiuti e promuovere l'economia circolare".

Non solo, in linea con l'Accordo di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici, e nel solco del Regolamento (UE) 2018/1999 adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea in data 11 dicembre 2018, l'Italia ha implementato il Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC) per gli anni 2021-2030, quest'ultimo oggetto di un confronto con le Regioni e le Associazioni degli Enti Locali, che hanno comunque espresso un parere positivo, pur all'esito di una proficua concertazione.

Non senza rilevare che, nel contesto della ripresa economica *post* epidemia da covid, in sede di Consiglio europeo straordinario, è stato raggiunto un accordo per sostenere gli Stati membri colpiti dalla pandemia, istituendo un fondo denominato *Next Generation*

---

diritto tributario, Firenze, 2022, pp. 99 ss.; M. BEGHIN, *Diritto tributario*, Padova, 2020, 24) Dall'altro, vi sono coloro che considerano la norma di cui trattasi espressiva di un mero criterio di riparto, richiedendo soltanto che gli elementi sottoposti a tassazione abbiano rilievo economico e che il concorso alla spesa ricada sull'entità che li ha realizzati (in tal senso, Cfr. F. GALLO, *L'evoluzione del sistema tributario e il principio di capacità contributiva*, in *L'evoluzione del sistema tributario e il principio di capacità contributiva*, a cura di L. Salvini, G. Melis, Padova, 2014, pp. 3 ss.).

Si registra inoltre un'ulteriore posizione, che proponendo una riflessione autonoma sull'argomento, ha invece individuato la *ratio* giustificativa dei tributi ambientali o richiamando altre norme della Costituzione, secondo criteri non dissimili a quelli applicati in tema di agevolazioni, e così individuando per i suindicati tributi una deroga rispetto alla ordinaria manifestazione di capacità contributiva; oppure, traendo dall'intero impianto costituzionale un richiamo alla ragionevolezza, alla non arbitrarietà della tassazione e al giusto tributo. In tal senso G. SALANITRO, *Sugar tax e plastic tax. Quando il tributo litiga con la capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib. online*, 4/2023, I, pp. 339 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

EU. Al fine di poter accedere ai suindicati fondi, ciascun Paese membro ha dovuto predisporre, in attuazione e secondo i criteri dell'art. 18 del regolamento n. 2021/241/Eu, un Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza.

Il PNRR presentato dall'Italia nel luglio del 2021, definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio, ha recepito la proposta della Commissione europea indirizzata alla valorizzazione della rivoluzione verde, della transizione ecologica, dell'economia circolare e dell'agricoltura sostenibile, quali misure finalizzate a migliorare la capacità di una gestione efficiente e sostenibile dei rifiuti, paradigma dell'economia circolare.

Appare allora evidente come il "bene ambiente" rappresenti un valore sociale, la cui necessità di tutela e di promozione risulta riconosciuta appieno dal diritto interno quale frutto delle direttrici sviluppatesi in seno all'Unione Europea, e nell'ambito del quale la modulazione del prelievo di imposta assurge a strumento di promozione delle buone pratiche ambientali.

4. Alla luce di quanto osservato, non vi è dubbio che la leva fiscale possa offrire un contributo significativo per agevolare la transizione dei sistemi economici verso modelli sostenibili e per perseguire obiettivi considerati indispensabili per affrontare le principali emergenze ambientali del pianeta[30].

Il Fisco, oltre alla sua tradizionale funzione di riparto delle spese pubbliche, è infatti in grado di influenzare le scelte di cittadini ed imprese, attenuando o inasprendo l'intensità del prelievo in base alla loro attività e alla loro caratteristiche, in tal modo concorrendo all'attuazione di strategie che influenzano inevitabilmente il rapporto tra uomo e natura.

La diversa combinazione di strumenti impositivi (sotto forma di prelievi disincentivanti) e agevolativi (connotati dalla natura premiale) conduce, in sostanza, verso una fiscalità ambientale di tipo c.d. comportamentale, da cui emerge la necessità di migliorare lo sviluppo del sistema-paese in un'ottica di sostenibilità delle scelte.

[30] A.F. Uricchio, *Capacità contributiva e "agenda" del terzo millennio: dalla tutela dell'ambiente all'economia circolare*, in *Il diritto costituzionale tributario nella prospettiva del terzo millennio*, (a cura di) V. Mastroiacovo, G. Melis, Torino, 2022, pp. 111 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

Proprio in tal senso si è ultimamente registrata un'importate inversione di tendenza del Legislatore, in cui si è assistito al superamento di una forma di protezione dell'ambiente dal carattere meramente coercitivo, volta a proibire comportamenti inquinanti e ad inibire forme di impresa particolarmente invasive del territorio, con una progressiva introduzione di strategie maggiormente complesse, in cui il concetto di "economia verde" è stato affiancato da quello di "economia circolare ad impatto zero".

In linea di prima approssimazione, il concetto di "economia circolare" deve essere inteso come una particolare forma di tutela dell'ambiente, che si attua attraverso strategie d'impresa e scelte di consumo finalizzate a minimizzare l'impatto sull'ambiente, nonché mediante meccaniche di produzione orientate al riutilizzo delle risorse impiegate in altri settori produttivi, le quali ultime, spesso, non hanno esaurito il proprio ciclo vitale[31].

Trattasi di un approccio sicuramente innovativo e dalla natura virtuosamente ambivalente, risultando di fatto idoneo a perseguire l'ambizioso obiettivo di raccordare l'esigenza di tutela dell'ambiente con la promozione della competitività del sistema economico. È infatti innegabile come, da un lato, il minore ricorso all'estrazione e all'utilizzo di materie prime riduca il relativo consumo di energia e le emissioni di anidride carbonica, mentre, dall'altro, la transizione verso l'economia circolare comporti un incremento dell'efficienza, dando impulso all'innovazione e alla crescita economica, ed impattando sull'occupazione[32].

---

[31] Il tema dell'economia circolare nella sua essenza è caratterizzato da una doppia dimensione. A monte (*upstream*), vi è una gestione delle risorse in modo più efficiente, ovvero aumentandone la produttività nei processi di produzione e consumo, riducendo gli sprechi, mantenendo il più possibile il valore dei prodotti e dei materiali. A valle (*downstream*), si dovrebbe evitare che tutto ciò che ancora intrinsecamente possiede una residua utilità non venga smaltito in discarica ma sia recuperato e reintrodotto nel sistema economico. Trattasi di un metodo di calcolo tra i più efficaci e adottati in materia di sostenibilità ambientale, c.d. "*Life Cycle Assessment* (LCA)", standardizzato e riconosciuto a livello internazionale dalle norme UNI EN ISO 14040:2021 e UNI EN ISO 14044:2021, che permette appunto di valutare l'impatto ambientale diretto di prodotti e processi innovativi, considerando anche gli impatti indiretti associati alla *supply chain* (*upstream*), alle fasi di utilizzo (*core*) e fine vita (*downstream*).

[32] Così il Report della Commissione europea redatto da *Cambridge Econome-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

Si tratta, a ben vedere, di innovazioni strettamente connesse ai numerosi *incipit* provenienti dalle istituzioni comunitarie. Sia a tal riguardo concesso rilevare come, infatti, la Commissione europea sia intervenuta sulla tematica in più occasioni, da ultimo con la Comunicazione del marzo 2020[33] che, in linea con la nuova strategia industriale, ha proposto un piano d'azione per l'economia circolare e suggerito la progettazione di prodotti più sostenibili, la riduzione dei rifiuti, e l'importanza del c.d. 'diritto alla riparazione', di guisa che sono stati oggetto di particolare attenzione i settori ad alta intensità di risorse, come l'elettronica e le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, le materia plastiche, tessili e costruzioni.

Il succitato piano d'azione di cui alla Comunicazione della Commissione Europea del marzo 2020, attraverso un quadro normativo più snello e adeguato, ha posto le basi per garantire la riduzione al minimo degli oneri per le persone e per le imprese per un più rapido sviluppo del processo evolutivo richiesto dal *Green Deal* europeo, il tutto attraverso una serie di iniziative tra loro interconnesse, finalizzate a creare dei modelli di *business* per assicurare il pieno funzionamento del mercato euronitario.

Ad integrazione del suddetto intervento, nel febbraio 2021 il Parlamento europeo ha adottato un'ulteriore Risoluzione sul tema, implementando le misure per raggiungere un'economia a zero emissioni di carbonio, sostenibile dal punto di vista ambientale, libera dalle sostanze tossiche e completamente circolare entro il 2050, includendovi, altresì, norme più severe sul riciclo e sugli obiettivi vincolanti per il 2030 e sull'uso e l'impronta ecologica dei materiali[34].

L'Unione europea considera, in sostanza, la fiscalità un importante strumento di sostegno proprio nell'ambito di modelli di pro-

---

trics, Trinomics e ICF (2018), *Impacts of circular economy policies on the labour market*, dal quale risulta che l'economia circolare ha la potenzialità di aumentare il PIL dell'UE di un ulteriore 0,5% e di creare circa 700 000 nuovi posti di lavoro entro il 2030, reperibile al seguente indirizzo: *https://circulareconomy.europa.eu/platform/sites/default/files/ec_2018_impacts_of_circular_economy_policies_on_the_labour_ market.pdf*.

[33] Cfr. COM/2020/98: *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva.*

[34] Trattasi della Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 sul nuovo piano d'azione per l'economia circolare (2020/2077 (INI).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

duzione ispirati all'economia circolare, incidendo sui costi per l'energia, sulle materie prime e sui rifiuti[35]. In tali fattispecie il prelievo appare strettamente correlato ad un uso efficiente delle risorse naturali, con il primario obiettivo di favorire il progressivo abbandono delle risorse fossili e dei materiali sintetici.

Risulta allora evidente che, proprio sul solco, sia ideologico che normativo, avviato su impulso della Commissione Europea e promosso da tutte le Istituzioni comunitarie, potrà pervenirsi ad un modello economico virtuoso, in cui la leva fiscale e la modulazione del prelievo di imposta da parte degli Stati membri, risulteranno tra i protagonisti indiscussi della piena realizzazione del progetto eurounitario volto alla salvaguardia dell'ambiente e alla promozione di buone pratiche ambientali[36].

Vi è tuttavia da rilevare come la tendenziale esclusiva predilezione di fattispecie tributarie agevolative, quali i *bonus* fiscali o i crediti d'imposta al fine di favorire comportamenti virtuosi da parte dei contribuenti, potrebbe apparire riduttiva e svalutativa rispetto ad altre forme di contributo che il diritto tributario è in grado di proporre in tema di crescita verde e sostenibile.

Consapevole di quanto sopra, il Legislatore domestico, oltre alla previsione di tributi ambientali che tengano conto nell'individuazione del presupposto del fattore ambientale, o il cui gettito sia destinato a finalità di tutela di quest'ultimo[37], si è di recente orientato

[35] Cfr. sul tema M. Bagliani, A. Pietta, S. Bonati, *Il cambiamento climatico in prospettiva geografica. Aspetti fisici, impatti, politiche*, Bologna, 2020, *passim.*

[36] I documenti in base ai quali risulta pianificata la transizione ecologica sono la *New generation Eu*, il *Green Deal* e il *Fit for 55% Package*. All'interno del progetto *New generation Eu* sono stati previsti importanti finanziamenti devoluti ai diversi settori economici allo scopo di favorire un rilancio attraverso la promozione della digitalizzazione e della transizione ecologica e sono stati individuati, tra i possibili tributi europei quelli ambientali, elevando l'ambiente quale presupposto per il concorso alle spese da parte dei cittadini. Il *Green Deal* si è soffermato in modo particolare sull'importanza di attuare riforme fiscali ben congegnati e idonee a stimolare la crescita economica così da realizzare una transizione giusta, offrendo anche una rivisitazione degli aiuti di stato. Con il pacchetto *Fit for* 55%, infine, è stata affrontata una delle questioni più spinose nell'ambito del piano di transizione ecologica, ovvero il processo di decarbonizzazione, prima rilevante tappa della suindicata transizione.

[37] Trattasi di tributi ambientali propriamente detti, da distinguere dai tributi

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

verso delle soluzioni più versatili, declinando adeguatamente le numerose imposte (erariali e locali), previste in ciascun ordinamento tributario, al fine di raggiungere gli obiettivi unionali.

E così, invero da lungo tempo, particolare attenzione è stata rivolta alla riduzione delle emissioni di Co_2 provocate dalla combustione di risorse fossili, il tutto nell'ottica di una politica energetica rispettosa dei canoni della tutela ambientale. Diversi sono stati, a tal proposito, i tentativi di istituzione di una *carbon tax*, nella forma di un tributo armonizzato sulle emissioni, di talché, sin dal 1992, è stata proposta l'introduzione di un'accisa armonizzata commisurata al contenuto di carbonio, onde incoraggiare imprese e consumatori a ridurre il ricorso a simili fonti energetiche[38].

Basandosi sulla stessa *ratio* e sui predicati comunitari, a livello interno il Legislatore è peraltro intervenuto sulla tassazione della plastica[39], *rectius* sulle forme di prelievo collegate all'impiego di mate-

---

che perseguono un obiettivo ambientale intendendosi con tale nozione ogni forma di prelievo il cui gettito risulti orientato a politiche di sostegno ambientale, o alla tutela delle risorse naturali di un Paese.

[38] In generale sulla *Carbon tax*, cfr. Alan M. Rhode, *Il buon proposito della "carbon tax" europea*, in *Fiscalità internaz.*, 2010, 5, p. 383; C. Sciancalepore, *Cambiamenti climatici e green taxes*, Bari, 2016, pp. 123 e ss.; C. Verrigni, *Le accise nel sistema dell'imposizione sui consumi*, Torino, 2017, pp. 101 ss.; R. Alfano, *Carbon tax e transizione energetica*, in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, Napoli, 2019, p. 253; P. Selicato, *La tassazione ambientale tra la ricerca di nuovi indici di ricchezza e la coerenza dei sistemi fiscal*i, in *Riv. dir. trib. int*., 2004, p. 273; F. Gallo, *Profili critici della tassazione ambientale*, in *Rass. trib*., 2010, p. 305.

[39] Con la Legge n. 160 del 2019 (legge di bilancio 2020), è stata istituita l'imposta sul consumo di manufatti in plastica con singolo impiego (MACSI) che hanno, o sono destinati ad avere, funzione di contenimento, protezione, manipolazione o consegna di merci o di prodotti alimentari, ad esclusione dei manufatti compostabili, dei dispositivi medici e dei MACSI adibiti a contenere e proteggere medicinali. Le disposizioni riconoscono un credito di imposta alle imprese attive nel settore delle materie plastiche, produttrici di MACSI con funzione di contenimento, protezione, manipolazione o consegna di merci o di prodotti alimentari nella misura del 10% delle spese sostenute, dal 1° gennaio 2020 al 31 dicembre 2020, per l'adeguamento tecnologico finalizzato alla produzione di manufatti compostabili. L'imposta di consumo sui MACSI, inizialmente fissata con decorrenza dal primo giorno del secondo mese successivo alla data di pubblicazione del provvedimento interdirettoriale attuativo, è stata più volte prorogata. Si veda in dottrina, A.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

riali plastici scarsamente riciclabili, o di involucri utilizzati dai consumatori per beni di primo consumo[40], nonché sulle imposte sui rifiuti solidi urbani e sulle emissioni sonore[41].

Ma non è tutto. L'implementazione della *circular economy* a livello tributario è ben lungi dall'essere giunta a completa maturazione, ben potendosi annoverare numerosi ulteriori strumenti fiscali idonei a garantire una sempre maggior sinergia tra tutela dell'ambiente e competitività. E così, volendo richiamare ulteriori misure che, *de iure condendo*, potrebbero apportare un notevole ausilio, la più accorta dottrina ha segnalato che, uno dei settori di intervento potrebbe individuarsi in quello dell'ammortamento, con accelerazione della procedura stessa nel caso di acquisti di beni rispettosi dell'economia circolare (così l'art. 102 TUIR)[42]; in alternativa la scelta potrebbe indirizzarsi nel senso di una detassazione degli utili reinvestiti per programmi attenti all'ambiente.

Ancora, tra gli interventi fiscali in predicato, potrebbe ventilarsi una misura di revisione in aumento dei crediti d'imposta, subordi-

---

F. Uricchio, *Fiscalità alimentare e circolare: problemi e opportunità a seguito dell'introduzione di 'Sugar Tax' e 'Plastic Tax'*, in *Dir. agro.*, 2020, p. 185; Id., *Dall'economia alla fiscalità circolare: primi interventi e prospettive di riforma*, in A.F. Uricchio, G. Selicato (a cura di), *Circular economy and environmental taxation*, Bari, 2020, p. 20. Di recente, cfr. G. Salanitro, *Sugar tax e plastic tax. Quando il tributo litiga con la capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib. online*, 4/2023, I, pp. 339 ss.

[40] La Legge di bilancio 2023 ha apportato modifiche all'articolo 1 della legge di bilancio 2020 (legge n. 160 del 2019) prorogando al 1° gennaio 2024 l'efficacia delle disposizioni istitutive della c.d. *plastic tax*, ulteriormente posticipata al 1 luglio 2024, con la Legge di Bilancio 2024 (legge del 30.12.2023 n. 213).

[41] In Italia, l'imposta sulle emissioni sonore, è stata configurata fin dalla sua prima comparsa, con l'art. 10 del d.l. 27 aprile 1990, n. 90, convertito con modificazioni nella l. 26 giugno 1990, n. 165, come un'imposta con evidenti funzioni ambientali (in quanto il relativo gettito era destinato alla realizzazione di opere con finalità ambientale e la riscossione era modulata in base alla effettiva rumorosità), ed ha trovato compiuta disciplina solo con il successivo d.P.R. 26 agosto 1993, n. 434. Per una compiuta ricostruzione sull'argomento, cfr. V. Guido, *L'imposta regionale sulle emissioni sonore: prime applicazioni di federalismo fiscale e sperimentazioni di fiscalità ambientale propria*, in *Riv. trim. di dir. trib.*, 2/2012.

[42] In tal senso, V. Ficari, *Nuovi elementi di capacità contributiva ed ambiente: l'alba di un nuovo giorno… fiscalmente più verde*?, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, p. 827.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

nando il riconoscimento in capo ai consociati al rispetto dell'ambiente, con la previsione di un incremento della tassazione per quelle ipotesi di interventi non "*green*".

Proprio in tal senso può affermarsi come il Fisco concorra all'attuazione di strategie destinate ad influenzare il rapporto tra uomo e natura[43] attraverso la leva promozionale, integrando gli ordinamenti giuridici nello sviluppo di modelli sostenibili di sviluppo e nella ricerca di rimedi ai danni procurati all'ambiente con una crescente consapevolezza[44].

Da quanto sopra risulta allora evidente come nel processo di trasformazione in atto, volto a favorire l'economia circolare, la materia tributaria risulti una centrale protagonista, affatto ingenerosa in termini di molteplicità di strumenti utilizzabili per garantire la piena tutelala dell'ambiente.

Il diritto tributario contemporaneo non può infatti essere indifferente rispetto ai profondi mutamenti del presente[45], e ricade perciò nell'ordine delle cose che lo stesso risulti profondamente condizionato da modelli valoriali all'interno dei quali si collocano i diritti ambientali il tutto, purché, ovviamente se ne offra una declinazione sapiente, sì che gli interventi risultino sostenibili e proporzionali.

Abstract

Il contributo, dopo una disamina dell'assetto normativo in tema di fiscalità ambientale in ambito internazionale, europeo, e domestico, offre una ricognizione dei principi cardine che caratterizzano l'economia circo-

[43] S. Scarascia Mugnozza, *Fiscalità ambientale e green economy. Profili evolutivi*, Bari, 2021, p. 127.

[44] A.F. Uricchio, P. Selicato, M. Aulenta (a cura di), *La dimensione promozionale del fisco*, Bari, 2015, *passim*; nonché, P. Selicato, *Fisco e ambiente: strumenti per un Governo sostenibile del territorio. Profili teorici e lineamenti evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale per la promozione dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, 2004, pp. 399 ss.

[45] A. F. Uricchio, *Capacità contributiva e "agenda" del terzo millennio: dalla tutela dell'ambiente all'economia circolare*, in *Il diritto costituzionale tributario nella prospettiva del terzo millennio*, (a cura di) V. Mastroiacovo, G. Melis, Torino, 2022, p. 112.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

lare, con uno specifico *focus* sui più recenti approdi legislativi interni volti a garantire una sempre maggior coesione tra tutela dell'ambiente e competitività delle attività economiche.

The paper, after an examination of the regulatory framework on the subject of environmental taxation at the international, European and domestic levels, offers a survey of the key principles that characterize the circular economy, with a specific focus on the most recent internal legislative developments aimed at ensuring an ever greater cohesion between environmental protection and competitiveness of economic activities.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-12martis

ROSSELLA MICELI

POLITICHE FISCALI E DECARBONIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa sistematica. – 2. Economia sociale di mercato, aiuti di Stato, valore del bene ambiente. – 3. La transizione ecologica nell'assetto europeo. – 4. Politica fiscale e transizione ecologica. – 5. La politica fiscale di decarbonizzazione. – 6. Gli aiuti di Stato ambientali. – 7. Il ruolo della fiscalità nel piano di decarbonizzazione.

1. La decarbonizzazione definisce un'importante declinazione della transizione ecologica, progetto più ampio che si articola in numerose politiche e presenta diverse finalità.

In questo momento storico, rispetto a tali finalità, la decarbonizzazione ha acquisito una indiscutibile priorità.

La politica di decarbonizzazione indica il piano di graduale riduzione dell'utilizzo di fonti di energia che contengono carbonio e producono emissioni di anidride carbonica.

Come noto, la produzione di energia avviene attraverso processi di combustione di materie prime energetiche (i combustibili fossili costituiti – principalmente – da legno, petrolio e carbone) che generano anidride carbonica (CO_2) in dosi troppo elevate per essere assorbite in modo naturale dall'ambiente e senza conseguenze per lo stesso.

Gli studi scientifici degli ultimi cinquant'anni hanno dimostrato che l'eccesso di emissioni di CO_2 costituisce la prima causa dell'inquinamento del pianeta e dell'effetto serra, dai quali sono derivate le modificazioni climatiche, le minacce per le biodiversità, i disastri sismici, la diffusione di epidemie.

L'azione di decarbonizzazione si è – pertanto – resa necessaria al fine di garantire la sopravvivenza del pianeta terra e delle future ge-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

nerazioni, nella considerazione di fondo secondo la quale vivere in un ambiente sano costituisce un diritto intergenerazionale, della cui protezione l'ordinamento giuridico si deve fare carico.

Secondo tale prospettiva la vita in un ambiente sano qualifica un diritto e la protezione dell'ambiente e l'utilizzo razionale delle risorse costituiscono, al contempo, doveri sociali di solidarietà in capo alla collettività.

In questo ambito la materia tributaria ha sviluppato un particolare rilievo, in quanto in grado di attuare politiche efficaci e dirette ai suddetti obiettivi. In tal senso la leva fiscale è attualmente destinata a rivestire un ruolo fondamentale nel processo di decarbonizzazione.

Nel presente contributo si analizzeranno i piani di intervento della materia fiscale a favore della decarbonizzazione.

Tale approfondimento sarà preceduto da alcune riflessioni sull'evoluzione dell'impostazione politica europea e sulla genesi della transizione ecologica allo scopo – nelle conclusioni – di definire il ruolo assunto dal tributo in quest'ultimo processo di transizione.

2. Dopo una graduale maturazione ideologica, relativa all'importanza di un cambiamento di prospettiva in seno all'Unione europea, con il Trattato di Lisbona (sottoscritto il 13.12.2007), all'art. 3, par. 3[1] si è codificato il principio dell'economia sociale di mercato[2].

[1] L'art. 3, par. 3 sancisce che "*l'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva che mira alla piena occupazione ed al progresso sociale, su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente*". Cfr., su questo passaggio, G. Contaldi, *Il significato attuale dell'economia sociale di mercato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 544.

[2] La formula "economia sociale di mercato" richiama una componente liberista concentrata sullo sviluppo dei valori sociali che ha preso parte alla formazione del Trattato istitutivo della CEE nel 1957. La corrente di pensiero in esame ha avuto origine in Germania nel 1900 ed è conosciuta come ordoliberismo della scuola di Friburgo. Tale scuola ebbe tra i suoi esponenti principali: Eucken, Muller-Armack, Erhard, Ropke; Miksch, Boh, Grobmann-Doert. Cfr. F. Felice, *L'economia sociale di mercato*, Catanzaro, 2008, p. 19; F. Forte, F. Felice, C. Forte, *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Catanzaro, 2012, *passim*; Aa.Vv. (a cura di P. Nemo, J. Petitot), *Storia del liberismo in Europa*, Catanzaro, 2006, 801; A. Somma, *L'economia sociale di mercato. Il fascino della terza via: torna di moda un*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

Con tale ultimo passaggio giuridico, il suddetto principio ha acquisito il ruolo di valore fondamentale della politica europea ed ha qualificato la successiva linea di sviluppo della politica economica dell'Unione[3].

L'economia sociale di mercato coniuga i principi del liberismo economico con la necessaria tutela dei valori sociali, definendo un mercato in cui è necessario un intervento regolatore al fine di garantire un ordine di sviluppo sociale ed economico.

L'impostazione in esame definisce, in questo modo, la necessità di una politica mirata all'affermazione dei valori sociali nel mercato, nella consapevolezza che soltanto un'azione volta a garantire tali ultimi valori possa condurre ad un mercato in equilibrio, espressivo di una concorrenza sana.

In altre parole, non vi può essere un libero mercato senza la protezione dei valori sociali e non si possono tutelare questi ultimi prescindendo dalle regole del mercato; la sinergia libero mercato/valori sociali risulta necessaria per lo sviluppo di una collettività coerente ai valori emergenti nella realtà attuale.

L'economia sociale di mercato ha così sostituito i principi del liberismo economico[4] che – per diverse ragioni di tipo politico, econo-

---

passato mai passato, in *Biblioteca delle libertà*, 2009, (in *https://www.centroeinaudi.it/biblioteca-della-liberta/numero-attuale.html*); ID., *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in *http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/wiew/47*.

[3] Sul rilievo dell'economia sociale di mercato nella costruzione del mercato europeo e per la definizione degli obiettivi, T. PADOA SCHIOPPA, *La costituzione economica europea*, in *The federalist*, 2002, 3, p. 198; C. JEORGES, *What is left of the European economic constitution? A melancholic eulogy*, in *European law review*, 2004, p. 461; S. GIUBBONI, *Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo*, *www.astrid online*, 2009; A. SOMMA, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in *DPCE*, 2015, p. 4; G. CONTALDI, *Il significato attuale dell'economia sociale di mercato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, cit., p. 544.

[4] Una politica maggiormente improntata ai principi del liberismo economico classico è stata quella che ha consentito agli Stati un'agevole accettazione del progetto europeo, in quanto non ha inciso sui piani di sviluppo e sulle politiche sociali nazionali. Il liberismo classico è quello che definisce una assoluta libertà del mercato, senza riconoscere poteri di intervento allo Stato, se non limitati alla giustizia ed alla sicurezza. I principi del liberismo economico sono quelli espressi nella corrente di pensiero dell'economia classica che ha avuto quali esponenti SMITH, RI-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

mico e sociale – avevano sorretto l'architrave europea sin dall'epoca della sua istituzione, definendo un importante limite in capo all'Unione in relazione all'attivazione o alla regolazione di politiche sociali.

In ossequio all'economia sociale di mercato, nell'ambito delle politiche europee, i principi del libero mercato sono destinati ad essere bilanciati e composti con i valori sociali, secondo equilibri sempre diversi e dipendenti dalle contingenze storiche.

Sulla base di tale impostazione, in seno alla economia sociale di mercato si è sviluppato il principio di responsabilità (maggiormente espressivo degli interessi del mercato) e quello di solidarietà (maggiormente espressivo dei valori sociali), diversamente affermati nei diversi momenti storici che si sono avvicendati a partire dal 2007.

Nell'architrave europea, una delle discipline che maggiormente esprime la predetta dinamica dell'economia sociale di mercato è quella degli aiuti di Stato[5]. Quest'ultima disciplina è nata per definire un divieto (di aiuti di Stato) tipicamente espressivo del pensiero liberista, affermando il principio secondo cui lo Stato non deve intervenire nell'economia e nel mercato. Nell'ambito di tale sistema sono state previste delle deroghe (*de jure* e discrezionali) ovvero ipotesi di aiuti che sono compatibili con il mercato in quanto espressive di interessi sociali; tali aiuti possono essere autorizzati dalla Commissione europea.

La medesima disciplina ha poi regolato la possibilità in capo alla Commissione europea e al Consiglio europeo di individuare (con regolamenti) categorie di aiuti ammessi, vale a dire di aiuti che non sono assoggettati all'obbligo di preventiva notifica e autorizzazione. Si tratta, quindi, di aiuti espressivi di interessi sociali la cui introdu-

---

CARDO, MILL, VON HAYEK. Cfr. diffusamente su tali aspetti G. BEDESCHI, *Storia del pensiero liberale*, Soveria Mannelli, 2015, *passim.*

[5] Tale disciplina definisce la scelta che l'Unione europea ha effettuato in merito al tema generale dell'intervento dello Stato nell'economia (il noto tema Stato/mercato), contenendo al suo interno una serie di soluzioni che l'evoluzione del pensiero europeo ha reso possibili. Cfr. G.L. TOSATO, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato tra economia di mercato e interessi generali*, in *Astrid online*, ove sottolinea che la disciplina europea degli aiuti denota un andamento evolutivo che riflette la tensione dialettica fra competenze degli Stati in materia di politica economico sociale e di struttura economico industriale e competenze comunitarie relative al funzionamento del mercato e della concorrenza.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

zione non solo è ammessa senza preventiva notifica ma, addirittura, è auspicata dall'Unione in quanto coerente con un progetto complessivo di sviluppo economico e sociale.

Attraverso la produzione normativa in materia di aiuti ammessi si è così realizzata, nel tempo, una ampia regolamentazione in materia di discipline selettive che gli Stati membri possono attuare in coerenza ai principi sugli aiuti di Stato.

Tali discipline prevedono aiuti trasparenti e proporzionali che hanno come obiettivo la promozione di uno o più valori sociali, individuati sulla base di quelli previsti dalle deroghe alla materia degli aiuti di Stato o in ossequio a valutazioni della Commissione europea.

La materia degli aiuti di Stato ammessi ha così definito un nuovo comparto disciplinare, espressione di una logica autonoma, che definisce una politica di integrazione per differenziazione per le finalità della economia sociale di mercato[6].

In seno alla materia degli aiuti di Stato si è sviluppato il bene ambiente, attraverso l'utilizzo degli aiuti di Stato ambientali. Questa linea di azione ha avuto un importantissimo pregio: quello di declinare il principio di differenziazione all'interno della politica ambientale, definendo concretamente le possibilità di intervento selettivo e diversificato nell'ambiente a favore di uno sviluppo all'interno del mercato.

L'ambiente è stato riconosciuto tra i valori sociali oggetto di tutela nell'ambito del comparto degli aiuti ammessi; quelli ambientali sono stati qualificati tra gli aiuti ammessi e sono stati oggetto – a partire dal 2014 – di una politica autonoma[7].

---

[6] Cfr. R. Miceli, *The Role of State Aid in the European Fiscal Integration*, Cham, Switzerland, Springher, 2022, *passim*; Id., *La funzione della disciplina degli aiuti di Stato europei*, n. 11/2022.

[7] La prima Comunicazione della Commissione – che si è occupata specificamente di aiuti di Stato in materia ambientale – è quella del 2.1.2001, recante la Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato a tutela dell'ambiente. Successivamente gli aiuti che possono essere attivati in materia ambientale (anche attraverso agevolazioni fiscali) sono stati previsti analiticamente nella Comunicazione della Commissione 1.4.2008, *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela dell'ambiente*. Gli aiuti ambientali, e in particolare quelli realizzati attraverso agevolazioni fiscali, definiti in tale ultima Comunicazione sono stati poi assoggettati al regime *de jure*, con il noto Regolamento del 6 agosto 2008, n. 800. Tale ultimo regolamento ha so-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

La regolamentazione esistente – che gradualmente è stata introdotta in materia di aiuti di Stato, in relazione alle agevolazioni ambientali – ha così messo a punto una serie di paradigmi, che costituiscono oggi le direttive da seguire nel momento in cui si vogliono istituire agevolazioni ambientali nei singoli Stati membri.

Nell'ambito degli aiuti ammessi sono comprese le agevolazioni ambientali concesse in materia fiscale.

La disciplina specifica ha, così, definito aiuti in materia ambientale concessi per incentivare le imprese ad investire nello sviluppo sostenibile, per promuovere la lotta per il risparmio energetico e a favore delle fonti di energia rinnovabile. Sul punto si ritornerà nel prosieguo.

3. A prescindere dal percorso nell'ambito della materia degli aiuti di Stato, negli anni in seno all'Unione europea si è assistito al conferimento di una sempre maggiore importanza al tema dell'ambiente.

Negli ultimi tempi, poi, l'Unione ha preso atto della centralità dell'ambiente per lo sviluppo economico e sociale europeo ed ha, in tal modo, stabilito una assoluta priorità degli obiettivi di crescita sostenibile.

In particolare, dopo l'emergenza da COVID-19, si è avviata una politica di protezione dell'ambiente nella convinzione di fondo che la pandemia fosse stata determinata anche dallo stato di degrado ambientale raggiunto nel pianeta. In questa fase storica, sebbene si sia registrata anche una grave crisi economica (che è seguita alla emergenza sanitaria), si è comunque pianificata la transizione ecologica.

La logica sottesa all'economia sociale di mercato impone, infatti, come anticipato, un costante bilanciamento tra i valori sociali e il mercato.

Nella fase della pandemia e della post-pandemia si è affermata la priorità del bene ambiente rispetto al mercato, in quanto si è ritenuto che la transizione ecologica fosse il passaggio fondamentale per

---

stanzialmente recepito la suddetta Comunicazione del 2008. Successivamente la categoria degli aiuti di stato ambientali è stata confermata nel Regolamento della Commissione n. 651 del 17 giugno 2014 (art. 1, comma 1, lett. *c*), che ha sostituito il precedente Regolamento n. 800/2008.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

la sopravvivenza delle generazioni future e la premessa per una corretta ripresa economica.

L'obiettivo principale si è così definito nella crescita sostenibile ovvero nell'affermazione di processi economici produttivi che non compromettano l'ambiente.

La transizione che è stata programmata presenta alcuni caratteri di rilievo.

Essa si fonda principalmente su tre documenti messi a punto dalla Commissione europea e dal Consiglio che qualificano le direttrici della politica in divenire.

I documenti su cui si basa il progetto sono: *Next generation Eu, Green Deal*, *Fit for 55% Package*.

Next generation Eu costituisce un piano di ripresa economica, finalizzato ad irrobustire le economie nazionali fortemente provate dalla pandemia da COVID-19. In tale progetto sono previsti importanti finanziamenti devoluti ai diversi settori economici, il cui obiettivo è quello di favorire un rilancio attraverso la promozione della digitalizzazione e della transizione ecologica. Si tratta, pertanto, di un pacchetto di misure che opera essenzialmente sul piano dei mezzi (economici e finanziari) a disposizione dell'Unione europea per favorire i suddetti passaggi a sostegno di una ripresa economica e sociale *post* pandemia.

Next generation EU definisce l'attuazione del principio di solidarietà europea e qualifica la definitiva attivazione di un percorso volto alla affermazione di una fiscalità propria dell'Unione.

Rispetto ai temi di nostro interesse, *Next generation EU* sostiene l'acquisizione di risorse, rendendo possibile la realizzazione della transizione ecologica e al contempo prevede, tra i possibili (futuri) tributi europei (finalizzati a fondare la fiscalità europea), quelli ambientali[8], qualificando – in questo modo – l'ambiente quale bene comune che può identificare un valido presupposto per il concorso alle spese da parte dei cittadini.

Il *Green Deal* (o Patto verde per l'Europa, formalizzato dalla Commissione europea nella Comunicazione 11.12.2019, n. 640) costituisce il documento principale per avviare un'importante trasfor-

[8] Diffusamente su questo tema, F. FABBRINI, *Next generation EU*, Bologna, 2022, p. 81.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

mazione dell'ambiente in Europa in quanto declina un insieme di misure e di azioni per attuare la transizione.

In tale documento si inaugura una linea innovativa di politica ambientale, nella quale assume un ruolo centrale l'utilizzo della leva fiscale. Si tratta di un profilo di estremo interesse per la materia tributaria destinataria di importanti aperture e di grandi aspettative da parte dell'Unione europea[9].

Si rileva, in particolare, la necessità di attuare "riforme fiscali ben congeniate" al fine di stimolare la crescita economica e di realizzare una transizione giusta[10]. Si ritiene, infatti, che il progetto in esame sia destinato a creare un contesto adatto alle riforme fiscali al fine di ridurre l'inquinamento ed allentare la pressione fiscale sul lavoro. In tale contesto si impone un'immediata riforma dell'IVA che rifletta i traguardi ambientali[11].

Nel *Green deal*, con riguardo alla disciplina fiscale, si effettua un importante rinvio alla materia degli aiuti di Stato, sottolineando come appaia necessario rivedere le condizioni di tale materia al fine di realizzare una politica più efficace, abbattendo barriere che ostacolano la diffusione di prodotti puliti.

Infine, il pacchetto *Fit for 55%* definisce un'articolazione del *Green Deal* in quanto affronta la questione più imminente nell'ambito del piano di transizione ecologica ovvero il processo di decarbonizzazione. Tale processo, come anticipato, è oggi determinante nelle politiche europee e nazionali in quanto qualifica la prima tappa della transizione ecologica.

4. Il bene ambiente costituisce uno dei valori sociali la cui necessità di tutela e di promozione è cresciuta esponenzialmente nel pensiero europeo.

---

[9] V. Comunicazione della Commissione europea 11.12.2019, n. 640, Par. 2.2.2.

[10] V. Comunicazione della Commissione europea 11.12.2019, n. 640, Par. 2.2.2 ove si sottolinea che la transizione giusta si realizzerà inviando i giusti segnali di prezzo e incentivando i produttori, gli utenti ed i consumatori ad assumere comportamenti sostenibili.

[11] V. Comunicazione della Commissione europea 11.12.2019, n. 640, Par. 2.2.2. In particolare, si ritiene fondamentale l'adozione della proposta IVA della Commissione che impone un utilizzo più mirato delle aliquote su determinati prodotti, ad esempio quelli biologici.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

Specificamente, con riferimento alla fiscalità, l'Unione europea ha messo a punto negli anni due importanti percorsi di sviluppo.

Il primo percorso è figlio di un'importante evoluzione ideologica che si è conclamata nell'attuale disciplina recata nel titolo XX del TFUE e, in particolare, negli artt. 191, 192, 193. Il contesto giuridico in esame e, soprattutto, il principio "chi inquina paga" hanno definito la base della disciplina della tassazione ambientale europea.

In ossequio a tale ultimo principio sono stati qualificati i tributi e le agevolazioni tributarie ambientali, che si sono caratterizzati per l'assunzione dell'ambiente all'interno della fattispecie giuridica fiscale[12].

Si è così avviato un cammino giuridico molto significativo che ha condotto all'interno degli Stati a mettere in discussione le categorie tradizionali della funzione tributaria, imponendo una giustificazione costituzionale alla categoria dei tributi ambientali, la cui introduzione e diffusione era ormai imprescindibile all'interno del territorio europeo[13].

---

[12] Specificamente, sulla costruzione del presupposto nei tributi con funzione ambientale, v. P. SELICATO, *La tassazione ambientale tra la ricerca di nuovi indici di ricchezza e la coerenza dei sistemi fiscali*, in *Riv. dir. trib. int*., 2004, p. 273. F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, in *Rass. trib*., 2010, p. 305; C. SCIANCALEPORE, *Cambiamenti climatici e green taxes*, Bari, 2016, p. 255. Sulla nozione di agevolazione ambientale in senso stretto, v. F. AMATUCCI, *Agevolazioni fiscali ambientali aiuti di stato e incompatibilità comunitari*a, in *Riv. dir trib. int*., 2005, p. 81; F. PEPE, *Le agevolazioni fiscali "regionali" in materia ambientale*, in *Riv. dir. trib*., 2012, p. 3; R. ALFANO, *Agevolazioni fiscali in materia ambientale e vincoli dell'Unione europea*, in *Rass. trib.*, 2011, p. 339; C. SCIANCALEPORE, *Cambiamenti climatici e green taxes*, cit., p. 255.

[13] La dottrina tributaria ha valorizzato tale evoluzione, ponendo in luce la graduale acquisizione di importanza della materia ambientale e del principio «chi inquina paga», codificato nel 1992 con il Trattato di Maastricht. Cfr. F. AMATUCCI, *Le fondamenta costituzionali dell'imposizione ambientale*, Napoli, 1993, p. 23; F. MARCHETTI, *La tassazione ambientale*, Roma, 1995, *passim*; ID., *Ambiente* (*dir. trib.*), in *Diz. dir. pubbl*., diretto da S. Cassese, vol. I, Milano, 2006, p. 241; F. PICCIAREDDA, P. SELICATO, *I tributi e l'ambiente, Profili ricostruttivi*, Milano, 1996, *passim*; R. PERRONE CAPANO, *L'imposizione e l'ambiente*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. Amatucci, Padova, 2001, p. 121; S. CIPOLLINA, *Fiscalità e tutela del paesaggio*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2008, I, p. 552; P. SELICATO, *Imposizione fiscale e principio chi inquina paga*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 1157; R. ALFANO, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Torino, 2012, p. 10.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

In tale esperienza il tributo e l'agevolazione ambientale hanno assunto un'identità importante e sono stati destinati a livello europeo all'obiettivo di protezione dell'ambiente.

Si è così confermato un tributo che non colpisce forme tradizionali di ricchezza e non attua finalità redistributive nel senso ortodosso del termine, ma sostiene una politica comune di difesa del bene ambiente quale valore intergenerazionale ed internazionale[14].

Accanto a tale fattispecie, quale seconda linea di evoluzione, come già illustrato, si sono sviluppati nel tempo gli aiuti di Stato ambientali, i quali hanno invece qualificato anche ipotesi di tributi o agevolazioni nell'accezione tradizionale, espressivi di una forma di selettività ammessa e come tali finalizzati ad una attività di promozione dell'ambiente nel mercato.

L'evoluzione della politica ambientale nella sua duplice linea di sviluppo ha portato alle attuali premesse della costruzione della politica fiscale ambientale.

Quest'ultima ha sviluppato la matrice solidaristica dell'ambiente, che si basa sulla centralità del principio dello sviluppo sostenibile[15].

Il bene ambiente si sostanzia in un diritto intergenerazionale di crescita e di sviluppo, impone un utilizzo razionale e consapevole delle proprie risorse e costituisce un valore generale declinabile in ogni disciplina fiscale.

In tale assetto la fiscalità acquisisce il ruolo di strumento privilegiato di definizione delle politiche ambientali.

La natura sociale ed intergenerazionale del bene ambiente impone – infatti – che la sua tutela e protezione debbano essere affidate alla materia che per antonomasia risulta preposta al riparto delle spese pubbliche per il perseguimento di finalità di crescita sociale.

In tale direzione numerosi studi internazionali confermano la

[14] Si vedano, in particolare, le riflessioni di F. GALLO, *Il tributo quale indispensabile strumento di politiche redistributive*, in *Rass. trib.*, 2021, p. 273; A.F. URICCHIO, *Le prospettive di riforma della fiscalità ambientale in ambito UE nell'ottica della transizione ecologica e della fiscalità circolare*, in *Riv. di dir. int. trib.*, 2022, p. 15; ID., *Capacità contributiva e "agenda" del terzo millennio: dalla tutela dell'ambiente all'economia circolare*, in *Dir. e proc. trib.*, 2022, 2, p. 185.

[15] Cfr. S. CANNIZZARO, *La matrice solidaristica dei principi europei e internazionali in materia ambientale e il ruolo della fiscalità nel sistema interno*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, IV, p. 95.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

necessità di imposte ambientali al fine di rendere le politiche ecologiche eque ed efficienti[16].

Lo strumento fiscale diviene, in tal modo, quello più efficace per il perseguimento degli obiettivi ambientali, qualificando una nuova fiscalità che tende a prescindere da presupposti economici in senso tradizionale al fine di valorizzare le condotte e le abitudini della collettività con riferimento all'impatto (positivo o negativo) sui beni sociali espressivi di interessi comuni[17].

Secondo tale prospettiva le politiche fiscali potranno utilizzare tutti gli strumenti idonei a realizzare gli obiettivi della transizione. Ne deriva che in tale piano saranno ammessi non solo i tributi e le agevolazioni ambientali in senso stretto, ma anche i tributi a scopo ambientale o i contributi.

5. Sulla base del *Fit for 55% package*, la decarbonizzazione costituisce l'obiettivo più importante del progetto ecologico in quanto ne definisce un passaggio imprescindibile.

Il suddetto pacchetto prevede, infatti, un piano di graduale riduzione delle emissioni di carbonio in misura pari al 55% da completarsi entro il 2030 con l'obiettivo di far divenire l'Europa il continente climaticamente più neutro entro l'anno 2050.

Il *Fit for 55% package* mira, in tal modo, a realizzare un cambiamento trasformativo necessario nella sfera economica, sociale ed industriale, nella prospettiva di solidarietà intergenerazionale e internazionale, secondo la strada già segnata dal *Green deal*.

I percorsi per giungere a tali obiettivi sono due ovvero la riduzione graduale dell'utilizzo di materie prime inquinanti contenenti CO_2 e la valorizzazione progressiva dell'uso di fonti energetiche rinnovabili, vale a dire di fonti naturali, non soggette ad esaurimento, in quanto reintegrate con i processi fisiologici di origine naturale (quali l'energia solare, l'energia eolica, il calore geotermico).

Secondo i predetti obiettivi, gli istituti tributari (tributi e agevolazioni) sono chiamati ad assolvere ad una funzione positiva di pro-

[16] Cfr. W. Nordhaus (Nobel 2018), *Spirito Green*, Bologna, Mulino, 2022, p. 126.

[17] Cfr. F. Gallo, *Il tributo quale indispensabile strumento di politiche redistributive*, cit., p. 273.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

mozione dell'ambiente e la loro introduzione è legata alla finalità di condizionare i comportamenti dei contribuenti verso scelte ecologiche compatibili con il piano di decarbonizzazione (riduzione delle emissioni di carbonio e potenziamento dell'utilizzo delle energie rinnovabili).

La politica fiscale – che si sta definendo – si inserisce nell'ambito di una scelta di fondo già operata per i prossimi anni ovvero la conferma dell'utilizzo del sistema delle quote di emissione del carbonio (EU - ETS *European Emission Trading Scheme*) che, fino ad oggi, ha dato risultati estremamente positivi nell'opera di decarbonizzazione in corso.

Il sistema ETS definisce, infatti, uno dei pilastri della politica ambientale[18]; tale sistema prevede la fissazione di un prezzo del carbonio e l'attribuzione ad ogni operatore economico di un valore massimale di emissioni di carbonio inquinante che potrà utilizzare nella sua attività, valore che sarà oggetto di una progressiva riduzione. Attraverso il sistema delle ETS ad ogni operatore economico sono riconosciute delle quote pari al valore delle emissioni che allo stesso sono attribuite tali quote possono essere utilizzate dallo stesso ovvero cedute sul mercato ad altri operatori ai prezzi stabiliti.

Il suddetto meccanismo è destinato ad essere implementato nella disciplina applicativa e ad essere utilizzato in nuovi settori economici (quali il settore aereo e marittimo, il trasporto statale e l'edilizia).

Il sistema in esame definisce, in tal modo, uno strumento di regolazione amministrativa dell'utilizzo del carbonio e l'oggetto delle transazioni commerciali tra operatori economici. Questi ultimi tenderanno gradualmente a non utilizzare le quote e a cederle sul mercato, al fine di ottenere maggiori guadagni nelle proprie attività.

Si ritiene che il valore pagato per l'utilizzo del carbonio sia un prezzo pubblico in un mercato regolamentato (e non un tributo), ma

[18] Il sistema per lo scambio di emissioni dei gas ad effetto serra nell'Unione europea (EU-ETS) è stato istituito con la Direttiva C-2003/87/CE (Direttiva del Parlamento e del Consiglio 13.10.2003, intitolata "*Misure di sostegno transitorie a favore di determinate industrie a elevata intensità energetica nell'eventualità di una ricollocazione delle emissioni di carbonio*"). Il sistema è poi entrato in vigore nel 2005 e costituisce la principale politica di decarbonizzazione introdotta in Europa e rivolta a tutti i settori ad alta intensità energetica (S. DORIGO, P. MASTELLONE, *La fiscalità per l'ambiente*, Roma, 2013, p. 35).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

si evidenzia al contempo come l'intera disciplina delle ETS contenga elementi propri della fiscalità[19].

Le misure propriamente fiscali, finalizzate alla decarbonizzazione, programmate in Europa si individuano, al contempo, nella istituzione della *Carbon Border Tax* e nella revisione della direttiva sulla tassazione dell'energia.

A queste si aggiungono tutte le discipline nazionali che gli Stati riterranno di dover introdurre sulla base delle proprie esigenze specifiche, le quali dovranno essere coerenti con la recente Comunicazione in materia di aiuti di Stato ambientali.

Con riferimento al primo punto, la corretta conduzione della politica di decarbonizzazione all'interno dell'Europa impone di attuare una forma di controllo delle importazioni di materie prime che contengono volumi di carbonio o di altri gas inquinanti.

In altre parole, risulta necessario verificare anche il prezzo dei beni che entrano nel territorio europeo. A tal fine, si è definita in seno alla Commissione europea la proposta legislativa volta ad istituire una *Carbon Border Tax* (CBT).

La CBT costituisce un dazio sulle importazioni che produce l'effetto di scoraggiare l'acquisto delle suddette materie prime dai mercati esteri; il tributo medesimo colpisce infatti tutte le materie prime importate (contenenti carbonio), le quali sconterebbero un prezzo imposto superiore a quello applicato in Europa[20].

---

[19] Si ritiene che l'ETS qualifichi uno strumento multifunzionale nel quale concorre anche una connotazione tributaria. Cfr. L. Del Federico, S. Giorgi, *The coordination of energy taxes and ETS via tax exemptions: the compatibility test in the context of free or auctioning allowancesand TFEU rules*, in *A.V. Energy taxes, environmental protection and State aid*, IBFD, Amsterdam, 2016, 349. Il suddetto regime si caratterizza, infatti, per alcuni elementi indefettibili, quali: una stringente regolamentazione pubblicistica, una fase di scambi regolata dal mercato ed una finalizzazione del gettito alla spesa ambientale; tale ultimo fattore, unitamente alla coattività del prezzo renderebbe la materia in esame affine alla funzione fiscale. Cfr. S. Giorgi, *Aiuti di stato, fiscalità e "parafiscalità" nel settore energetico: ibridazione, modernizzazione e bilanciamento*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2017, p. 70, la quale rileva la «fiscalizzazione del meccanismo». Per tale motivo la fattispecie in esame viene analizzata nell'ambito delle politiche fiscali di decarbonizzazione.

[20] La CBT costituisce un regime complementare a quello interno delle quote di emissione, imponendo a chi acquista dai mercati esteri di non superare le stesse limitazioni quantitative che operano nel mercato europeo.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

Con riferimento alla riforma della direttiva sulla tassazione dell'energia (direttiva 27 ottobre 2003, n. 2003/96/CE), si rileva che tale passaggio è individuato sia nel *Green Deal*, sia dal *Fit for 55% Package*, confermando una necessità già emersa da diverso tempo in seno all'Unione.

La direttiva sulla tassazione dell'energia è entrata in vigore nel 2003 con lo scopo di armonizzare l'imposizione dei prodotti energetici in ambito europeo, prevenendo l'emersione di forme di concorrenza sleale tra Stati e di pianificazioni aggressive degli operatori economici in una fase storica in cui diversi Paesi europei avevano iniziato ad avviare politiche di protezione ambientale.

Con l'introduzione della disciplina in esame si è profondamente innovato il settore della tassazione delle materie prime allo scopo di realizzare un quadro fiscale uniforme in tutta l'Europa; si è così previsto un livello minimo di tassazione dei prodotti energetici utilizzati come combustibili o come carburanti per motore nonché la possibilità di stabilire esenzioni nell'ambito di diverse fattispecie.

Gli obiettivi di tale direttiva non sono stati sostanzialmente raggiunti; non si è, infatti, definito un livello medio di tassazione in tutto il territorio europeo ma si è qualificato un quadro giuridico molto diversificato e lontano da una effettiva armonizzazione[21].

La crescita esponenziale dei problemi ambientali, che si è realizzata con l'inizio del nuovo secolo, ha inoltre reso la direttiva in esame obsoleta già pochi anni dopo la sua introduzione[22].

Le riflessioni in esame hanno condotto, all'interno dei progetti di transizione ecologica, a prendere atto di come la riforma della direttiva energia costituisca un passaggio fondamentale per la decarbo-

[21] Si rileva, inoltre, che la disciplina della direttiva è stata recepita diversamente negli Stati europei. Si è registrata, in particolare, una differente percezione del tema che ha evidenziato, nel tempo, Paesi europei con una elevata tassazione dell'energia e altri Paesi con una tassazione molto bassa.

[22] In tal senso, già nel 2011 si registrò la prima proposta di cambiamento, che non fu mai approvata.

Nel 2019 la Commissione è tornata sul punto con una nuova proposta di revisione (Comunicazione 9.4.2019, n. 177); tale impostazione è stata avallata dal Consiglio Ecofin (nota n. 41 del 5 dicembre 2019) che ha confermato la necessità di rivedere integralmente la direttiva in esame, aggiornando il quadro giuridico sulla tassazione dell'energia.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

nizzazione in quanto la suddetta direttiva non è allineata agli obiettivi di politica ambientale.

Emergono alcuni punti essenziali che devono guidare questi passaggi[23].

La direttiva sulla tassazione dei prodotti energetici dovrà definire un quadro organico della imposizione in Europa coerente con la transizione ecologica.

In questo senso, il primo passaggio attiene alla modificazione dei criteri di tassazione delle materie energetiche: appare necessario sottoporre ad imposizione non il volume totale degli olii minerali o il contenuto energetico delle materie oggetto di acquisizione ma – piuttosto – la percentuale di elementi inquinanti (CO_2 o di altre sostanze inquinanti) che si riscontrano nell'ambito dei volumi o dei contenuti delle materie prime.

Il sistema deve transitare da una tassazione oggettiva sui quantitativi totali di energia ad una imposizione sui soli contenuti inquinanti all'interno dei volumi.

Si impone, quindi, una riformulazione del sistema attraverso l'individuazione – quale parametro impositivo – del contenuto di carbonio o di altre sostanze inquinanti all'interno delle materie energetiche. Lo stesso criterio qualitativo deve essere osservato nella riformulazione delle esenzioni, le quali possono essere rivolte solo a fattispecie che non contengono carbonio o sostanze inquinanti.

In altre parole, la tassazione deve essere costruita in modo da discriminare con aliquote più elevate l'utilizzo di materie inquinanti (a prescindere dai contenuti o dai volumi acquistati) rispetto a quelle meno inquinanti alle quali devono essere rivolte aliquote ridotte o esenzioni.

Alla luce di tali principi deve essere rivisto tutto il sistema delle agevolazioni, che dovrà essere calibrato sul tipo di materie prime e potrà essere rivolto esclusivamente al gas naturale, alle energie rinnovabili, ai biocarburanti ed agli altri carburanti alternativi[24].

---

[23] Cfr. A. COMELLI, L*a tassazione ambientale nella prospettiva europea, oltre la crisi economica e sanitaria innescata dal Covid-19*, in *Dir. prat. trib.*, 2022, p. 791.

[24] Si ritiene che sia necessario definire una valorizzazione di tutti i beni che non hanno CO_2 e che presentano un forte grado di efficienza energetica. Cfr.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

In tale ultima attività, come precisato dai diversi documenti della Commissione, si impone una normativa integrata rispettosa dei principi in materia di aiuti di Stato, i quali assumono una importanza determinante nella messa a punto della politica fiscale di transizione ecologica.

6. Nella transizione ecologica e, in particolare, nella fase di decarbonizzazione, l'auspicio generale è quello di un'azione congiunta dell'Unione europea e degli Stati membri. Questi ultimi, nella attuazione dei principi europei, dovranno osservare le linee guida contenute nella materia degli aiuti di Stato che definiscono, come già rilevato, i paradigmi generali per l'introduzione di politiche selettive coerenti con gli obiettivi della concorrenza e del mercato.

A tal proposito, al fine di agevolare l'utilizzo di questo strumento, il 27.12.2021 la Commissione ha approvato una Comunicazione contenente i nuovi orientamenti in materia di aiuti di Stato *ex* art. 107 TFUE per il clima, la protezione dell'ambiente e l'energia, applicabili dal 2022 (il cosiddetto CEEAG).

Tali orientamenti sono stati rivisti alla luce del *Green Deal* e del *Fit for 55% package* e applicano in modo più accurato i principi messi a punto in questi ultimi documenti.

Nella Comunicazione in esame un intero capitolo è dedicato agli aiuti attraverso riduzione di imposte o imposte ambientali, confermando ulteriormente l'utilizzo della leva fiscale nel processo di transizione ecologica quale fattore fondamentale per la promozione dell'ambiente.

Nell'ambito di questo capitolo si rinvengono poi due importanti capi che qualificano un differente utilizzo dei tributi.

La Commissione mira all'utilizzo della leva fiscale sia per dissuadere comportamenti dannosi secondo il principio di responsabilità fondato sul "chi inquina paga", sia per incoraggiare comportamenti virtuosi.

La prima prospettiva è sostanzialmente rivolta alla decarbonizzazione.

P. Puri, *La produzione dell'energia tra tributi ambientali ed agevolazioni fiscali*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, p. 323.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

I tributi ambientali devono internalizzare i costi esterni di comportamenti dannosi per l'ambiente, scoraggiandoli.

In linea di principio, tali tributi devono essere assolti sulla base delle unità di emissioni di carbonio o di altri gas inquinanti da parte dei soggetti economici responsabili del comportamento dannoso per l'ambiente. In tali ambiti non sono ammesse agevolazioni a meno che non siano connesse alla sopravvivenza dell'attività economica dell'impresa.

Possono, invece, essere agevolati tutti i comportamenti che siano favorevoli all'ambiente e che comportino l'acquisto, l'utilizzo o il potenziamento di energie rinnovabili.

Sulla base della seconda prospettiva, si definisce la possibilità di introdurre agevolazioni o riduzioni d'imposta al fine di incentivare le imprese ad impegnarsi in progetti o attività che aumentino il livello di protezione ambientale. Tali aiuti sono destinati ad operare al di fuori della decarbonizzazione e riguardano tutte le attività che intraprendono progetti per il potenziamento ambientale, finalizzati agli scopi specificamente individuati dalla Commissione[25].

Gli Stati membri sono, quindi, chiamati ad attuare la futura direttiva sulla tassazione dell'energia e ad individuare ulteriori forme di politica fiscale ambientale (nazionale e territoriale) in conformità ai parametri dettati dalla suddetta Comunicazione.

Rimane, comunque, ferma la possibilità di introdurre aiuti ammessi senza preventiva autorizzazione, nel rispetto dei Regolamenti europei di esenzione per categoria.

7. La fiscalità è attualmente chiamata a svolgere un ruolo primario all'interno dell'ambizioso processo di transizione ecologica, maturato in sede europea.

Supportata da importanti studi scientifici si è ormai radicata la

[25] Nella Comunicazione indicata nel testo sono individuati i seguenti scopi: il miglioramento delle prestazioni energetiche e ambientali degli edifici; la mobilità pulita; la transizione verso un'economia circolare; la prevenzione o la riduzione dell'inquinamento diverso dai gas serra; la riparazione del danno ambientale, il ripristino degli habitat naturali e degli ecosistemi, la protezione o il ripristino della biodiversità e l'attuazione di soluzioni basate sulla natura per l'adattamento e la mitigazione dei cambiamenti climatici.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

convinzione che gli strumenti fiscali siano i più adeguati ad affrontare i problemi ambientali.

Tale ultima prospettiva nasce dalla consapevolezza che quello all'ambiente sano costituisca un diritto intergenerazionale della collettività e che, al contempo, il rispetto dell'ambiente ed il suo utilizzo consapevole supportino un dovere di solidarietà in capo alla collettività stessa.

Ne consegue come il tributo, che si caratterizza per una matrice solidaristica e per la finalità di riparto delle spese pubbliche, definisca uno strumento coerente ed adeguato a regolare il corretto utilizzo di un bene comune, distribuendo equamente i costi sociali delle condotte non virtuose.

L'esperienza europea ha, nel tempo, sviluppato importanti filoni di studio dei tributi ambientali che si sono declinati in diverse fattispecie: i tributi ambientali in senso stretto, le agevolazioni ambientali in senso stretto, i tributi di scopo, gli aiuti di Stato ambientali. Tali fattispecie sono oggi chiamate a sostenere la transizione ecologica, sperimentando la loro effettiva efficacia ed utilizzabilità.

In tal senso, le politiche fiscali della decarbonizzazione si articoleranno in diverse misure, tutte espressive di una nuova fiscalità che può prescindere da indici di ricchezza economicamente valutabili ma necessita sempre di definire criteri razionali ed equi di riparto dei carichi pubblici; tali criteri, pertanto, non sono più rinvenuti su un piano esclusivamente economico ma possono trovare una giustificazione nella solidarietà sociale legata all'utilizzo consapevole del bene comune ambiente.

La tassazione è così destinata ad essere rivista alla luce dei contenuti inquinanti dei beni energetici acquistati e le agevolazioni dovranno tendere in via esclusiva a valorizzare l'utilizzo di energie non inquinanti o le scelte a favore di infrastrutture orientate a passaggi ecocompatibili.

Abstract

In questo momento storico la decarbonizzazione costituisce la prima tappa del processo di transizione ecologica.

Nella fase di decarbonizzazione la fiscalità è destinata a rivestire un ruolo centrale attraverso politiche europee, nazionali e locali.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

Il tributo diviene, in tal modo, lo strumento più efficace per il raggiungimento degli scopi ambientali, qualificando una nuova fiscalità che può prescindere da presupposti economici in senso tradizionale al fine di valorizzare le condotte e le abitudini della collettività con riferimento all'impatto (positivo o negativo) sui beni sociali espressivi di interessi comuni.

In this historical moment, decarbonisation is the first step in the ecological transition process.

In the decarbonisation phase, taxation is destined to play a central role through European, national and local policies.

In this way, taxation becomes the most effective tool for achieving environmental goals, qualifying a new taxation that can disregard economic assumptions in the traditional sense in order to value the conduct and habits of the community with reference to the impact (positive or negative) on social goods that express common interests.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-13miceli

ORIENTAMENTI

CASSAZIONE

Ord. sez. II, 17 febbraio 2023, n. 5073

Pres. GIUSTI - Rel. CRISCUOLO

Successioni *mortis causa* – Successione necessaria – Azione di riduzione – Legittimari – *Trust* discrezionale – Liberalità indirette – *Trustee*.

Nel caso di trust inter vivos *con effetti* post mortem *di tipo discrezionale ove l'individuazione dei beneficiari e la determinazione delle quote loro spettanti è rimessa alla discrezionalità del* trustee*, la tutela dei diritti dei legittimari nei confronti del relativo atto istitutivo e dei successivi atti di conferimento è assicurata dall'azione di riduzione, i cui legittimati passivi devono individuarsi nei beneficiari, ove il* trustee *abbia già eseguito il programma del disponente, dando corso alle relative disposizioni patrimoniali e nel* trustee *nella contraria ipotesi in cui il trust non abbia ancora avuto esecuzione oltre che nel c.d.* trust *di scopo, nel quale manca una specifica individuazione dei beneficiari*.

1. (*Omissis*). T.F.T., rappresentata dalla madre esercente la potestà genitoriale, C.I., conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Udine la CTL, la T.F Trustee SA, nonché C.F., D.T.D. e D.T.S., affinché fosse dichiarata la nullità dell'atto di trasferimento con il quale il padre D.T.R., deceduto *ab intestato* in data 24 gennaio 2020, marito della C. e genitore dei convenuti D.T., aveva trasferito in favore della B. *International Holding* BV n. 11.184.458 azioni della S. S.p.A., in quanto idonee ad assicurare il controllo del gruppo B. ai *trustee* del *trust* B., istituito in Londra il 17 agosto 2000 dal *de cuius* e dalla moglie C.F., con la declaratoria di nullità anche dell'atto isti-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

tutivo del *trust* B., in quanto volti a determinare la lesione dei diritti successori dell'attrice, con l'impossibilità quindi di poter riconoscere in Italia l'atto istitutivo del *trust.*

Chiedeva altresì che, una volta accertata la nullità, tutti i beni confluiti nel *trust* fossero invece ricompresi nell'asse relitto (*Omissis*).

Rilevò il Tribunale che nell'atto istitutivo del *trust*, quali beneficiari dei fondi erano indicati, oltre agli stessi disponenti, i loro figli e discendenti (*Omissis*).

Alla luce dei poteri riservati ai *trustee*, si era poi al cospetto di un *trust* discrezionale che permetteva ai *trustee* di pagare il capitale del *trust* a tutti i beneficiari o ad uno di loro, a vantaggio di tutti o di uno soltanto, nelle proporzioni e nel modo da loro ritenuto opportuno (*Omissis*).

Sussisteva quindi il concreto interesse a fare dichiarare la nullità di atti negoziali che avevano determinato una riduzione del patrimonio relitto dal *de cuius*, che costituisce uno dei parametri per la determinazione della quota di legittima, ma le domande erano infondate quanto alla nullità del trust perché non riconoscibile in Italia, per contrarietà ai limiti posti dall'ordinamento interno al "mandato a donare" (art. 778 c.c.) e per violazione delle norme inderogabili che riguardano "i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima" (art. 15, comma 1, lett. *c*, della Convenzione dell'*Aja* 1 luglio 1985, ratificata dalla legge 16 ottobre 1989, n. 364), ed il Tribunale reputava che la risoluzione di tale questione assorbisse anche quella relativa alla eventuale nullità degli atti con cui il gruppo di società fu posto sotto l'egida del trust, in quanto solo con riferimento al trust, e non anche agli altri atti negoziali, si poneva un profilo di nullità intrinseca, che prescinde dal collegamento funzionale con gli altri atti.

La sentenza, ribadito che non si era al cospetto di un c.d. *trust* interno, trattandosi di un atto stipulato all'estero e volto a diventare strumento per la gestione di un ampio gruppo di società, di cui quelle al vertice sono società estere e nel quale i designati *trustee* sono soggetti esteri e non meramente domiciliati all'estero, reputava che non vi fosse nessun ostacolo alla riconoscibilità e validità in astratto del *trust* "B.", occorrendo al più verificare se la sua "causa

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

concreta" si rivelasse contraria ai principî e alle norme inderogabili del nostro ordinamento.

Non ricorreva la pretesa violazione delle norme in materia di mandato (*Omissis*).

Ma secondo il Tribunale l'istituzione di un *trust* è atto diverso dal mandato a donare e, quindi, una volta ammessane l'astratta riconoscibilità nell'ordinamento interno, il riconoscimento non può essere negato o limitato soltanto perché la disciplina del *trust* risulta difforme da quella di altro e diverso istituto dell'ordinamento interno, la cui differente disciplina non può di per sé essere considerata un *tertium comparationis* per giudicare la validità del *trust.*

Emergeva piuttosto che il *trust* non era stato utilizzato quale strumento, nel caso concreto, volto ad aggirare l'applicazione di principi o norme dell'ordinamento interno e in una situazione in cui, al contrario, l'applicazione di quei principi o norme era da considerare inderogabile (*Omissis*).

A tale dubbio andava però data risposta negativa (*Omissis*).

Il fatto che il legittimario che agisce in riduzione sia indicato tra i possibili beneficiari del *trust* nulla toglie alla constatazione che quel cespite è ormai definitivamente uscito dal patrimonio del *de cuius* per entrare nel patrimonio segregato che fa capo al *trustee*, unico destinatario dell'eventuale azione di riduzione.

Avverso tale sentenza ha proposto appello l'attrice e la Corte d'Appello di Trieste con la sentenza n. 395 del 2017 ha rigettato il gravame.

Nell'esaminare prioritariamente il secondo motivo di appello, la Corte rilevava che, anche a voler in astratto ipotizzare che il trasferimento della partecipazione azionaria del *de cuius* al *trust* fosse volto a pregiudicare i futuri diritti della legittimaria, l'ordinamento italiano non sanziona tale condotta con la nullità, avendo apprestato diversi rimedi, finalizzati a rendere inefficaci gli atti lesivi.

Stante l'assimilazione degli atti denunciati a delle liberalità indirette, la reazione dell'attrice ben poteva trovare soddisfacimento nell'esercizio dell'azione di riduzione, che però nella specie non risultava essere stata proposta (*Omissis*).

Avverso tale sentenza Di T.F.T. propone ricorso per cassazione affidato a tre motivi.

C.F., D.T.D. e D.T.S. resistono con controricorso (*Omissis*).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

2. Il primo motivo di ricorso denuncia la violazione degli artt. 13 e 15, co. 1, lett. *c*) della legge n. 364 del 1989, che ha trasposto in Italia la Convenzione dell'*Aja* del 1 luglio 1985, nonché dell'art. 1418, comma 2, 1343, 1344, 1345 e degli artt. 549, 631 e 778 c.c.

Assume parte ricorrente che si rivela erroneo il rigetto della richiesta di negare il riconoscimento in Italia del *trust* B. e dei successivi atti dispositivi del *de cuius*, dovendo reputarsi che la sentenza gravata non poteva far leva a tale fine sulla sola possibilità per la ricorrente di poter reagire tramite l'esercizio dell'azione di riduzione.

Il carattere discrezionale del *trust* oggetto di causa, che rimette al *trustee* il potere di designare i beneficiari e/o di determinare l'entità delle quote di spettanza di ciascuno, di fatto priva il legittimario di ogni diritto, con la conseguente lesione di norme inderogabili dell'ordinamento nazionale, anche in ragione dell'amplissimo periodo di tempo entro il quale il *trustee* può compiere le sue determinazioni.

Ciò implica anche la violazione dell'art. 549 c.c., che vieta l'apposizione di pesi e condizioni alla quota del legittimario, nonché degli artt. 631 e 778 c.c. che vietano disposizioni testamentarie e donazioni rimesse all'arbitrio altrui.

Il secondo motivo di ricorso denuncia la violazione dell'art. 360, n. 5, c.p.c. per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, nel non avere la Corte d'Appello considerato, ai fini della riconoscibilità del *trust*, anche la difficoltà di una concreta esperibilità dell'azione di riduzione nei confronti del *trustee* straniero del *trust* discrezionale (*Omissis*).

Il terzo motivo denuncia la violazione degli artt. 13 e 15, co. 1, lett. *c*), della legge n. 364 del 1985 nonché degli artt. 1418, 1343, 1344, 1345 c.c., 132 c.p.c.

Si assume che la decisione impugnata per rafforzare il proprio ragionamento ha valorizzato la circostanza che nel *trust* non era stato conferito l'intero patrimonio del padre della ricorrente, ma trattasi di affermazione che elude il problema posto in punto di riconoscibilità del *trust* quando sia idoneo a pregiudicare i diritti della legittimaria, e non tiene conto del fatto che comunque allo stesso era stata conferita la maggior parte del patrimonio, il che induce a reputare che la causa concreta fosse proprio quella di eludere le ragioni dell'istante.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

3. I tre motivi, che possono essere congiuntamente esaminati per la loro connessione, sono infondati.

In primo luogo, si palesa inammissibile il secondo motivo di ricorso, e ciò in ragione dell'applicazione alla fattispecie della previsione di cui all'art. 348-*ter*, ultimo comma, c.p.c., avendo la Corte d'Appello confermato la decisione di primo grado sulla base delle medesime ragioni inerenti alle questioni di fatto che sostengono la decisione appellata.

Peraltro, quello che viene individuato come fatto di cui sarebbe stata omessa la disamina è a ben vedere una deduzione in diritto che esula della nozione di fatto presa in esame dal n. 5 dell'art. 360 c.p.c., e che in ogni caso è stata valutata specificamente dal Tribunale, con motivazione nella sostanza confermata dalla Corte d'Appello, che aveva affermato che in tal caso la legittimazione passiva rispetto all'azione di riduzione dovesse essere attribuita al *trustee.*

Quanto alle dedotte violazioni di legge, va in primo luogo sottolineato che l'atto di cui si chiede accertarsi la nullità è un *trust* non di diritto interno, *inter vivos*, in quanto posto in essere dal *de cuius* allorché era ancora in vita, e di carattere discrezionale, in quanto, come ricavabile dalle previsioni riportate nell'esposizione dei fatti di causa, erano riservate alla valutazione discrezionale del *trustee* sia l'individuazione dei beneficiari, sia la misura delle attribuzioni, da compiere entro un termine massimo individuato in 80 anni (*Omissis*).

Nel caso in cui l'intento del *settlor* sia quello appunto di avvantaggiare, all'esito dell'attività gestoria del *trustee*, i beneficiari, l'opinione prevalente in dottrina è nel senso che si sia al cospetto di un atto che, seppur diverso per forma dalla donazione tipica, attua in realtà una liberalità, la quale è soggetta alla disciplina dell'art. 809 c.c.

Trattasi peraltro di acquisizione che deve reputarsi consolidata anche nella giurisprudenza di questa Corte (*Omissis*).

La riconduzione dell'istituto oggetto di causa nel novero delle liberalità non donative di cui all'art. 809 c.c. porta poi a dover reputare, come sostenuto dai giudici di appello, che la tutela dei diritti successori dei legittimari, asseritamente pregiudicati da tali atti sia assicurata con l'esercizio dell'azione di riduzione, rimedio che determina la mera inefficacia dell'atto pregiudizievole, ma non anche la nullità, come peraltro ribadito dalla costante giurisprudenza di questa Corte (*Omissis*).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

4. La tesi della ricorrente richiama in maniera espressa quella sostenuta da autorevole dottrina, seppure minoritaria se non altro sul piano numerico, che ritiene che la sanzione per il *trust* discrezionale che non abbia ancora consentito l'individuazione dei beneficiari ovvero delle attribuzioni idonee a ledere i diritti del legittimario, sia quella del mancato riconoscimento del *trust*, per la sua nullità, stante il contrasto con le previsioni di cui alla legge n. 364 del 1989, che ha ratificato la Convenzione de *L'Aja* del 1 luglio 1985 (*Omissis*).

La tesi dottrinale cui fa richiamo la ricorrente parte dalla considerazione secondo cui il ricorso all'azione di riduzione sarebbe molto problematico, soprattutto nel caso di *trust* discrezionale, nelle ipotesi in cui la successione del disponente si apra quando il *trust* è ancora "in esecuzione", e dunque i beni, che ne formano oggetto, si trovino nella sfera giuridica del *trustee* (*Omissis*).

5. Ritiene però il Collegio che debba dissentirsi da tale soluzione interpretativa e che debba invece affermarsi, conformemente alla soluzione cui sono pervenuti i giudici di merito, che il rimedio assicurato al legittimario che assuma essere stato leso dal *trust* e dai suoi atti di dotazione, resti quello del ricorso all'azione di riduzione (*Omissis*).

5.1. In primo luogo, risulta eccessivo il ricorso alla sanzione di nullità rispetto alle esigenze di tutela del legittimario leso o pretermesso, e ciò alla luce della richiamata giurisprudenza che ha ritenuto che la tutela sia appunto accordata in maniera adeguata con un'azione dichiarativa dell'inefficacia delle disposizioni lesive, essendo limitate e residuali le ipotesi in cui debba farsi ricorso alla nullità per la lesione dei diritti del riservatario (artt. 549 e 735 c.c.).

Inoltre, a differenza dell'azione di riduzione che in punto di legittimazione attiva ha natura personale, quella di nullità potrebbe essere proposta da chiunque vi abbia interesse (si pensi ai creditori del legittimario), sarebbe imprescrittibile (rendendo oltre modo dubbie la sistemazione e definizione dei rapporti successori), non senza considerare che la pronuncia di nullità travolgerebbe l'attribuzione patrimoniale nella sua interezza, e dunque non soltanto nei limiti necessari ad integrare la legittima (con il rischio di vanificare la volontà del disponente, anche oltre i limiti segnati dalle norme poste a tutela dei legittimari).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

5.2. È stato poi acutamente sottolineato che in caso di *trust* liberale *inter vivos*, quale quello oggetto di causa, l'idoneità a porsi in contrasto con le norme della successione necessaria si riscontrerebbe solo al momento dell'apertura della successione, così che il giudizio di nullità andrebbe formulato non al momento della conclusione del *trust*, ma all'apertura della successione, con la conseguenza, poco giustificabile sul piano dommatico, che la validità del *trust*, riconosciuta al momento della sua conclusione, dovrebbe essere disconosciuta al decesso del *settlor*, realizzandosi una ipotesi di nullità sopravvenuta (*Omissis*).

5.3. Ne è giustificata la differenza di tutela che sarebbe accordata al legittimario che sia stato leso da un *trust* rispetto a quella offerta al legittimario leso da qualsivoglia altra disposizione (*Omissis*).

5.4. Una volta quindi individuata la tutela del legittimario asseritamente pregiudicato da un *trust* liberale nell'esercizio dell'azione di riduzione, in assenza della proposizione di quest'ultima in questa sede, questa Corte non è espressamente chiamata a statuire anche sulla questione relativa all'individuazione del legittimato passivo dell'azione di riduzione, nel caso in cui, specialmente al cospetto di cc.dd. *trust* discrezionali, il *trustee* non abbia ancora esercitato il proprio potere di individuazione dei beneficiari ovvero non abbia ancora esaurito le assegnazioni a questi riservate.

Trattasi appunto delle problematiche, di ordine tecnico giuridico, che la tesi qui avversata favorevole alla nullità ha invece valorizzato al fine di negare il riconoscimento del *trust.* Reputa però il Collegio che la soluzione a tali problematiche possa comunque ricavarsi dal sistema, dovendosi privilegiare un approccio elastico che si adegui alle peculiarità delle vicende del *trust* (*Omissis*).

Come sostenuto da autorevole dottrina, è viceversa un principio di ragionevolezza a dover ispirare l'interprete, adeguando la risposta alla mutevolezza delle vicende suscettibili di verificazione.

In particolare, se il *trustee* abbia già provveduto ad eseguire il programma del disponente, e ad esercitare, in caso di *trust* discrezionale, il proprio potere, allora l'azione di riduzione andrà rivolta nei confronti dei beneficiari.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

Ove invece il *trust* sia ancora "in fase di esecuzione", non essendosi esaurito il programma destinatorio, di talché il *trustee* è ancora titolare del trust fund, al fine di ovviare alle difficoltà sopra evidenziate, appare ragionevole ammettere l'esercizio dell'azione di riduzione nei confronti dello stesso *trustee* (*Omissis*).

Deve quindi ritenersi che, ove alla morte del disponente il *trust* abbia avuto completa esecuzione, il legittimato passivo dell'eventuale azione di riduzione sarà il beneficiario finale, mentre in ipotesi di *trust* ancora "in esecuzione" l'azione andrà rivolta nei confronti del *trustee.*

Occorre però altresì reputarsi che sia del pari legittimato il beneficiario, anche in caso di *trust* non ancora completamente eseguito, nel caso in cui sia certa l'individuazione del beneficiario, perché in ipotesi già operata dal disponente, essendo solo differito il momento della concreta attribuzione del vantaggio al beneficiario, atteso che in tal caso il legittimario leso potrà agire in riduzione aggredendo immediatamente le attribuzioni liberali delle quali è avvantaggiato il beneficiario, senza quindi dover attendere l'attivazione del *trustee*, la cui partecipazione al giudizio di riduzione sarebbe giustificata al fine di renderne al medesimo opponibile l'esito (*Omissis*).

6. Una volta quindi esclusa la possibilità di ritenere affetto da nullità e, quindi, non riconoscibile il *trust* liberale, sol perché suscettibile di determinare una lesione del diritto del legittimario o di rendere disagevole l'individuazione del destinatario dell'azione di riduzione, nemmeno appare meritevole di accoglimento la censura della ricorrente quanto alla dedotta contrarietà della fattispecie con le previsioni di cui agli artt. 549, 631 e 778 c.c (*Omissis*).

Inoltre, e con specifico riferimento alla previsione di cui all'art. 549 c.c., e tenuto conto che la ricorrente, alla luce dell'individuazione dei beneficiari compiuta nell'atto istitutivo, rientra tra i soggetti in potenza designabili come beneficiari, così che ben potrebbe vedere soddisfatta la sua quota di riserva con le assegnazioni compiute dal *trustee*, la nullità colpisce non già l'intera disposizione, ma la sola previsione che imponga pesi o condizioni sulla quota di legittima, così che l'invalidità dovrebbe riguardare solo la previsione di un termine particolarmente lungo (nella specie 80 anni) entro il quale è dato l'esercizio del potere di scelta da parte del *trustee.*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

Quanto invece alla diversa previsione di cui all'art. 778, c.c. che contempla la nullità del mandato a donare, va ricordato che secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'art. 809 c.c., nell'indicare quali norme della donazione siano applicabili alle liberalità risultanti da atti diversi dalla donazione, va interpretato restrittivamente, nel senso che alle liberalità anzidette non si applicano tutte le altre disposizioni non espressamente richiamate. Ne consegue l'inapplicabilità dell'art. 778 cod. civ.

La riconduzione del *trust* liberale nel novero delle donazioni indirette esclude quindi che possa invocarsi la noma *de qua.* (*Omissis*).

7. Il ricorso deve pertanto essere rigettato. (*Omissis*).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

IL TRUST DISCREZIONALE DI FAMIGLIA IN FUNZIONE SUCCESSORIA E LA TUTELA DEI LEGITTIMARI

SOMMARIO: 1. La struttura del *trust*: l'aspetto soggettivo, oggettivo e causale. – 2. La posizione della Corte di Cassazione. – 3. Il *trust* discrezionale: problemi ed inquadramento nel nostro ordinamento. – 4. I diritti dei legittimari e la tutela offerta dall'azione di riduzione rispetto al *trust* discrezionale. – 5. Legittimazione passiva all'azione di riduzione. – 6. Conclusione.

1. Con l'ordinanza in commento, la Suprema Corte stabilisce la validità del trust discrezionale[1] *post mortem*, ferma restando la possibilità, per il legittimario pretermesso o leso di esperire l'azione di riduzione[2].

La vicenda riguardava l'istituzione di un trust[3] in cui il disponente aveva fatto confluire la quasi totalità dei suoi beni.

---

[1] Sul punto su tutti si rinvia a F. RIZZI, Trust *e tutela dei legittimari: brevi riflessioni su una recente pronuncia della Corte di Cassazione*, in *Familia*, 4, 2023, p. 571 ss.; D. MURITANO, C. ROMANO, *Il* trust *discrezionale alla prova dell'azione di riduzione*, in *Notariato*, 3, 2023, p. 288 ss.; M. CENINI, *Validità del* trust *discrezionale di famiglia in funzione successoria e rimedi per i legittimari*, in *Giurisprudenza italiana*, 7, 2023, p. 1536 ss.; C. CICERO, *Trust e liberalità non donative (brevi annotazioni)*, in *Riv. not*., 2023, p. 1365.

[2] In tema di ammissibilità del *trust* interno si veda la giurisprudenza raccolta in *La giurisprudenza italiana sui* trust, in *Quaderno n. 4 di* Trusts *e attività fiduciarie*, Milano, 2005. Sulla questione inoltre v. BARTOLI, *La tutela del patrimonio familiare*, Milano, 2018, p. 3 ss., con ampia bibliografia.

[3] Sul *Trust* tra i primi autori italiani: M. LUPOI, *Appunti sulla* real property *e sul* trust *nel diritto inglese*, Milano, 1971. Sulla circolazione del modello del *trust* è essenziale la lettura di A. GAMBARO, *Il* trust *in Italia e in Francia*, in *Studi in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, I, p. 495 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

Nello caso *de quo*, le azioni di una S.p.A., erano state intestate ad un *trustee* londinese, cui successivamente sarebbe stato affiancato un altro *trustee* del Canton Ticino.

Questo induce i giudici a ipotizzare che l'operazione fosse stata realizzata con l'intento di garantire continuità ad una gestione unitaria del gruppo di imprese cui fanno capo le partecipazioni azionarie e non quello di regolare la vicenda successoria.

Tuttavia tale circostanza non impatta in modo decisivo sulla questione controversa, non rilevando al riguardo la finalità dell'operazione, quanto la concreta conseguenza rappresentata dalla lesione dei diritti dei legittimari.

Il trust discrezionale in oggetto si caratterizza per i poteri riservati al *trustee* nell'atto istitutivo che gli permette di erogare il capitale segregato ai beneficiari, nelle proporzioni, nel modo e nel momento da loro ritenuto opportuno.

In altri termini, dall'istituzione del trust[4] e per i successivi 80 anni, i *trustee* avevano la facoltà discrezionale di decidere quando e a quali discendenti del disponente devolvere i beni vincolati.

Nel caso *de quo* in seguito alla morte del marito, si apre la successione in favore del coniuge superstite e dei tre figli, i quali, non ottengono quanto di loro spettanza ideale, per essere la quasi totalità del patrimonio relitto vincolato nel già menzionato *trust*, la cui devoluzione ai chiamati all'eredità è rimessa alla discrezionalità del *trustee*.

La terza figlia decide allora di agire in giudizio nei confronti del *trustee* e degli altri legittimari, affinché sia negato il riconoscimento del trust, con il risultato di far rientrare tutti i beni vincolati nell'asse ereditario.

In primo grado e successivamente in appello tali istanze vengono rigettate.

[4] L'Italia è stata il secondo paese a ratificare, dopo il Regno Unito, la Convenzione de *L'Aja*. Si tratta di un'apposita Convenzione di diritto internazionale privato "relativa alla legge applicabile ai *trust* e al loro riconoscimento", in modo da garantire che, anche nei paesi nel cui ordinamento non sia prevista alcuna specifica disciplina del *trust*, se un *trust* viene costituito in conformità ad un ordinamento che ne conosca la figura, lo si debba riconoscere, quantomeno al fine che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio personale del *trustee* e non siano quindi aggredibili dai creditori personali di quest'ultimo (art. 11 della Convenzione).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

In primo luogo si afferma la piena validità del trust dal punto di vista della causa in concreto perseguita, nonché la sua legittimità in relazione ai diritti dei legittimari[5].

Secondo i giudici, infatti, non ricorre una lesione dei diritti di riserva della figlia né l'impossibilità di esperire l'azione di riduzione, in considerazione del fatto che ogni trasferimento dei beni in capo al *trustee* è qualificabile come atto di disposizione, astrattamente assoggettabile all'azione di riduzione[6], così che il *trustee* sarà l'unico destinatario di tale azione, ove non abbia ancora attribuito i beni ai beneficiari di sua scelta.

A loro volta, i giudici della Suprema Corte escludono la sanzione di nullità del trust discrezionale e, qualificando gli atti di dotazione del *trust* come liberalità non donative, ritengono pienamente esperibile, nei confronti del *trustee*, l'azione di riduzione.

2. L'ordinanza in esame pur pregevole per la sua chiarezza e logicità non è stata esente da critiche in dottrina. Il presupposto di ogni riflessione è l'inquadramento del trust discrezionale.

Una prima notazione concerne appunto la discrezionalità che connota questo modello di *trust*.

Come si legge nell'ordinanza per il *trust* e i rapporti fiduciari della Repubblica di San Marino "la discrezionalità alla quale si pensa quando si usa la formula *trust* discrezionale è quella relativa alla scelta dei beneficiari all'interno di una categoria, sovente la discrezionalità relativa alla stessa composizione della categoria, aggiungendo o rimuovendo suoi componenti, e infine la discrezionalità relativa alla misura dei vantaggi attribuiti ai beneficiari così selezionati".

Nell'ambito dell'istituto del *trust* è possibile che, per la realizzazione del suo programma negoziale, il disponente abbia previsto il

[5] Interessante sul punto il contributo di G. De Nova, *I* trust*, la collazione e la tutela dei legittimari*, *Relazione al congresso nazionale dell'associazione Il* Trust *in Italia*, novembre 2000, reperibile in *iltrustinitalia.it*.

[6] Condivisibili, sul punto, i rilievi di G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 88, il quale ritiene che, da un lato, l'azione di riduzione rappresenta il rimedio tipico a protezione della quota di riserva, dall'altro, "coniuga con ragionevolezza la libertà testamentaria (nonché l'interesse del testatore alla conservazione del negozio e al rispetto massimo della sua volontà e personalità) con la tutela del legittimario".

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

trasferimento al *trustee* e che si sia riservato la possibilità di nominare successivamente i beneficiari o, come nel caso in esame, abbia rimesso quel potere al *trustee*, che potrà esercitarlo secondo le modalità previste nell'atto istitutivo.

Nel trust discrezionale è rimessa al *trustee* ogni decisione relativa alla scelta dei beneficiari ai quali corrispondere, nel corso del tempo, un determinato reddito e al termine del trust (trasferire) una quota o un bene.

L'unico obbligo in capo al *trustee* è quello di rispettare quanto stabilito dall'atto istitutivo.

La totale discrezionalità in ordine all'assegnazione di redditi e patrimonio, in capo al *trustee*, comporta una peculiare posizione del soggetto beneficiario, che sarà titolare di una legittima aspettativa, utile alla proposizione di eventuali azioni finalizzate alla tutela del patrimonio in caso di *mala gestio*.

Diversa è anche la posizione dei creditori dei beneficiari, i quali non esistendo alcun diritto di credito in capo al beneficiario non potranno ottenere un (eventuale) pignoramento del credito vantato verso il *trust*.

Eventuali creditori del beneficiario non potranno aggredire il patrimonio del *trust* fino a che questi non siano stati trasferiti nella sfera giuridica del beneficiario[7].

L'ordinamento italiano ha da sempre avuto un atteggiamento di estrema cautela in ordine all'ampiezza dei poteri di chi esercita un'attività nell'interesse altrui[8].

---

[7] Attenta dottrina distingue il fenomeno della segregazione dal patrimonio separato, v. M. LUPOI, Trusts, Milano, 2024, p. 565 ss. Secondo l'Autore, mentre la separazione patrimoniale sarebbe una vicenda che coinvolge un complesso di posizioni soggettive attive e passive, la segregazione potrebbe essere riferita anche solo a una singola posizione soggettiva di qualunque genere, anche a una mera aspettativa di fatto e, in *common law*, a un *equitable interest*. Inoltre, la segregazione sarebbe caratterizzata dalla completa incomunicabilità fra i beni segregati e il soggetto che ne è titolare. In altri termini, in tale ipotesi non sarebbe possibile una commistione tra responsabilità del patrimonio generale e quello separato, né la potenziale comunicazione fra gli arricchimenti del patrimonio separato a quello generale.

[8] Interessante sul punto, S. BARTOLI, D. MURITANO, *Le clausole di attuazione del vincolo*, in AA.VV., *Dal* trust *all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea, Quaderni della fondazione nazionale del notariato*, Milano, 2, 2013, *passim*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

L'esistenza di ampi poteri in capo al *trustee* dei quali non si rinviene traccia in alcun istituto giuridico del nostro ordinamento, potrebbe dar luogo apparentemente, come nella vicenda *de quo*, a conseguenze applicative in contrasto con alcuni principi fondamentali dell'ordinamento italiano, tra cui quello relativo alla protezione dei legittimari.

3. L'art. 536 c.c. riserva ai familiari più stretti del *de cuius* una quota di diritti nella successione dello stesso: la tutela dei legittimari si sostanzia nel garantire loro una quota di diritti a titolo di eredità libera da pesi e condizioni.

Nel caso in cui, all'apertura della successione, il soggetto legittimario constati il mancato riconoscimento di tali diritti ha la possibilità di esperire l'azione di riduzione, sia nel caso di lesione parziale così come nel caso di pretermissione totale.

Inoltre l'art. 549 c.c. prevede la nullità di tutti i pesi e le condizioni eventualmente apposti dal testatore sulla quota di legittima attribuita al legittimario[9].

Il trust, in generale, si inquadra tra gli atti dispositivi che il defunto poteva compiere in vita e pertanto all'apertura della successione del disponente può ledere i diritti dei legittimari.

Come evidenziato anche dai giudici di legittimità, il trust può essere annoverato tra le liberalità non donative[10].

Si compone, in sostanza, di due momenti fondamentali: in un primo momento il disponente prevede la finalità dell'operazione, attribuendo al *trustee* i beni determinando il contenuto dell'incarico gestorio; in un secondo momento viene dato rilievo all'attribuzione programmata, volta a vincolare il *trustee* allo scopo del trust e ai beneficiari.

---

[9] La dotazione patrimoniale di un *trust* costituisce un atto dispositivo che incide sulla garanzia patrimoniale del disponente. I rimedi ai quali il creditore può ricorrere sono quelli tradizionali. Per un approfondimento, v. A. Federico, *Alienazioni a titolo gratuito e tutela dei creditori* ex *art. 2929* bis *c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 784 ss.; D. Di Sabato, *La segregazione dei beni in* trust *e la tutela dei creditori del disponente*, in *Foro napoletano*, 2017, p. 351 ss.

[10] G. Errani, *Il* trust *come liberalità indiretta anomala e il suo rapporto con le norme a tutela dei legittimari*, in Trusts *e attività fiduciarie*, 4, 2019, p. 381 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

Esclusivamente quest'ultimo passaggio è in grado di integrare una liberalità, in quanto concreta attuazione delle finalità per le quali il trust è stato istituito.

Nel caso in cui il *trust* persegua un intento liberale e comporti, in una qualche misura, la lesione della quota di legittima di un legittimario, si applicherà la disciplina in tema di successione necessaria.

Sul tema *de quo*, vi sono fondamentalmente due posizioni in dottrina: una prima tesi stabilisce che il trust lesivo dei diritti dei legittimari è nullo *ex* art. 549 c.c.; una seconda tesi, invece, ritiene che il legittimario pretermesso o leso possa agire in riduzione invocando i principi generali in materia di tutela della legittima.

La tesi che ritiene operante la tutela offerta dalla nullità dell'atto lesivo mette in luce le difficoltà con cui dovrebbe misurarsi il legittimario che volesse agire in riduzione.

Si pensi all'ipotesi in cui la successione si apra quando il *trust* è ancora in esecuzione e i beni, che ne formano oggetto, si trovino ancora nella sfera giuridica del *trustee*. Qui, l'azione di riduzione apparentemente mancherebbe dei concreti presupposti per essere utilizzata: il beneficiario non ha ancora ricevuto alcun bene, mentre il *trustee* ha ricevuto beni ma non a titolo di liberalità e, quindi, senza alcun arricchimento.

La sanzione di nullità, dunque, rappresenterebbe apparentemente l'unico rimedio concreto azionabile dal legittimario leso.

Altra parte della dottrina preferibile ritiene la sanzione della nullità eccessiva: a voler ritenere operante tale sanzione, si arriverebbe all'aporia del disconoscimento *ex post* della validità di un *trust* in precedenza riconosciuto, con il risultato di integrare un'ipotesi di nullità sopravvenuta incompatibile con i principi tradizionali del nostro ordinamento.

Il legittimario pretermesso o leso da un *trust* secondo tale tesi dovrebbe utilizzare gli ordinari rimedi offertigli dall'ordinamento giuridico, come un qualsivoglia legittimario.

Se non che, la tesi esposta deve poi superare le obiezioni giuridiche relative ai meccanismi operativi dell'azione di riduzione.

Infatti in virtù della natura personale dell'azione di riduzione, quest'ultima dovrebbe avere come legittimato passivo il beneficiario della liberalità; tuttavia nel caso di *trust* in fase esecutiva, il titolare

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

effettivo dei beni risulterà il *trustee*; pertanto il legittimario leso o pretermesso dovrà agire in riduzione nei suoi confronti.

Alla base di tale conclusione è riscontrabile la similitudine esistente tra il *trust* e il negozio fiduciario tra vivi. Nell'ambito di quest'ultimo negozio, se il fiduciario risulta ancora titolare del bene, per non aver adempiuto al *pactum fidiciae*, l'azione di riduzione andrà esperita nei suoi confronti.

Tuttavia tale paragone tra i due istituti risulta per certi versi inappropriato: l'obbligazione del *trustee* di utilizzare un bene o di esercitare un proprio diritto appartiene, in diritto inglese alla categoria dell'obbligazioni fiduciarie, tipiche della disciplina del *trust*.

Il *trustee* quale titolare di un ufficio di diritto privato, consegue una proprietà c.d. conformata, che ben si concilia con un suo coinvolgimento nell'azione di riduzione proposta da un eventuale legittimario leso.

Le caratteristiche dell'istituto del *trust* rende utile tentare una semplificazione, con lo scopo di applicare, senza alcun adeguamento delle normative pur non pensate per regolare tali fattispecie.

Occorre interrogarsi, ora, se il legittimario leso o pretermesso posa agire contro il vero destinatario della liberalità, ossia il beneficiario: soggetto che non esisterà fino a quando il *trustee*, nella sua discrezionalità, non riterrà di agire.

È stato osservato che una volta inquadrato il *trust* come schema liberale volto ad avvantaggiare solamente il beneficiario, l'unico soggetto contro cui può esser rivolta l'azione di riduzione è solamente il beneficiario finale[11].

[11] Cfr., sul punto, l'attenta analisi di V. BARBA, *Negozi* post mortem *ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 49 ss. L'autore evidenzia che "i beneficiari vengono considerati destinatari di una liberalità non donativa e in tale prospettiva possono valutare, sempre al momento dell'apertura della successione del disponente, se la quota della quale singolarmente son stati indicati quali beneficiari, unitamente ad eventuali lasciti testamentari o direttamente donativi, sia o meno lesiva della quota di riserva prevista dalla legge in relazione al caso concreto". In senso difforme, M. LUPOI, *Lettera a un Notaio conoscitore dei* trust, in Trusts, 2002, p. 169, il quale tuttavia ritiene che laddove *il trust* comporti una lesione dei diritti dei legittimari, e questi, in forza di quanto portato dall'atto istitutivo del *trust* non possano identificare i legittimati passivi dell'azione di riduzione, il *trust* deve essere considerato non riconoscibile ai sensi dell'art. 13 della Convenzione de *L'Aja*, con

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

In tale prospettiva, l'azione di riduzione renderebbe inefficace il diritto ad ottenere i beni alla scadenza del *trust*.

Venuto meno il diritto vantato dal beneficiario, l'attribuzione patrimoniale a favore del *trustee* perderebbe il suo scopo e il legittimario leso (o pretermesso) potrebbe recuperare quanto necessario ad integrare i suoi diritti.

In altri termini, non è necessario che all'apertura della successione il *trust* abbia esaurito i suoi effetti per poter agire in riduzione: alla morte del soggetto disponente la liberalità è da considerarsi certa ed attuale, anche se il termine per il concreto conseguimento risulti differito.

L'atto di trasferimento che il *trust* faccia al beneficiario appare frammentato nel contesto di una più ampia operazione, lesiva nella sua interezza dei diritti del legittimario[12].

Pertanto tale ultimo soggetto non sarà tenuto ad attendere l'esito finale dell'operazione per tutelare i propri diritti.

Tali conclusioni risolvono dunque la questione dell'adeguamento del meccanismo della riduzione ad un *trust* caratterizzato dalla mancanza di beneficiari determinabili.

In un'ipotesi come quella sottoposta ai giudici nel caso *de quo*, ritenere che il legittimario debba attendere, per proporre l'azione, fino a quando non siano definiti i beneficiari finali pregiudicherebbe la sua posizione giuridica.

Tutto ciò non deve indurre l'interprete a volgere lo sguardo sul negozio che permette a chi lo pone in essere di aggirare la normativa a tutela dei legittimari[13].

---

conseguente nullità dell'atto istitutivo del *trust* e di tutti gli atti dispositivi collegati. Per una critica a tale ricostruzione, v. M. SARACENO, *Destinazione dei beni e tutele dei legittimari*, in *Riv. not.*, 2013, p. 1067; v., anche, D. DI SABATO, *La libertà del debitore di disporre dei propri beni in* trust, in *Gli aspetti civilistici e fiscali del* trust, Torino, 2015, p. 204, la quale osserva che non sia riconoscibile un *trust* "diretto a rendere maggiormente difficoltosa la realizzazione delle ragioni creditorie".

[12] Cfr. G. MERCANTI, G. RIZZONELLI, *Il legittimato passivo nell'azione di riduzione*, in Trusts *e attività fiduciarie*, 2017, p. 600 ss.

[13] Interessanti sono anche gli aspetti fiscali del *trust* per il cui approfondimento si rinvia alla Circolare della Agenzia delle Entrate n. 34/E del 20 ottobre 2022, p. 5 ss., in *agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/normativa-e-prassi/circolari/archivio-circolari*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

4. L'ordinanza in commento osserva come al trust discrezionale non possa applicarsi il rimedio della nullità, in quanto lo stesso sarà da considerare valido ed efficace, anche se riducibile; inoltre non appare plausibile, con una nullità sopravvenuta, disconoscere validità ad un negozio al quale la si era in precedenza riconosciuta.

La ricostruzione prospettata dai giudici parte dal convincimento che il *trust* discrezionale sia da considerare valido a monte.

Il presupposto della validità è che il *trust*, nel nostro ordinamento giuridico, risponda ad interessi meritevoli di tutela.

La Cassazione stessa, infatti, ha nel corso del tempo sostenuto la meritevolezza del *trust*, affermando che lo stesso ha già scontato il relativo giudizio in astratto da parte del legislatore con la ratifica della Convenzione de *L'Aja*, di tal che all'interprete spetta una valutazione concreta sulla causa del singolo negozio di *trust*.

La legge di ratifica ha dato cittadinanza al *trust* nel nostro ordinamento, per cui non appare necessario che il giudice provveda caso per caso ad effettuare il giudizio *ex* art. 1322 c.c.

La tematica si inserisce nella più ampia riflessione in ordine al tipo di controllo degli atti di autonomia negoziale e sul significato da attribuire all'art. 1322 c.c.

La distinzione tra contratti tipi e contratti atipici ha, per molto tempo, influito sull'ambito di operatività del controllo di meritevolezza, esercitabile solo rispetto ai contratti atipici[14].

La prospettiva è stata stravolta a seguito degli sviluppi dottrinali sulla causa in concreto, che impongono di guardare all'assetto degli interessi realizzato, al di là del *nomen* del contratto.

È largamente diffusa in dottrina l'idea che l'art. 1322 c.c. vanti una propria autonomia e che i concetti di liceità e meritevolezza non vadano necessariamente a sovrapporsi: l'autonomia negoziale non si esaurisce nel voluto e non può dirsi fondata esclusivamente sull'obbligo di rispettare il patto, poiché ciò che guida anche il processo integrativo è la meritevolezza degli effetti voluti dalle parti e di quelli legali collegabili a quel contratto[15].

[14] Per un interessante raffronto fra *trust* e fondazione, cfr. per tutti A. PALAZZO, *Declino del divieto dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus*, 1997, p. 298 ss.; S. BARTOLI, *Il* Trust, Milano, 2001, p. 325 ss.

[15] Cfr. Cass., 19 aprile 2018, n. 9637, in *Foro it.*, 2018, c. 3136, secondo la quale la "valutazione della meritevolezza di tutela è stata compiuta, una volta per

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

Secondo parte della dottrina, il giudizio di meritevolezza andrebbe esteso anche ai contratti tipici.

Ecco perché l'operazione in concreto realizzata, ancorché si inquadri in uno schema pacificamente adottato nella prassi, rivela la non sovrapponibilità tra un giudizio di meritevolezza e uno di liceità.

Al di là della validazione da parte del legislatore spetta sempre all'interprete e al giudice valutare la conformità del contenuto dell'atto di autonomia negoziale ai principi di ordine pubblico.

In un caso come quello analizzato è possibile dubitare che il giudizio di meritevolezza possa aver un esito positivo.

Qui, il negozio realizzato e voluto neutralizza i mezzi di tutela del legittimario, ledendo i diritti allo stesso riconosciuti dall'ordinamento.

Ad avviso dello scrivente, nel caso di trust discrezionale non dovrebbe trovare applicazione l'art. 13 della Convenzione, perché il trust discrezionale sarebbe in contrasto con l'ordine pubblico interno[16].

---

tutte, dal legislatore. La l. 16 ottobre 1989, n. 364, infatti, riconoscendo piena validità alla Convenzione de *L'Aja*, ha dato cittadinanza nel nostro ordinamento, se così si può dire, all'istituto in oggetto, per cui non è necessario che il giudice provveda di volta in volta se il singolo contratto risponda al giudizio previsto dall'art. 1322 c.c. Nello stesso senso, Trib. Pavia, 4 giugno 2015, n. 193, in *DeJure on line*. In senso difforme, per un giudizio di meritevolezza in concreto del *trust*, v. Trib. Trieste, 19 settembre 2007, *ivi*.

[16] La Convenzione è in ogni caso uno strumento di diritto materiale uniforme parte del sistema delle fonti. Come tale, non può revocarsene in dubbio la natura di norma avente efficacia nell'ordinamento italiano, il quale, peraltro, ha più volte previsto espressamente ipotesi di segregazione e separazione patrimoniale: basti pensare al fondo patrimoniale e il vincolo di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c., senza dimenticare la separazione patrimoniale propria delle società di capitali. La legittimità della prassi negoziale dell'intestazione fiduciaria di diritti patrimoniali ad una società fiduciaria, con la conseguente insensibilità degli stessi alle vicende creditorie di quest'ultima, costituisce un esempio, riconosciuto anche dalla giurisprudenza di legittimità, di segregazione patrimoniale non in contrasto con l'art. 2740, comma 2, c.c. Cfr. Cass., 21 maggio 1999, n. 4943, in *DeJure on line*; Cass., 19 aprile 2018, n. 9637, *ivi*. Tale sentenza approfondisce il tema della meritevolezza degli interessi perseguiti dall'istituzione del trust. Qui i giudici di legittimità hanno affermato che, in realtà, l'introduzione della legge di ratifica della Convenzione de *L'Aja* abbia reso superflua, di volta in volta, la valutazione del giudice sulla sussistenza del requisito della meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 c.c.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

5. Anche se non è espressamente chiamata a pronunciarsi in argomento, la Cassazione prende posizione sulla questione del soggetto legittimato passivo dell'azione di riduzione.

Secondo i giudici della Cassazione tale precisazione si rende opportuna in quanto erano state evidenziate difficoltà nell'individuazione del legittimato passivo dell'azione *de quo*.

L'approccio ritenuto preferibile è di tipo elastico, nel senso che si adatta alle possibili fasi di sviluppo del *trust*.

Non può trovare accoglimento la tesi che individua sempre nel *trustee* il destinatario dell'azione di riduzione; si tratta soprattutto ove i beneficiari abbiano già ricevuto attribuzione dal *trustee*, di conclusione in contrasto con il fatto che sono i beneficiari a fruire dell'arricchimento derivante dal complessivo meccanismo del *trust*.

In altri termini, devono essere le disposizioni patrimoniali ricevute dai soggetti beneficiari del *trust* a dover essere rese inefficaci.

Ove il *trustee* abbia già eseguito il programma del disponente, l'azione di riduzione va esperita nei confronti dei soggetti beneficiari.

Ove il *trust*, al contrario sia in fase di esecuzione, per la Corte sembra ragionevole ammettere l'esercizio dell'azione di riduzione nei confronti del *trustee*.

Continua la Suprema Corte osservando come ad opinare diversamente ritenendo sussistente in ogni caso la legittimazione passiva del beneficiario, si arriverebbe a coinvolgere un soggetto che non ha ricevuto ancora nessuna liberalità.

Nell'ipotesi come quella del caso di specie di *trust* discrezionale ed in cui la discrezionalità del *trustee* attenga sia ai tempi dell'adempimento ma anche alla stessa scelta del beneficiario si arriverebbe ad un'ulteriore contraddizione.

La legittimazione passiva dei beneficiari, però, viene ritenuta sussistente nei casi di *trust* non ancora completamente eseguito, in cui l'individuazione dei soggetti beneficiari sia stata già operata dal disponente, essendo differita la sola fase della concreta attribuzione del vantaggio nei loro confronti; in questo caso il legittimario leso potrà agire con l'azione di riduzione aggredendo le attribuzioni liberali delle quali è avvantaggiato il soggetto beneficiario.

Tale ricostruzione da parte dei giudici è in linea con le conclusioni raggiunte dalla dottrina in tema sia di disposizione testamentaria fiduciaria che di donazione modale.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

Infine, la Corte tratta il caso dei *trust* di scopo osservando che in tali casi resta ferma la legittimazione del *trustee*. Il legittimato passivo dell'azione di riduzione viene individuato nel *trustee* dovendosi contemperare la certezza dell'esistenza di una liberalità lesiva con l'incertezza del beneficiario finale, non potendosi impedire al legittimario leso di agire per vedersi riconosciuta la propria quota di riserva.

6. Anche a voler in astratto ipotizzare che il trasferimento della partecipazione azionaria del *de cuius* al *trust* fosse volto a pregiudicare i futuri diritti della legittimaria, l'ordinamento italiano non sanziona tale condotta con la nullità, avendo apprestato diversi rimedi, finalizzati a rendere inefficaci gli atti lesivi.

Stante l'assimilazione degli atti denunciati a delle liberalità indirette[17], la reazione dell'attrice ben poteva trovare soddisfacimento nell'esercizio dell'azione di riduzione, che però nella specie non risultava essere stata proposta[18].

Peraltro, ed in relazione al caso in esame, non può però sostenersi che sia stata offerta la prova che gli atti impugnati abbiano effettivamente pregiudicato la quota di riserva.

Come riferito nelle pronunce emesse nei precedenti gradi di giudizio, non risulta che sia stato conferito nel *trust* l'intero patrimonio del *de cuius*, il che sottende che vi siano altri beni caduti in successione, di cui però non si indica né la consistenza né l'ammontare, potendosi peraltro anche ipotizzare che, avuto riguardo ai beni de-

[17] Cfr. Cass., 26 ottobre 2016, n. 21614, in *DeJure on line*; Cass., 17 luglio 2019, n. 19167, *ivi*; Cass., 24 dicembre 2020, n. 29507, *ivi.*

[18] Tale forma di tutela si compone, in realtà, di tre azioni connesse tra loro: l'azione di riduzione in senso stretto (azione di accertamento costitutivo al cui compimento consegue l'inopponibilità della disposizione ridotta nei confronti del legittimario); l'azione di restituzione *ex* art. 561 c.c. (utilizzabile ove i beni oggetto della disposizione ridotta fossero ancora nella disponibilità del beneficiario originale della stessa, al fine di recuperare i beni); l'azione di restituzione *ex* art. 563 c.c. (azione di restituzione contro i terzi aventi causa dal donatario soggetto a riduzione). Interessante sul punto, L. Di Costanzo, Trust mortis causa-post mortem-inter vivos: *tutela dei soggetti deboli e protezione della quota di legittima*, in *Comparazione e diritto civile*, 3, 2021, p. 827 ss.; R. Sansoni, *La tutela dei legittimari al banco di prova del* trust, in N*otariato*, 4, 2021, p. 399 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

stinati ad essere oggetto di riunione fittizia, le ragioni dell'attrice quale legittimaria ben potrebbero trovare soddisfacimento anche sulla base dei soli beni relitti.

Ad ogni buon conto, anche ove l'attrice avesse esperito l'azione di riduzione gli atti di liberalità soggetti a tale azione non sono affetti da nullità o annullabilità ma sono, invece, validi, anche se suscettibili di essere resi inoperanti, ed inefficaci in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per l'integrazione della quota di riserva, attraverso l'esercizio del diritto potestativo dell'erede legittimario di chiederne la riduzione[19]. Ove, infatti, i beni segregati in *trust* fossero imputabili solo alla disponibile, l'istituzione del *trust* stesso non risulterebbe, anche tenuto conto della sua natura discrezionale, in contrasto con le disposizioni nazionali in tema di successione necessaria.

Poiché poi il riscontro della presenza di legittimari si compie solo al momento dell'apertura della successione, è stato evidenziato che mentre le maglie dei principi inderogabili del nostro ordinamento si aprono, riconoscendo effetti ad un *trust* "non ancora" lesivo, le stesse poi dovrebbero chiudersi, alla morte del disponente, ripudiando un *trust* che ormai già vi era entrato.

Reputa giustamente il Collegio che la soluzione a tali problematiche possa comunque ricavarsi dal sistema, dovendosi privilegiare un approccio elastico che si adegui alle peculiarità delle vicende del *trust*.

GIULIANO MATTACE

Abstract

L'ordinanza che si annota riguarda un caso di trust discrezionale *inter vivos* con effetti *post mortem*.

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 5073 del 17 febbraio 2023, ha approfondito alcuni aspetti relativi ai rimedi esperibili da un legittimario leso da atti di dotazione di un trust.

La Suprema Corte ha considerato tale trust come trust *inter vivos* con effetti *post mortem* equiparandolo ad una donazione indiretta.

[19] S. LOCONTE, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, Milano, 2022, p. 528 ss.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

In questa prospettiva la tutela dei diritti successori dei legittimari può essere assicurata con l'esercizio dell'azione di riduzione *ex* art. 553 c.c. che determina la mera inefficacia dell'atto pregiudizievole e non tramite di quella di nullità.

In conclusione, la Cassazione ha rigettato il ricorso dell'erede, stabilendo la validità di un trust liberale discrezionale con il potere in capo al trustee di designare i beneficiari e di determinare l'ammontare delle quote da attribuire a ciascuno.

The judicial decision under review concerns a discretionary inter vivos trust with post-mortem effects.

The Supreme Court, in its Order n. 5073 of 17 February 2023, examined in detail certain aspects relating to the remedies available to a legitimary injured by acts of endowment of a trust.

The Supreme Court considered such a trust as an inter vivos trust with post-mortem effects, equating it to an indirect gift.

In this perspective, the protection of the inheritance rights of the legitimaries can be ensured through the exercise of the action for reduction pursuant to Art. 553 of the Civil Code, which determines the mere ineffectiveness of the prejudicial act, and not through the action for nullity.

In conclusion, the Court of Cassation rejected the heir's appeal, establishing the validity of a discretionary liberal trust with the power for the trustee to designate the beneficiaries and determine the amount of the shares to be attributed to each.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-14mattace

CASSAZIONE

Sent. sez. II, 17 gennaio 2023, n. 1174

Pres. D'Ascola - Rel. Criscuolo

Notaio – Art. 28 legge notarile – Interesse personale del notaio – Divieto di ricevere – Testamento – Fattispecie.

L'interesse di cui alla l. n. 89 del 1913, art. 28, n. 3 non è un interesse interno all'atto e che in esso si esaurisce, ma formalmente esterno all'atto negoziale e ad esso ricollegato secondo la regolarità causale e, quindi, da valutarsi ex ante. *Viola di conseguenza l'art. 28 l.n. il notaio che, nel ricevere un testamento pubblico, inserisca la propria nomina quale esecutore testamentario retribuito.*

Omissis. A seguito di richiesta di parere avanzata dall'avv. Mariaclaudia Perego al Consiglio Notarile di Milano, in relazione ai testamenti redatti dalla defunta Maria Giuseppa Marmori, e disposta l'audizione dei notai che avevano proceduto a rogare i relativi testamenti pubblici, il Consiglio Notariale di Milano formalizzava la richiesta di apertura di procedimento disciplinare nei confronti del notaio Antonio Privitera, in relazione alla presenza nel testamento pubblico del 21 aprile 2017 della seguente disposizione:

"Nomino mio esecutore testamentario il dottor Antonio Privitera, notaio in Milano, che potrà far riferimento ed avvalersi per ogni incombente della mia segretaria Grazia Rubino, sopra generalizzata.

Autorizzo espressamente il nominato esecutore testamentario al compimento di ogni atto necessario a dare piena esecuzione alle mie volontà e, in particolare, lo autorizzo a procedere alla vendita dei beni ereditari e, in particolare, alla liquidazione di tutti i miei risparmi e titoli, a risolvere i contratti in essere a mio nome, anche

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

bancari, disponendo mandati di pagamento a favore dell'erede e/o dei legatari, a dare esecuzione ai legati, a predisporre e presentare la dichiarazione di successione e ogni altro adempimento richiesto dalla legge.

All'esecutore testamentario, oltre al rimborso delle spese, attribuisco un compenso, al netto delle imposte di legge, nella misura dell'1°/0 (uno per cento) dell'attivo ereditario risultante dalla liquidazione dei beni dell'eredità. L'esecutore testamentario è autorizzato, ai sensi dell'art. 700 c.c., a sostituire altri a sé stesso nel caso in cui non possa continuare nell'ufficio".

In particolare, al notaio Privitera era contestata la violazione dell'art. 28 co. 1, n. 1 della legge notarile, per la violazione dell'art. 597 c.c., per avere inserito in un testamento dal medesimo rogato una disposizione in proprio favore, nonché la violazione dell'art. 28, co. 1, n. 3 della medesima legge notarile, per avere ricevuto un testamento pubblico contenente disposizioni di proprio interesse.

La COREDI Lombardia con decisione n. 228 del 10 settembre 2019 ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 28 co. 1, n. 3 della legge notarile ed ha irrogato al professionista la sanzione pecuniaria di C 10.000,00, ritenute ricorrenti le circostanze attenuanti di cui all'art. 144 legge notarile.

Il notaio Privitera ha quindi proposto reclamo avverso la decisione disciplinare della Commissione Amministrativa Regionale di Disciplina (COREDI), e la Corte d'Appello di Milano con ordinanza del 3 marzo 2021 ha respinto il reclamo.

Richiamata la previsione di cui al n. 3 del co. 1 dell'art. 28 della legge notarile, come interpretata dal giudice di legittimità, ha ricordato come la sussistenza dell'interesse idoneo ad imporre l'astensione della stipula dell'atto debba essere valutato *ex ante* e non è necessario che sia interno allo stesso atto da stipulare, trattandosi di norma volta per l'appunto a garantire l'imparzialità del notaio rogante.

Del pari la presenza dell'interesse del notaio, ovvero dei suoi stretti congiunti, non deve necessariamente essere in contrasto con quello delle parti assistite.

Da tali premesse ricavava quindi che la presenza di un compenso previsto per l'espletamento dell'incarico di esecutore testamentario configurava quell'interesse idoneo a determinare la violazione della norma invocata dal Consiglio notarile.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

A nulla valeva opporre che il compenso fosse iniquo ovvero, come sostenuto nella specie, di favore per la testatrice, in quanto, anche a voler reputare che vi sia una coincidenza tra l'interesse della de cuius e quello del notaio, quest'ultimo era comunque tenuto ad astenersi.

Occorreva impedire a monte anche il solo sospetto che il notaio intendesse perseguire un interesse personale.

Sempre in via conseguenziale, la Corte d'Appello osservava che non era necessario verificare se l'interesse individuato come impeditivo dell'espletamento della professione fosse o meno contenuto in una disposizione testamentaria, e ciò anche in considerazione del fatto che a maggior ragione si impone l'astensione dall'espletamento della propria attività nel caso in cui, con riferimento ai negozi mortis causa, viene meno una possibilità di controllo nel tempo da parte del soggetto disponente.

Omissis. Ragioni in diritto della decisione. L'art. 28 della legge notarile, nel prevedere che il notaio non può ricevere o autenticare atti, al n. 3 prescrive che tale divieto si estende a quegli atti: "se contengano disposizioni che interessino lui stesso, la moglie sua, o alcuno de' suoi parenti od affini nei gradi anzidetti, o persone delle quali egli sia procuratore per l'atto da stipularsi, salvo che la disposizione si trovi in testamento segreto non scritto dal notaro, o da persona in questo numero menzionata, ed a lui consegnato sigillato dal testatore".

La decisione gravata ha ritenuto che fosse in contrasto con la detta norma la previsione contenuta nel testamento pubblico rogato dal ricorrente con la quale la de cuius, Maria Giuseppina Marmori, designava lo stesso notaio rogante quale esecutore testamentario, prevedendo le varie attività che avrebbe dovuto porre in essere, ed attribuendogli un compenso pari all'I.% dell'attivo ereditario, risultante dalla liquidazione dei beni dell'eredità.

Occorre in via preliminare però precisare che la designazione dell'esecutore testamentario va sicuramente qualificata in termini di disposizione testamentaria, essendo la dottrina al più divisa tra la tesi di chi la annovera tra le disposizioni di carattere non patrimoniale e coloro che invece optano per la soluzione della disposizione atipica testamentaria.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

È però indiscusso che la medesima, in quanto atto di ultima volontà, rientrando nel più ampio disegno del testatore di dettare delle previsioni volte a regolare il proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere, debba necessariamente essere contenuta in un testamento, inteso quale contenitore atto a riempirsi di contenuti estremamente diversificati, ma tutti accomunati dalla funzionalizzazione delle relative previsioni a regolare, nella specie, il patrimonio del testatore per il momento in cui questi avrà cessato di vivere.

È quindi indubbio che la designazione dell'esecutore testamentario, in quanto rivolta ad individuare il soggetto destinato a dare esecuzione alle volontà testamentarie, sia una disposizione testamentaria.

Il carattere eventuale della remuneratività dell'attività svolta dall'esecutore, unitamente al rilievo per cui l'assunzione della qualità di esecutore presuppone in ogni caso la preventiva accettazione dell'incarico da parte di chi è stato designato, consentono altresì (e con la sola eccezione in cui la remunerazione prevista in favore dell'esecutore sia connotata da assoluta assenza di proporzionalità in relazione all'attività demandata – avendo la dottrina per tale ipotesi reputato che la voluta sproporzione sia sintomatica della volontà di effettivamente beneficiare, e verosimilmente a titolo di legato, l'esecutore) di escludere che la designazione dell'esecutore possa essere ritenuta disposizione a favore del notaio che abbia ricevuto il testamento pubblico *ex* art. 597 c.c., con la conseguente impossibilità di configurare la violazione nel n. 1 del co. 1 dell'art. 28 della legge notarile.

Ma tale conclusione non esclude tuttavia che la medesima disposizione possa rilevare ai diversi fini della previsione di cui al n. 3 del medesimo articolo 28. Depone in tal senso, innanzi tutto la sola espressa esclusione, ai fini della norma in esame, delle disposizioni contenute nel testamento segreto non scritto dal notaio o da suo congiunto, che per converso sottende la chiara volontà del legislatore di ritenere che ogni altra diversa disposizione contenuta in un testamento ben possa implicare la violazione della norma in esame.

Inoltre, ed a differenza di quanto previsto dagli artt. 597 e 598 c.c., nei quali la nullità è correlata all'esistenza di una disposizione a favore, la norma qui in esame si avvale della diversa espressione lessicale di disposizione che interessi il professionista o suoi congiunti, la quale ben si presta a trovare applicazione anche nel caso in cui la

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

previsione non implichi un'istituzione di erede ovvero un'attribuzione a titolo di legato, o comunque un vantaggio che non veda una contropartita economica.

Trattasi di conclusione che trova l'avallo anche della più attenta dottrina che, nell'esaminare i rapporti tra gli artt. 597 e 598 c.c. e le previsioni della legge notarile, ha condivisibilmente evidenziato che, pur essendo la nullità limitata alle sole ipotesi in cui il testamento contempli delle disposizioni a favore del notaio o dei suoi congiunti, non sono però messe fuori gioco dalla sopravvenuta scelta del legislatore in occasione della redazione del codice civile, le previgenti norme della legge notarile, ed in particolare il n. 3 del comma 1 dell'art. 28, che impone al notaio di non stipulare atti che, per l'interesse anche potenziale, secondo una valutazione *ex ante*, possano compromettere la sua posizione di terzietà.

Si impone quindi un coordinamento tra le due discipline, coordinamento che va assicurato riservando la nullità alle sole ipotesi di cui agli artt. 597 e 598 c.c. (come si argomenta anche dalla previsione di cui all'art. 60 della legge notarile), ferma restando però la rilevanza disciplinare della condotta del notaio che abbia comunque rogato un testamento contenente disposizioni alle quali abbia un interesse.

Una volta quindi ribadito che la designazione del notaio quale esecutore testamentario è in ogni caso una disposizione testamentaria e che non è esclusa la rilevanza disciplinare della condotta contestata solo perché la stessa disposizione non si risolva in una attribuzione a titolo di legato o in una designazione di erede, rileva il Collegio che la valutazione del giudice di merito, quanto alla sussunzione della condotta contestata nella norma sanzionatoria applicata sia incensurabile.

In tal senso depone la tradizionale nozione di interesse rilevante ai fini della norma in esame, quale delineato dalla costante giurisprudenza di legittimità.

Come da ultimo precisato da Cass. n. 26369/2016, relativa al comportamento di un notaio che aveva stipulato degli atti di compravendita, di mutuo e di apertura di credito in cui era parte una società a favore della quale lo stesso notaio aveva precedentemente prestato fideiussione, è stato ricordato come le elaborazioni dottrinali hanno per lo più prescelto un'ampia accezione del concetto di

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

«interesse», al punto da comprendervi l'interesse materiale, l'interesse soltanto morale, l'interesse diretto negoziato nell'atto come quello indiretto, l'interesse anche potenziale all'atto, il collegamento con situazioni esterne allo stesso, l'inerenza al notaio delle disposizioni da stipulare pure non in termini di necessario vantaggio per il professionista.

Omissis. Cass. n. 26848/2013 ha altresì specificato che, come già affermato da Cass. n. 2449/1942, la funzione notarile "non solo deve svolgersi nell'ambito della più rigorosa legalità, ma deve essere esplicitata pure in modo da ispirare la massima fiducia ed allontanare possibilmente anche il sospetto che negli atti possa esservi un interesse personale del notaro che li riceve", posto che il divieto in esame presidia superiori e generali interessi e non già quelli propri ed esclusivi delle parti del contratto ed assume una valenza precettiva meramente formale, laddove configura come illegittime situazioni tipiche di mera condotta e non anche le situazioni produttive di danno per alcuni soggetti o di vantaggio per il notaio o per i prossimi congiunti indicati dalla norma.

La valutazione dell'interesse va, come detto, condotta *ex ante* e non *ex post*, ed in termini di mera potenzialità, o se si vuole, di pericolosità che l'atto possa essere rogato al fine di soddisfare un interesse dei soggetti indicati dalla norma, essendo però irrilevante che in concreto le parti non abbiano ricevuto un danno dall'atto rogato. Il divieto attiene già alla condotta e l'interesse che rende illegittima la condotta non può che essere valutato anteriormente e cioè prima che la condotta sia posta in essere, così che il medesimo non può essere identificato in maniera riduttiva e cioè come contrasto con gli interessi delle parti che hanno richiesto l'opera del notaio, nell'ottica del parametro normativo di cui all'art. 1394 c.c., atteso che la norma in esame non fa alcun riferimento a fattispecie di conflitto; inoltre la terzietà del pubblico ufficiale è lesa anche nel caso di coincidenza tra l'interesse privato dello stesso e quello delle parti.

Omissis. La valutazione dell'interesse va, come detto, condotta *ex ante* e non *ex post*, ed in termini di mera potenzialità, o se si vuole, di pericolosità che l'atto possa essere rogato al fine di soddisfare un interesse dei soggetti indicati dalla norma, essendo però irrilevante che in concreto le parti non abbiano ricevuto un danno dall'atto rogato. Il divieto attiene già alla condotta e l'interesse che rende illegit-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

tima la condotta non può che essere valutato anteriormente e cioè prima che la condotta sia posta in essere, così che il medesimo non può essere identificato in maniera riduttiva e cioè come contrasto con gli interessi delle parti che hanno richiesto l'opera del notaio, nell'ottica del parametro normativo di cui all'art. 1394 c.c., atteso che la norma in esame non fa alcun riferimento a fattispecie di conflitto; inoltre la terzietà del pubblico ufficiale è lesa anche nel caso di coincidenza tra l'interesse privato dello stesso e quello delle parti.

Trattasi di interesse esterno rispetto all'atto, in quanto correlato non alla prestazione resa in occasione della raccolta delle volontà testamentarie della de cuius, ma in relazione al successivo incarico per il quale era intervenuta la designazione, attesa in particolare la stessa previsione di un compenso, non correlato al compimento dell'atto per il quale era stato chiamato a prestare il proprio ministero (redazione del testamento pubblico), ma in relazione, come detto, ad un'ulteriore attività, per la quale il compenso era commisurato ad una percentuale da applicare sul valore dell'attivo ereditario, valore che, proprio in ragione della mutabilità della consistenza sia qualitativa che quantitativa del patrimonio, era non precisamente determinabile e suscettibile di adeguamento alla luce delle vicende che avrebbero potuto interessare la massa ereditaria tra la data di redazione del testamento e la successiva data di apertura della successione. *Omissis*.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

NOMINA DEL NOTAIO QUALE ESECUTORE TESTAMENTARIO E RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE DEL PROFESSIONISTA

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Il ragionamento prospettato dalla Suprema Corte. – 3. (*Segue*) Il concetto di interesse ai sensi dell'art. 28, n. 3, della legge notarile. – 4. Taluni rilievi critici. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Con la sentenza n. 1174 del 17 gennaio 2023, la II sezione civile della Cassazione ha esaminato la fattispecie nella quale un notaio riceve la nomina come esecutore testamentario nell'atto *mortis causa* da lui stesso rogato, con l'incarico, pertanto, di compiere quanto necessario per dare piena esecuzione alle volontà della *de cuius*[1]. A fronte di ciò è previsto un compenso che è stabilito nella misura dell'uno per cento dell'attivo risultante dalla liquidazione dei beni ereditarî.

Su segnalazione del Consiglio notarile di Milano, la Commissione regionale di disciplina della Lombardia viene investita dei profili deontologici della questione; essa, anzitutto, non riconosce la violazione dell'art. 28, n. 1 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (c.d. legge notarile), inizialmente contestata sulla base di un asserito contrasto tra il contenuto del testamento e l'art. 597 c.c., dato che nel-

[1] G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954 (rist. Napoli, 2010), pp. 7-8, nota 16, precisa come, pur se l'art. 703 c.c., con ampia dizione, affida all'esecutore testamentario l'attuazione delle disposizioni di ultima volontà del defunto, esse vanno intese in senso restrittivo, ossia come disposizioni testamentarie tipiche, ciò che è confermato dalla stessa collocazione topografica dell'istituto, nonché dal contenuto delle relative norme, le quali hanno complessivamente riguardo alla gestione patrimoniale.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

l'atto sembrava fosse stata inserita una disposizione in favore del rogante (quindi, espressamente proibita dalla legge). Per contro, la Co.Re.Di. lombarda ha ravvisato un illecito disciplinare nella nomina con compenso come esecutore testamentario del notaio rogante in base all'art. 28, n. 3, della legge notarile e, pertanto, ha sanzionato il professionista il quale, successivamente, ha proposto reclamo presso la Corte d'appello di Milano. La conferma della sanzione da parte di quest'ultima ha poi condotto, per iniziativa del notaio, al giudizio di legittimità, che è stato espresso con argomenti sui quali, viste le implicazioni sistematiche che essi sottendono, è opportuno svolgere qualche sintetica considerazione.

2. Preliminarmente, merita soffermare l'attenzione sulla massima ufficiale della sentenza in esame, secondo la quale «[i]n tema di responsabilità disciplinare del notaio, l'istituzione di quest'ultimo quale esecutore testamentario – mediante disposizione testamentaria posta all'interno del testamento dallo stesso rogato – configura l'illecito disciplinare di cui all'art. 28, comma 1, n. 3, della l. n. 89 del 1913, in quanto detta disposizione tutela l'immagine di terzietà e imparzialità che il notaio deve preservare nello svolgimento della propria attività professionale, con valutazione "ex ante" dell'interesse che avrebbe dovuto indurlo ad astenersi dalla redazione dell'atto, a nulla rilevando che lo stesso testamento non preveda una istituzione di erede o legato a favore dello stesso notaio, ciò che eventualmente potrebbe rilevare ai diversi fini della nullità di cui all'art. 597 c.c.». Il provvedimento in esame, che esprime un indirizzo decisamente consolidato[2], sollecita la disamina preliminare del rapporto tra il conte-

[2] Si vedano in tal senso Cass., sez. II, sent. n. 26369 del 20 dicembre 2016, in *Giur. it.*, 2017, 1, pp. 7-10. («*In tema di responsabilità notarile, costituisce illecito disciplinare, per violazione del divieto sancito dall'art. 28, n. 3, della l. n. 89 del 1913, il comportamento del notaio consistente nella stipula di atti di compravendita, di mutuo e di apertura di credito in cui sia stata parte una società a favore della quale lo stesso notaio abbia precedentemente prestato fideiussione, dovendosi, in tal caso, riconoscere sussistente un interesse personale del rogante rispetto alle sostanziali modificazioni (non importa se favorevoli o sfavorevoli) del patrimonio della società, con il conseguente venir meno dell'obbligo di imparzialità che impone al notaio di mantenere una posizione di equidistanza rispetto ai diversi interessi delle parti*»), nonché Cass., sez. II, sent. n. 26848 del 29 novembre 2013 , in *Vita Notarile*, 1999, 1, pp.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

nuto del testamento prima illustrato e l'art. 597 c.c., a tenore del quale sono nulle le disposizioni a favore del notaio o di altro ufficiale che ha ricevuto il testamento pubblico, ovvero a favore di alcuno dei testimoni o dell'interprete intervenuti al testamento medesimo.

Tenuto conto del fatto che le questioni affrontate dalla dottrina, per quanto attiene all'applicazione dell'art. 597 c.c., concernono il rapporto intercorrente tra il codice civile e le più rigorose disposizioni della legge notarile[3], al fine di accertare se e con quali requisiti si integri la fattispecie a cui tale norma riconduce la nullità – insanabile, in quanto derivante da una speciale incapacità giuridica della persona[4] – per la clausola contenente la disposizione in favore del professionista, è necessario chiarire se la nomina con compenso dell'esecutore testamentario possa essere configurata sia come disposizione testamentaria sia come contenuto favorevole al notaio rogante.

Nessun dubbio circa la qualifica di tale nomina come disposizione testamentaria sussiste per la Suprema Corte, la quale precisa come «la [designazione dell'esecutore testamentario], in quanto atto di ultima volontà, rientrando nel più ampio disegno del testatore di dettare delle previsioni volte a regolare il proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere, debba necessariamente essere contenuta in un testamento, inteso quale contenitore atto a riempirsi di contenuti estremamente diversificati, ma tutti accomunati dalla funzionalizzazione delle relative previsioni a regolare, nella specie, il

399-401. («*Il divieto previsto dall'art. 28, n. 3, della legge 16 febbraio 1913, n. 89, che interdice al notaio di rogare atti che contengano disposizioni che interessino lui stesso, la moglie o alcuno dei suoi parenti o affini, in linea retta o in linea collaterale fino al terzo grado, o persone di cui sia procuratore, è posto a presidio della terzietà del notaio stesso, garantendo la tutela anticipata dell'imparzialità e della trasparenza della sua attività, sicché la valutazione dell'esistenza di un interesse personale del rogante, o degli altri soggetti che sono indicati nella norma, va effettuata "ex ante", in termini di mera potenzialità o pericolosità, senza che rilevi se le parti abbiano in concreto ricevuto o meno un danno dall'atto rogato*»).

[3] Cfr. tra molti C. Scognamiglio, *La capacità di ricevere per testamento*, in G. Bonilini (a cura di), *La successione testamentaria*, in *Trattato delle successioni e donazioni diretto da G. Bonilini*, Milano, 2009, pp. 188-189.

[4] Così C. M. Bianca, *Diritto civile* 2.2. *le successioni*[6], a cura di M. Bianca e P. Sirena, Milano, 2022, p. 310.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

patrimonio del testatore per il momento in cui questi avrà cessato di vivere»[5].

La tipizzazione legislativa dell'istituto all'art. 700 c.c., infatti, disegna una disposizione (non finale, come l'istituzione di erede o il legato, bensì) strumentale rispetto all'attuazione dei fini perseguiti dal *de cuius* (e, in ciò, simile ad esempio al *modus*, da cui si distingue per la natura esterna eventuale, giacché l'esecutore testamentario può anche essere individuato tra i soggetti non contemplati nel testamento come destinatarî di attribuzioni[6]). In questa prospettiva, anche tenendo conto della disciplina decisamente analitica dettata agli artt. 700-712 c.c., non rileva il carattere patrimoniale o non patrimoniale della nomina[7], dato che dalla riconducibilità all'uno o all'altro contesto non derivano conseguenze disciplinari significative.

Per quanto attiene, invece, al favore che da questa nomina deriverebbe al notaio rogante, si è esclusa una tale evenienza per due ra-

---

[5] Cass., n. 1174/2023, alle pp. 6-7 (del testo ufficiale, dal quale si citerà). Esprime certezza in tal senso G. Bonilini, *Esecutore testamentario*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991 (rist. 2008), pp. 537-548, alla p. 539.

[6] Sulla natura interna del *modus*, nel senso che questo accede nel testamento in via esclusiva alle istituzioni di erede o al legato, rinvio a L. Nonne, *Le disposizioni rafforzative della volontà testamentaria*, Napoli, 2018, pp. 75-76, pur se ciò non ne esclude l'autonomia e, pertanto, la possibilità che questo limiti le attribuzioni ricevute dall'erede legittimo (in tal senso si v. le pp. 77-82). Tuttavia, tale ultimo aspetto conferma la limitazione dell'onere testamentario alla cerchia dei successibili.

Il carattere strumentale rispetto all'esecuzione della volontà testamentaria può legittimare una combinazione di congegni attuativi della medesima, consentendosi all'esecutore testamentario di agire in giudizio per l'adempimento del *modus* con cui il testatore abbia gravato l'erede o il legatario. Si v. sul punto M. Talamanca, *Successioni testamentarie. Art. 679-712*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1978 (rist. agg. della I ed.), p. 466, il quale precisa che l'esecutore, come portatore di un interesse oggettivo a che si eseguano le disposizioni del *de cuius*, rientra tra i soggetti legittimati ai sensi dell'art. 648, 1° co., c.c.

[7] Per il carattere non patrimoniale della designazione, accolto in termini maggioritarî dalla dottrina, si pronunciano G. Bonilini, *Esecutore testamentario*, cit., p. 539, nonché C. M. Bianca, *Diritto civile* 2.2. *le successioni*[6], cit., p. 80. Diversamente si v. G. Criscuoli, *Il testamento. Norme e casi*, Padova, 1995, p. 512, ove si afferma che tale designazione, essendo una disposizione accessoria ai lasciti dei beni, sussiste ed esplica la sua funzione esclusivamente in ragione della loro esistenza.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

gioni: *i*) anzitutto, per la necessità di un'accettazione affinché l'ufficio[8] dell'esecutore si incardini in capo a chi viene designato; *ii*) inoltre, per la struttura del compenso, il quale è determinato non fa-

[8] Per un'assai decisa opzione dogmatica in tal senso si vedano F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*[7], Padova, 1979, p. 585, per i quali si dovrebbe discorrere di un ufficio di diritto privato che trae la sua origine nel negozio di autorizzazione contenuto nel testamento. In senso conforme cfr. A. DEL GIUDICE, *L'esecutore testamentario*, in M. BIANCA (coord.), *Le successioni testamentarie (artt. 624-712 c.c.)*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Walter Bigiavi, Torino, 1983, pp. 436-437; C. M. BIANCA, *Diritto civile* 2.2. *le successioni*[6], cit., p. 81; G. CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, cit., p. 511; G. VICARI, *L'esecutore testamentario*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*[2], diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, Padova, 2010, p. 1310.

G. BONILINI, *L'esecutore testamentario*, in ID. (a cura di), *La successione testamentaria*, cit., p. 1858, evidenzia, invero assai condivisibilmente, l'impossibilità di ricondurre l'istituto, benché questo presenti varî punti di contatto con altri, ad una categoria dogmatica superiore, anche tenendo conto del fatto che la riconduzione ad essa paleserebbe la propria utilità solo nell'ipotesi in cui ne derivasse un ausilio interpretativo o dei parametri di integrazione con riferimento alle norme concernenti l'esecutore testamentario, il che sembra da escludere per il nostro ordinamento giuridico. Inoltre, secondo A. CICU, *Testamento*[2], Milano, 1951, p. 249, «i poteri attribuiti all'esecutore sono di così poco peso, che la parola *ufficio*, pur se si voglia conservarla, si riduce a ben poco, e più che altro ad ufficio di sorveglianza e controllo» (enfasi dell'Autore). A tal proposito, tuttavia, V. CUFFARO, *L'esecutore testamentario*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, II[2], Napoli, 2015, p. 1305, osserva come non sembri corretto relegare la nozione di ufficio privato a dato meramente descrittivo, giacché in virtù di tale nozione è possibile dare conto di una pluralità di tratti che caratterizzano la figura dell'esecutore testamentario, come *i*) lo svolgimento della relativa attività in nome proprio ma in relazione a un interesse ormai solo oggettivizzato nel testamento, *ii*) la situazione soggettiva dell'esecutore, cui ineriscono non solo poteri ma anche doveri e conseguenti responsabilità, nonché, infine, *iii*) la presenza dell'autorità giudiziaria.

Si v., ancóra, L. GARDANI CONTURSI LISI, *Esecutore testamentario*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VI, Torino, 1957, pp. 693-700, spec. p. 700, secondo la quale l'esecutore sarebbe il destinatario di una disposizione testamentaria a carattere non patrimoniale, la quale avrebbe ad oggetto il conferimento di un diritto e azione, che si concreta nei poteri di sorveglianza e controllo all'erede (prospettiva sulla quale si è appuntata la caustica attenzione critica di M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie. Art. 679-712*, cit., pp. 463-465).

Una recente e assai stimolante ricostruzione del dibattito inerente alla natura giuridica dell'istituto è stata formulata da A.M. BENEDETTI, *Privato e pubblico nel-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

cendo riferimento ad un ammontare prestabilito, bensì in termini percentuali con riguardo ad un importo di base non previamente quantificabile e, in ipotesi, anche potenzialmente inesistente quando i debiti assorbono la totalità delle sostanze ereditarie[9]. Se, allora, non ricorre la fattispecie prevista all'art. 597 c.c., perché la disposizione è sì testamentaria ma non è di favore per il professionista, questi, nello stilare la clausola in esame, non ha confezionato un atto sotto tale aspetto espressamente proibito dalla legge.

Più precisamente, se si considera che le incapacità di ricevere per testamento non hanno carattere discriminatorio, ma rinvengono tradizionalmente la loro ragione nell'esigenza di una piena tutela della volontà testamentaria nei confronti di soggetti che, in virtù del relativo ufficio, abbiano la possibilità di influenzarla o di manipolarla a loro profitto[10], tale influenza o manipolazione non risultano integrate dalla designazione del notaio rogante come esecutore. Ciò, pertanto, esclude il profilo disciplinare e, quindi, la sanzionabilità della relativa condotta ai sensi dell'art. 28, n. 1, della legge notarile[11].

Venendo invece alla contestata violazione dell'art. 28, n. 3, della medesima legge, esso, nel prevedere che il notaio non può ricevere o autenticare taluni atti, prescrive che tale divieto è contraddetto se

---

l'ufficio di esecutore testamentario, in *Dir. succ. fam.*, 2023, pp. 1-12, alle pp. 2-8, per il quale l'esecutore testamentario è titolare di un ufficio ove si rinvengono aspetti pubblicistici derivanti dalla necessità, avvertita dal legislatore, che l'esercizio dell'incarico avvenga in modo equilibrato, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, a fronte della protezione di un interesse privato. Da ciò, allora, si ritrae la duplice natura (privata/pubblica) del suddetto ufficio.

[9] Così Cass., n. 1174/2023, cit., alla p. 7.

[10] C. M. Bianca, *Diritto civile 2.2. le successioni*[6], cit., p. 310.

Si v., altresì, P. Rescigno, *La persona giuridica e la capacità di ricevere per testamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, II, pp. 325-352, a commento di Corte d'appello di Cagliari, 26 ottobre 1961, il quale, alle pp. 347-348, mette in luce, come *ratio* comune alle disposizioni contenute negli artt. 596, 597 e 598 c.c., la garanzia della libertà e della spontaneità del volere.

[11] Rileva, difatti, C. Scognamiglio, *La capacità di ricevere per testamento*, cit., p. 189, che la stessa legge notarile, nell'interpretazione concorde che ne viene offerta, offre una soluzione adeguata al problema del coordinamento tra essa e le previsioni codicistiche, giacché limita l'applicazione delle norme da essa dettate in materia all'àmbito in cui queste non si rivelino contrarie al codice civile, bensì ne integrino le regole.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

quegli atti "contengano disposizioni che interessino lui stesso, la moglie sua, o alcuno de' suoi parenti od affini nei gradi anzidetti, o persone delle quali egli sia procuratore per l'atto da stipularsi, salvo che la disposizione si trovi in testamento segreto non scritto dal notaro, o da persona in questo numero menzionata, ed a lui consegnato sigillato dal testatore". Il divieto in esame, secondo la giurisprudenza di legittimità, è posto a presidio di interessi superiori e generali e non già di quelli proprî ed esclusivi delle parti del contratto di prestazione d'opera intellettuale; inoltre, esso assume una valenza precettiva meramente formale, perché configura come illegittime situazioni tipiche di mera condotta e non anche situazioni produttive di danno per alcuni soggetti o di vantaggio per il notaio o per i prossimi congiunti indicati dalla norma[12].

Poiché, come già detto in precedenza, la designazione del notaio rogante quale esecutore testamentario, sempre secondo gli arresti della Cassazione, è in ogni caso una disposizione testamentaria, nonostante essa non si risolva in un legato o in una designazione di erede ai sensi dell'art. 597 c.c. (non sia, cioè, una disposizione *di favore*), ciò non ne esclude la rilevanza disciplinare proprio in virtù della previsione di un compenso (pari, si è detto, all'uno per cento dell'attivo ereditario), che ne fa una disposizione collegata a un interesse del professionista[13].

3. Secondo la Cassazione, allora, è necessario distinguere tra disposizione che favorisce il notaio e disposizione che lo interessi. A questo proposito, si interpreta il concetto di «interesse» attribuendo ad esso un'ampia accezione, al punto da comprendervi l'interesse materiale, l'interesse soltanto morale, l'interesse diretto negoziato nell'atto e quello indiretto, l'interesse anche potenziale all'atto, il collegamento con situazioni esterne allo stesso, nonché l'inerenza al notaio delle disposizioni da stipulare, anche se esse non comportino necessariamente un vantaggio per il professionista. In ogni caso, deve trattarsi di un interesse effettivamente sussistente e, perciò, da verifi-

[12] Così Cass., n. 1174/2023, cit., alla p. 11.

[13] Sulla base di tale premessa, indicata in Cass., n. 1174/2023, cit., alla p. 9, la Suprema Corte articola la distinzione tra le clausole e le rispettive responsabilità disciplinari di cui *infra* nel testo.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

care al momento dell'atto, nonché risultante da esso, il quale interesse si traduce in un motivo di irricevibilità dello stesso atto[14].

La giustificazione di un tale esteso àmbito applicativo del divieto di cui all'art. 28, n. 3, della legge notarile si fa derivare dal fatto che la norma è posta a presidio della terzietà del professionista e garantisce in via anticipata la tutela dell'imparzialità e della trasparenza della sua attività. Conseguentemente, la valutazione dell'esistenza di un interesse personale del rogante, o degli altri soggetti che sono indicati nella norma, deve essere effettuata non *ex post* ma *ex ante*, come vantaggio o utilità meramente potenziale (che, quindi, sia suscettibile di porre in pericolo l'equidistanza del notaio), senza che rilevi se le parti abbiano in concreto ricevuto o meno un danno dall'atto rogato[15].

In altre parole, il divieto attiene anzitutto alla condotta e non ai suoi effetti, per cui l'interesse che rende illegittima tale condotta non può che essere valutato anteriormente, e cioè prima che l'attività sia posta in essere. Proprio per questo motivo la ricorrenza della fattispecie deontologicamente vietata in questo caso non può essere ancorata al contrasto con gli interessi delle parti che hanno richiesto l'opera del professionista, secondo il parametro normativo di cui all'art. 1394 c.c., dato che l'art. 28, n. 3, della legge notarile non fa alcun riferimento a fattispecie di conflitto; per questo motivo, nell'ipotesi concreta, non rileva il verificarsi, a séguito della designazione del notaio rogante e per la misura del compenso stabilita a suo favore, di un concreto pregiudizio alla testatrice, e successivamente ai suoi eredi, tenuti a corrispondere il compenso dovuto. Inoltre, la terzietà del pubblico ufficiale è lesa anche nel caso di coincidenza tra il suo interesse privato e quello delle parti[16].

La Suprema Corte, pertanto, condivide nel caso di specie la valutazione circa la ricorrenza di un interesse del notaio rispetto alla stipula del testamento in esame, proprio perché esso contiene una designazione con compenso del rogante come esecutore testamentario. In effetti, la previsione della retribuzione a vantaggio dell'esecu-

[14] In tal senso Cass., n. 1174/2023, cit., alla p. 9, la quale richiama quanto precisato da Cass., n. 26369/2016, cit.

[15] Così Cass., n. 26848/2013, cit., p. 14 (del testo ufficiale, dal quale si citerà).

[16] Tali conclusioni, espresse in Cass., n. 26848/2013, cit., p. 14, sono confermate da Cass., n. 1174/2023, cit., alla p. 11.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

tore rientra tra le determinazioni collaterali all'atto di nomina[17] ma spesso, più che la previsione di un compenso, ricorre un'attribuzione per l'esecutore a titolo di legato. Là dove, a questo proposito, sorga il dubbio se il legato sia stato predisposto a titolo di retribuzione ovvero con sincero intento liberale, tale dubbio dovrà sciogliersi in base all'intento empirico del testatore, per cui, se vi fosse corrispondenza tra l'attività svolta dall'esecutore per l'attuazione del testamento e quanto attribuitogli dal disponente, avremmo una retribuzione, mentre, se tale corrispondenza non vi fosse, saremmo in presenza di un legato[18]. Sulla base della fattispecie concreta di cui ci si occupa in questa sede, il parametro dell'intento empirico del testatore, come ora applicato, sarebbe idoneo a fondare l'accertamento, nel caso di legato, a favore del notaio rogante-esecutore, della fattispecie vietata dall'art. 597 c.c., con conseguente nullità della previsione a suo vantaggio e applicazione dell'art. 28, n. 1, della legge notarile, mentre, in presenza di una retribuzione dell'incarico affidatogli, verrà in rilievo, secondo la giurisprudenza prevalente[19], l'art. 28, n. 3, della medesima legge[20].

Esaminando nel dettaglio l'interesse preso in considerazione da quest'ultima norma, esso è esterno rispetto all'atto, in quanto non è correlato alla prestazione professionale consistente nella raccolta delle

---

[17] Così G. BONILINI, *Esecutore testamentario*, cit., p. 540.

[18] G. BONILINI, *Esecutore testamentario*, cit., pp. 546-547. Recepisce tale indirizzo anche la sentenza n. 1174/2023, cit., alla p. 7. Cfr., inoltre, V. M. TRIMARCHI, *Esecutore testamentario (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, pp. 389-412, alla p. 410, testo e nota 140, secondo il quale «[f]inché dura, nonostante il venir meno del possesso dei beni, la gestione da parte dell'esecutore testamentario, non sembra possibile contestargli il diritto alla retribuzione che in suo favore sia stata stabilita dal testatore» (nel testo).

[19] Ma v. *infra* al par. 4 per una diversa ricostruzione.

[20] In verità, la questione sembra ancóra più complessa di ciò che traspare dalla schematica articolazione proposta nel testo: infatti, quanto previsto dall'art. 711 c.c., il quale formula due precetti (la normale gratuità e la possibile onerosità per scelta del testatore) in netta contraddizione tra loro (se si tiene conto del fatto che, all'assolutezza formale del primo, corrisponde il concedimento sostanziale del secondo), potrebbe qualificarsi nei termini di una semi-regola, così da legittimare la conclusione per cui l'ufficio del testatore è "normalmente" gratuito, ovvero "virtualmente" oneroso (in quest'ottica cfr. G. CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, cit., p. 515).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

volontà testamentarie della *de cuius*, ma è connesso al successivo incarico per cui era intervenuta la designazione, che prevedeva un compenso non giustificato dal compimento dell'attività riguardo alla quale il notaio era stato chiamato a prestare il proprio ministero (ossia, la redazione del testamento pubblico); infatti, la remunerazione deriva, come detto, dalla prestazione di un'ulteriore attività e viene commisurata ad una percentuale da applicare sul valore dell'attivo ereditario (un valore, questo, non precisamente determinabile *ex ante* anche considerando la mutabilità della consistenza, sia qualitativa, sia quantitativa, del patrimonio, viste le vicende che avrebbero potuto interessare la massa ereditaria tra la data di redazione del testamento e la successiva data di apertura della successione)[21].

Sempre a proposito del compenso, affinché ricorra l'interesse che avrebbe dovuto indurre il notaio ad astenersi dalla stipula del testamento pubblico, secondo la Cassazione non sarebbe rilevante nemmeno la proporzionalità degli emolumenti a suo favore rispetto all'impegno e alle prestazioni che egli verrebbe chiamato a compiere, qualora assumesse la qualità di esecutore testamentario. È sufficiente, in base a questa ricostruzione, la mera possibilità che l'atto stesso, il quale effettivamente prevedeva il conferimento di un incarico retribuito, offuschi e appanni l'immagine di terzietà ed imparzialità del professionista nello svolgimento della propria funzione di pubblico ufficiale[22].

4. Tenuto conto di ciò, proprio con riferimento alla ricorrenza dell'interesse del notaio nella vicenda qui esaminata, si può proporre una ricostruzione diversa da quella accolta nella sentenza oggetto di analisi. Infatti, è senz'altro condivisibile l'affermazione in base alla quale la sussistenza dell'interesse debba essere valutata *ex ante*, ma una simile valutazione va comunque effettuata in senso complessivo, ossia tenendo conto di tutte le implicazioni derivanti dalla clausola "sospetta"[23].

---

[21] Cfr. Cass., n. 1174/2023, cit., alla p. 12.

[22] Cass., n. 1174/2023, cit., alla p. 13.

[23] Proprio a tal proposito meritano di essere prese in attenta considerazione le significative differenze che le decisioni nn. 26369/2016 e 26848/2013, sopra citate, presentano rispetto al caso trattato nell'arresto del 2023. Difatti, la prima vede pre-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

Per potere ponderare tali implicazioni, in una logica alternativa rispetto a quanto argomentato dalla Cassazione, è necessario approfondire la responsabilità dell'esecutore testamentario, la quale ruota attorno all'art. 709, 2° co., c.c., ove si prevede che l'esecutore testamentario, se in colpa[24], risponde dei danni occorsi agli eredi e ai legatarî[25], derivanti dalla violazione dell'art. 703, 4° co., c.c., secondo cui la diligenza del buon padre di famiglia costituisce il parametro

gressi rapporti di interesse economicamente qualificato tra il professionista rogante e una parte dei contratti dal medesimo stipulati, mentre, in applicazione del principio di diritto enunciato dalla seconda, è stata ritenuta la nullità di un atto di compravendita con costituzione da parte del venditore di servitù di passaggio sul fondo alienato in favore del fondo di proprietà del notaio rogante, per cui i profili di violazione dell'art. 28, n. 1, della legge notarile sono assorbenti rispetto a quanto previsto dall'art. 28, n. 3, della medesima legge (la cui *ratio*, peraltro, costituisce oggetto di un'analitica illustrazione ad opera della sentenza n. 26848/2013). Le rilevate asimmetrie tra le fattispecie concrete esigono, pertanto, di essere valorizzate al fine di delimitare compiutamente l'àmbito applicativo della previsione contenuta all'art. 28, n. 3, della legge notarile, dal quale, per le ragioni che saranno appresso evidenziate, esula la fattispecie oggetto della sentenza in commento.

[24] C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. II (2ª ed. riv. e ampl.), Milano, 1952, p. 552, specifica a tal proposito che la responsabilità può sorgere anche nell'ipotesi di colpa lieve (così anche V. M. Trimarchi, *Esecutore testamentario (diritto privato)*, cit., pp. 398 e 404, nonché G. Vicari, *L'esecutore testamentario*, cit., p. 1335). Su tale profilo si rinvia a quanto verrà esposto *infra* nel testo.

[25] Cfr., tuttavia, M. Talamanca, *Successioni testamentarie. Art. 679-712*, cit., pp. 534-535, il quale estende la responsabilità dell'esecutore testamentario anche ai creditori ereditarî (in tal senso *adde* C. M. Bianca, *Diritto civile* 2.2. *le successioni*[6], cit., p. 82, nonché G. Bonilini, *La responsabilità dell'esecutore testamentario*, cit., p. 164) e a quelli personali dell'erede, i quali non possono anch'essi, a meno di un comportamento colposo dell'erede, imputare a quest'ultimo gli effetti della gestione dell'esecutore [cfr. anche V. M. Trimarchi, *Esecutore testamentario (diritto privato)*, cit., p. 404]. Secondo V. Cuffaro, *L'esecutore testamentario*, cit., pp. 1318-1319, la responsabilità dell'esecutore non si estende ai creditori ereditarî e a quelli personali dell'erede, in quanto il relativo interesse ha natura esclusivamente riflessa, al contrario di quello che fa capo a coloro il cui diritto sorge nel corso e con riguardo all'amministrazione dell'esecutore; la pretesa di questi ultimi, allora, finché permanga il potere di amministrazione trova nell'esecutore il naturale termine di riferimento soggettivo.

G. Vicari, *L'esecutore testamentario*, cit., p. 1335, dopo avere evidenziato come la norma non preveda la responsabilità nei confronti dei semplici creditori, sottolinea che, per quanto attiene a questi ultimi, una siffatta responsabilità non appaia giustificata.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

che l'esecutore è tenuto a osservare[26] nell'amministrazione della massa ereditaria[27]. In particolare, le prerogative concesse all'esecutore non concernono la semplice od ordinaria amministrazione, bensì consistono in un potere, di significativa ampiezza, relativo alla gestione della massa ereditaria allo scopo di eseguire le disposizioni testamentarie; esso, pertanto, comprende, oltre agli atti di gestione in senso stretto, anche taluni atti di disposizione, fino a giungere all'alienazione dei beni ereditarî (previa autorizzazione, in quest'ultimo caso, dell'autorità giudiziaria) [28].

Il problema circa la consistenza di una tale responsabilità[29] è stato variamente affrontato, con due particolari snodi sui quali soffermare l'attenzione: *i*) con riferimento al rapporto tra le norme ora

[26] Cfr. C. M. Bianca, *Diritto civile 2.2. le successioni*[6], cit., p. 82.

[27] Si fa notare che, in realtà, l'art. 709, 2° co., c.c. non ha esclusivamente il cómpito di sanzionare l'esecutore per la cattiva amministrazione della massa ereditaria, in quanto esso possiede un àmbito maggiormente esteso, nel senso che l'esecutore risponde per colpa anche nell'adempimento di incarichi non attinenti alla gestione del patrimonio ereditario (ma, ad esempio, relativi all'omissione della richiesta di apposizione dei sigilli o dell'inventario, o per avere sostenuto in mala fede o con colpa grave la validità o l'efficacia di disposizioni testamentarie a titolo particolare nei confronti dell'erede e in via di intervento nelle cause promosse contro questi). Si v. in tal senso M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., pp. 532-533. Conforme G. Bonilini, *La responsabilità dell'esecutore testamentario*, in *Fam., pers. e succ.*, 2006, pp. 159-167, spec. p. 161, ove ulteriore casistica. Cfr., inoltre, V. Cuffaro, *L'esecutore testamentario*, cit., p. 1312, il quale evidenzia come il potere di amministrazione della massa, lungi dal costituire il termine di riferimento di tutti i possibili contenuti dell'attività dell'esecutore, debba essere considerato solo quale possibile atteggiarsi della medesima, e p. 1318, in cui si afferma che l'esecutore è responsabile con riguardo alla sua intera attività complessivamente considerata.

[28] Così C. Gangi, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 552.

[29] V. M. Trimarchi, *Esecutore testamentario (diritto privato)*, cit., pp. 398 e 404, sottolinea come possa rilevare anche la colpa lievissima, ai fini della responsabilità extra-contrattuale, in presenza di una violazione del dovere di *neminem laedere*; l'Autore, in particolare, evidenzia che il riferimento puro e semplice alla colpa, contenuto nella norma citata, manchi di una particolare rilevanza concreta (p. 404), giacché, interpretandone il pensiero, esso non discrimina i gradi della medesima in presenza dei quali sorge la responsabilità dell'esecutore. Si pronunciano per il rilievo della colpa lievissima anche G. Bonilini, *Esecutore testamentario*, cit., p. 546, nonché G. Vicari, *L'esecutore testamentario*, cit., p. 1335.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

citate e l'art. 1176 c.c.[30]; *ii*) in merito alla variazione della responsabilità a seconda della natura gratuita o retribuita dell'incarico. In specie, per quanto attiene al primo punto, ci si è chiesti se, a fronte della nomina di un professionista (come nel caso che si discute in questa sede), debba richiedersi la diligenza di cui al 4° comma dell'art. 703 c.c., ovvero quella, più intensa e qualificata, pretesa dal 2° comma dell'art. 1176 c.c. Difatti, si sostiene che la specifica previsione in materia di esecutore testamentario deroghi alla disciplina generale, per cui, anche là dove l'ufficio fosse svolto da un notaio o da un avvocato, il parametro del buon padre di famiglia esaurirebbe l'àmbito in cui accertare l'esatto adempimento dell'incarico ricevuto[31].

Quanto, invece, al secondo profilo, i riflessi della naturale gratuità dell'ufficio[32], espressamente sancita dall'art. 711 c.c.[33], sulla re-

[30] F.S. Azzariti, G. Martinez, G. Azzariti, *Successioni per causa di morte e donazioni*[7], cit., p. 592, evidenziano, per vero in modo alquanto sfumato, la riconduzione dell'art. 703, 4° co., c.c. alla disciplina generale in tema di adempimento delle obbligazioni di cui all'art. 1176 c.c. In senso più deciso si v. U. Natoli, *L'amministrazione dei beni ereditari*, vol. I, *L'amministrazione durante il periodo antecedente all'accettazione del'eredità*, II ed. riv. e agg., Milano, 1968, p. 353.

[31] Così G. Criscuoli, *Il testamento. Norme e casi*, cit., pp. 517-518. Adesivamente, mi pare, G. Bonilini, *L'esecutore testamentario*, cit., p. 1903, testo e nota 244 [ma si v., in senso più dubitativo, Id., *Esecutore testamentario*, cit., p. 546, nonché Id., *La responsabilità dell'esecutore testamentario*, cit., p. 160, ove si fa suggestivamente notare come la stessa individuazione di un professionista denoti implicitamente l'intento da parte del testatore di aggravare il parametro mediano di diligenza individuato nell'art. 703, 4° co., c.c., il che, peraltro, mi pare rinvii alla valutazione *ex* art. 1176, 2° co., c.c., in quanto non espressamente derogata dalle parti del rapporto obbligatorio].

[32] G. Musolino, *Esecutore testamentario. Normale gratuità dell'opera svolta e possibilità negoziale di stabilire un compenso* (nota a Cass., sez. II, ord. n. 24798 del 12 agosto 2022), in *Riv. not.*, 2022, pp. 840-846 (il provvedimento si legge alle pp. 838-840), evidenzia, quanto alla *ratio* della gratuità dell'incarico in esame, come si possa constatare che il rapporto fiduciario caratterizza, in modo più accentuato di quanto avvenga nel mandato, la relazione fra chi conferisce l'incarico e il soggetto che lo riceve, per cui il compito dell'esecutore risulta normalmente fondato sulla stima e sulla fiducia del testatore nei confronti del designato. Sulle ragioni che possono indurre il testatore a designare un esecutore testamentario cfr., per tutti, G. Bonilini, *L'esecutore testamentario*, cit., pp. 1856-1857.

[33] In giurisprudenza si v. Cass., sez. II, sent. n. 17382 del 30 agosto 2004, in *Giust. civ.*, 2005, 1, I, pp. 89-90, con nota di G. Vidiri, *Esecutore testamentario: natura e gratuità dell'ufficio*, *ivi*, pp. 91-95, che enuncia il principio di diritto in base

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

sponsabilità sono stati ricostruiti in base all'alternativa per cui *i*) la responsabilità *ex* art. 709, 2° co., c.c. sussiste a prescindere dalla previsione o meno di un compenso per l'esecutore testamentario e non subisce riduzioni nell'ipotesi di un incarico gratuito[34]; *ii*) tale responsabilità deve essere valutata con minore rigore là dove non vi fosse una remunerazione, in quanto la legge ammette una forma attenuata nei casi di obbligazione senza corrispettivo[35].

---

al quale la gratuità dell'ufficio dell'esecutore testamentario nominato dal testatore, espressamente stabilita dall'art. 711 c.c. nonostante la probabile onerosità dell'attività, si giustifica con la possibilità per il soggetto che ne è investito di non accettare l'incarico, sottraendosi così ai relativi oneri, ovvero di espletarlo sopportandone le incombenze che vi sono connesse senza potere reclamare alcun compenso, a meno che questo non sia stato disposto dal testatore e salvo comunque il diritto di ripetere le spese sostenute per l'esercizio dell'ufficio. Su tale provvedimento si appuntano le notazioni critiche di F.P. Patti, *La retribuzione dell'esecutore testamentario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 684-696, il quale, alla p. 687, nota 16, giudica riduttiva la conclusione cui esso perviene con riguardo al fondamento della gratuità ravvisato nel rifiuto dell'incarico sempre possibile per il designato, nonché di A.M. Benedetti, *Privato e pubblico nell'ufficio di esecutore testamentario*, cit., pp. 9-10, sulla valutazione nei termini di una norma imperativa che la sentenza in esame compie riguardo all'art. 711 c.c.

[34] G. Bonilini, *L'esecutore testamentario*, cit., pp. 1903-1904, nonché Id., *Esecutore testamentario*, cit., p. 546. In tal senso M. Talamanca, *Successioni testamentarie*, cit., pp. 533-534, ove si afferma che, per l'estensione in via analogica all'esecutore testamentario della riduzione della responsabilità in caso di gestione gratuita, pur essendovi il requisito della *eadem ratio*, non sussisterebbe quello concernente l'assenza di una statuizione legislativa, in quanto la previsione inerente alla responsabilità risulterebbe dal combinato disposto degli artt. 703, 4° co., e 709, 2° co., c.c. (e ciò, prosegue l'Autore, a più forte ragione se si tiene conto del fatto che, nel sistema legislativo, il caso normale è per l'appunto quello dell'esecutore non retribuito). Anche secondo V. M. Trimarchi, *Esecutore testamentario (diritto privato)*, cit., p. 404, almeno per gli atti di amministrazione della massa, non ricorrerebbero gli estremi per l'applicazione analogica degli artt. 1710, 1° co., c.c., nonché 1768, 2° co., c.c. Cfr. altresì C. M. Bianca, *Diritto civile 2.2. le successioni*[6], cit., p. 82, nota 76; G. Vicari, *L'esecutore testamentario*, cit., p. 1335; A. Del Giudice, *L'esecutore testamentario*, cit., p. 469; G. Criscuoli, *Il testamento. Norme e casi*, cit., p. 518; V. Cuffaro, *L'esecutore testamentario*, cit., p. 1318, ove si precisa che, stante la possibilità per il testatore di fissare un metro di diligenza più rigoroso di quella ordinaria, essa andrebbe valutata con riferimento alla natura dei beni e anche in merito a profili non legati all'amministrazione.

[35] Cfr. U. Natoli, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, *L'amministrazione durante il periodo antecedente all'accettazione dell'eredità*, cit., p. 353, il quale, so-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

Le opinioni che vedono nel combinato disposto degli artt. 703, 4° co., e 709, 2° co., c.c.[36] una speciale disciplina della responsabilità, derogatoria rispetto ai principî e alle previsioni generali, traggono da questa premessa le coerenti conseguenze, ossia l'applicazione esclusiva della norma sulla diligenza del buon padre di famiglia, senza che l'eventuale natura professionale dell'incaricato possa attivare le previsioni ad essa pertinenti (come il 2° co. dell'art. 1176 c.c.), oltre all'indifferenza rispetto all'onerosità o gratuità dell'incarico ricevuto.

Per vero, sulla diligenza si può osservare come, se si richiedesse solo quella del buon padre di famiglia anche per il professionista, verrebbe frustrata l'esigenza del testatore di assicurarsi un adempimento dell'incarico coerente con la natura professionale del designato, anche in base alla responsabilità qualificata che nei confronti di quest'ultimo possano attivare eredi e legatarî; specularmente, inoltre, il soggetto nominato, poiché gli si pretende la sola diligenza or-

---

stenendo il "minor rigore" nel valutare la responsabilità dell'esecutore, rinvia a quanto espresso con riguardo all'amministrazione del chiamato (ivi, pp. 122-125), ove, alla p. 123, si evidenzia la similitudine di una siffatta situazione con le regole in tema di mandato (art. 1710, 1° co., c.c.) e di deposito gratuito (art. 1768, 2° co., c.c.), nonché in merito alla responsabilità del gestore di affari altrui (art. 2030, 2° co., c.c., ma il riferimento mi pare qui non pertinente, giacché, mentre nelle ipotesi di mandato e deposito gratuito il minor rigore concerne l'accertamento dell'*an* della responsabilità, come verrà argomentato *infra* nel testo, per il gestore di affari altrui la norma citata prevede la moderazione giudiziale del risarcimento, agendo allora sul *quantum*, ciò di cui, peraltro, è consapevole lo stesso Natoli, *ult. loc. cit.*). Per una critica a tale impostazione cfr. M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., p. 533, nota 2, ove si sottolinea che, mentre per l'amministrazione del chiamato possessore (ma, in realtà, il Natoli formula la propria tesi con riguardo alle regole generali comuni al chiamato possessore e non possessore) il codice nulla dice circa i limiti della responsabilità di quest'ultimo, gli artt. 703, 4° co., e 709, 2° co., c.c. fissano nei limiti della colpa e della correlativa diligenza del buon padre di famiglia la responsabilità dell'esecutore testamentario. Una tale lettura, più esegetica che sistematica, non è a mio avviso condivisibile per le ragioni che saranno appresso specificate.

Adesivamente rispetto alla tesi del Natoli, mi pare, G. MUSOLINO, *Esecutore testamentario. Normale gratuità dell'opera svolta e possibilità negoziale di stabilire un compenso*, cit., p. 841, testo e nota 1.

[36] A. DEL GIUDICE, *L'esecutore testamentario*, cit., p. 469, riconduce espressamente la regola di responsabilità al combinato disposto degli artt. 703, 4° co., e 709, 2° co., c.c.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

dinaria, potrebbe eseguire quanto richiestogli in modo non conforme alla perizia ed esperienza maturate nell'àmbito professionale di riferimento[37], adempiendo all'incarico con minore efficacia di quella ordinariamente consueta nell'esecuzione delle proprie funzioni[38]. L'interpretazione funzionale, allora, smentisce l'orientamento formalista che vede nell'espressa previsione di regole della responsabilità un'eccezione al regime comune. In tal senso, quanto indicato dall'art. 703, 4° co., c.c. mira a individuare un livello minimo di diligenza per l'esecutore testamentario, attesa la prevalente natura fiduciaria dell'incarico, il quale, là dove fosse prescelto in un contesto professionale, si vedrà applicare le pertinenti previsioni che esigono una maggiore cura e cautela nell'adempimento. In altri termini, allo scopo di favorire l'esatta esecuzione delle disposizioni di ultima volontà del defunto, è auspicabile che l'esecutore testamentario svolga l'ufficio al meglio delle sue possibilità e, dunque, anche in considerazione delle sue eventuali competenze tecniche, le quali rilevano con riguardo all'estensione della responsabilità[39].

Per ciò che attiene, invece, alla disciplina della responsabilità in base al profilo oneroso o gratuito dell'incarico, è vero, in effetti, che l'art. 709, 2° co., c.c., non distingue le ipotesi in cui l'esecutore riceva un compenso da quelle nelle quali il relativo ufficio è a titolo gratuito, mostrando, in questo modo, di essere del tutto coerente rispetto alla naturale gratuità dell'incarico. Ne consegue che la responsabilità dell'esecutore, la quale, ai sensi dell'art. 709, 4° co., c.c.,

---

[37] F. P. Patti, *La retribuzione dell'esecutore testamentario*, cit., p. 687, afferma condivisibilmente che, pur se si concorda con il rilievo in base al quale l'attività dell'esecutore testamentario esula dall'ordinario àmbito di competenza di notai, avvocati o commercialisti, sembra altresì innegabile che professionisti avvezzi alla gestione di patrimoni e a conoscenza del quadro normativo di riferimento possano svolgere l'ufficio con maggiore padronanza rispetto ad altri soggetti.

[38] M. Graziadei, *Mandato*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, vol. XI, Torino, 1994 (rist. 2006), pp. 154-185, alla p. 173, a proposito dell'art. 1710, 1° co., c.c. in materia di mandato (in cui si fa riferimento alla sola diligenza del buon padre di famiglia), afferma, ai nostri fini significativamente, che, se questo inerisce allo svolgimento di un'attività professionale, la diligenza nell'esecuzione delle obbligazioni contrattuali si fa più stringente rispetto al criterio ordinario, giacché si deve avere riguardo alla natura dell'attività esercitata.

[39] Così F.P. Patti, *La retribuzione dell'esecutore testamentario*, cit., p. 688.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

non può essere esclusa neanche dal *de cuius*, non è connessa nell'*an* all'eventuale retribuzione prevista a suo favore.

Ciò premesso, nell'ottica di fornire una più completa regolamentazione della suddetta responsabilità, merita di essere riconsiderato il principio che trova la propria positiva affermazione nell'art. 1710, 1° co., c.c., in base al quale il mandatario, tenuto – come l'esecutore testamentario secondo l'art. 703, 4° co., c.c. – ad osservare la diligenza del buon padre di famiglia, risponde anch'egli per colpa ma, nel caso di mandato gratuito, la sua responsabilità è valutata con minor rigore[40], pur se ciò riguarda esclusivamente l'*an* della responsabilità e non il *quantum*, dato che, una volta accertato il ricorrere dei relativi presupposti, il risarcimento del danno sarà integrale. La dottrina, difatti, ha messo opportunamente in luce come il 1° comma dell'art. 1710 c.c., nel prevedere la diligenza del buon padre di famiglia, si connetta esplicitamente all'art. 1176 c.c., di cui costituisce un'ordinaria applicazione, oltre al fatto che, essendo l'attività del mandatario una prestazione di fare originariamente generica, la diligenza funge da parametro determinativo del contenuto di tale prestazione, sia per quanto concerne la misura dell'attenzione, della cura e dello sforzo psicologico che il debitore deve profondere per attuarla, sia con riguardo alla specificazione dei mezzi necessarî per eseguire il cómpito ricevuto[41]. In tal senso, può dirsi, da un lato, che la diligenza sia specificatrice di quanto si richiede in termini generici per l'adempimento dei doveri connessi all'ufficio, dall'altro lato, che proprio la genericità e, pertanto, l'ontologica parziale imprevedibilità delle condotte di attuazione dell'incarico giustifica, là dove questo sia a titolo gratuito, un'attenuazione della responsabilità in capo al titolare in base all'art. 1710, 1° co., c.c.

[40] Cfr. M. GRAZIADEI, *Mandato*, cit., p. 173, ove si precisa che, in tal caso, la distinzione tra mandato gratuito e mandato oneroso opera nel senso di rendere meno stringente nel primo caso la valutazione del comportamento del mandatario, in quanto il complessivo adempimento delle relative obbligazioni è accertato secondo criterî meno rigorosi di quelli applicabili nell'ipotesi di mandato oneroso.

[41] Cfr. sul punto A. LUMINOSO, *Il mandato*, Torino, 2000, pp. 159-160, il cui argomentare smentisce l'approccio in base al quale, là dove vi siano specifiche previsioni in materia di diligenza e responsabilità inerenti a un determinato ufficio, queste costituiscano un regime speciale nell'àmbito considerato, derogatorio dei principî generali.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

Lungi dall'essere riguardata in termini di regola positiva, della cui eventuale applicazione analogica sia necessario individuare i requisiti secondo le movenze argomentative che la dottrina prevalente ha sposato nell'affrontare il fenomeno[42], essa costituisce il punto di emersione normativo di un principio, da ritenersi comune alle ipotesi di responsabilità nei confronti di chi svolge un ufficio di diritto privato derivante da fonte negoziale, non surrogabile ad opera della pubblica autorità e qualunque sia il contenuto del medesimo[43]. La valenza concreta di questo principio, in particolare, è di carattere squisitamente ermeneutico, giacché alla luce di esso dovrà accertarsi il significato da attribuire alla effettiva regola di diritto positivo, risultante dal combinato disposto degli artt. 703, 4° co., e 709, 2° co., c.c., la quale disciplina la responsabilità per danni in capo all'esecutore testamentario[44].

---

[42] Vedi *supra* la letteratura citata alla nota 34.

[43] Ciò, quindi, a prescindere dalla qualificazione dogmatica dell'esecutore testamentario nell'àmbito del mandato, pure sostenuta dalla dottrina più risalente: cfr. C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., pp. 534-536, il quale discorre, precisamente, di un mandato di natura speciale (p. 534). In tal senso si v. anche G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., pp. 130-131, nota 187, il quale, pur ammettendo la qualificazione come ufficio di diritto privato per definire la natura dell'attività svolta dall'esecutore testamentario, individua nel mandato *post mortem* il titolo giustificativo del potere attribuito a questi dal *de cuius*.

A tal riguardo G. MUSOLINO, *Esecutore testamentario. Normale gratuità dell'opera svolta e possibilità negoziale di stabilire un compenso*, cit., p. 842, sottolinea come proprio la gratuità dell'istituto in esame costituisca uno degli aspetti che segnano la differenza dogmatica fra esecuzione testamentaria e contratto di mandato, essendo quest'ultimo presuntivamente oneroso secondo l'art. 1708 c.c.

[44] A tal proposito merita la più attenta considerazione quanto osserva, in senso opposto alla tesi illustrata nel testo, G. BONILINI, *La responsabilità dell'esecutore testamentario*, cit., pp. 163-164, che riconosce la sussistenza del principio in base al quale la responsabilità deve essere valutata, nel caso di una prestazione eseguita gratuitamente, con minor rigore, ma afferma, con sicura nettezza, che esso dovrebbe trovare applicazione solo là dove il legislatore non abbia posto una propria regola, il che, invece, avviene nel caso dell'esecutore testamentario; questi, infatti, ai sensi dell'art. 703, 4° co., c.c. deve osservare la diligenza del buon padre di famiglia, non essendo, inoltre, espressamente previsto un esonero da responsabilità per colpa lieve. In sintesi, il dissenso ruota intorno alla natura speciale o, all'opposto, di concreta attuazione dei principî generali, da attribuirsi alla regola sulla dili-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

La *vis expansiva* dell'art. 1710, 1° co, c.c. (o, meglio, del principio ad esso sotteso), allora, può essere fondata sulla necessità, che essa esprime, di graduare le conseguenze dannose derivanti da colpa là dove sia assente qualsiasi remunerazione per il titolare[45]. Se si ritiene applicabile il principio per cui l'ufficio gratuito fonda una responsabilità meno gravosa in capo a chi lo svolge (questione ad oggi, si è già detto, controversa, ma che, per le ragioni suesposte, merita di essere risolta in senso positivo)[46], ne consegue, per contro, che la remunerazione, se presente, giustifica una valutazione rigorosa della suddetta responsabilità. Pertanto, si realizza una situazione complessivamente equipollente, per ciò che concerne la ripartizione di rischi e vantaggi, tra le due tipologie di ufficio: quello gratuito non è remunerato ma espone il titolare a conseguenze meno significative,

---

genza dell'esecutore. In questa sede, si è detto, pare più conforme al sistema la seconda opzione, dalla quale discende logicamente l'integrazione della regola espressa con quanto previsto, seppure ad altro riguardo ma nella medesima logica, in merito a differenti istituti (segnatamente, il mandato gratuito *ex* art. 1710, 1° co., c.c. e il deposito gratuito di cui all'art. 1768, 2° co., c.c.).

[45] Nell'esprimersi contro l'estensione della norma di cui all'art. 1710 c.c. nell'ipotesi di responsabilità dell'esecutore testamentario gratuitamente incaricato, M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., pp. 533-534, nota 4, effettua una comparazione in senso diacronico con il previgente codice del 1865, dove non vi era alcuna espressa statuizione sui limiti della responsabilità dell'esecutore e dove il ricorso in via analogica alla disciplina del mandato, prevista all'art. 1746 c.c. abr., sostanzialmente identico all'art. 1710 c.c., era pienamente ammissibile. Nel testo si prevede una prospettiva diversa, in quanto la disciplina della responsabilità dell'esecutore, di cui al combinato disposto degli artt. 703, 4° co., e 709, 2° co., c.c. è considerata come specificazione del regime ordinario in materia di adempimento delle obbligazioni, sì che essa non si sottrae all'integrazione ad opera dei principî generali, di cui l'art. 1710 c.c., si è detto, costituisce manifestazione.

[46] Cfr. sul punto U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, *L'amministrazione durante il periodo antecedente all'accettazione dell'eredità*, cit., p. 123, il quale, discorrendo dei limiti concernenti la responsabilità per il chiamato all'amministrazione, sottolinea che le ipotesi in cui si prevede in maniera espressa un'attenuazione della suddetta responsabilità, a prima vista, si collocano a cavallo tra l'ipotesi normale, in cui basta la semplice *culpa levis*, e i casi in cui, per contro, si richiede la *culpa lata*, come se in essi vi fosse un'attenuazione del criterio normale della diligenza del buon padre di famiglia. Al di là della diversa conclusione sposata sul punto dall'Autore (cfr. *supra*, nota 35), quanto ora evidenziato è il parametro sul quale costruire il "minor rigore" di cui si predica nel testo in merito agli uffici gratuiti.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

mentre quello connesso a un corrispettivo, proprio per questa ragione, esige che gli eventuali danni vengano dichiarati risarcibili con un maggior rigore.

5. Nel valutare *ex ante* la ricorrenza dell'eventuale interesse del notaio come elemento ostativo alla confezione di un atto, allora, non vi può essere un diverso trattamento dell'un caso (incarico oneroso) rispetto all'altro (incarico gratuito). A più forte ragione, una simile conseguenza si impone se si considera che, nel caso di specie, la remunerazione non è stata stabilita con riguardo ad un importo fisso, bensì in misura percentuale rispetto all'attivo ereditario[47]: infatti, anche tenuto conto della complessità dell'incarico attribuito al professionista nonché delle oscillazioni a cui è soggetto il *relictum* dalla data di stesura del testamento al tempo in cui si apre la successione, un saldo positivo di quest'ultimo potrebbe anche non sussistere o essere tale da ridurre il compenso ad un importo *nummo uno*, il che, però, fa sempre permanere l'esposizione del pubblico ufficiale rogante ad una piena responsabilità. Quest'ultimo esito, che è stato oggetto di precipua attenzione da parte della giurisprudenza di legittimità per negare il ricorrere, nel caso di specie, dell'ipotesi prevista all'art. 597 c.c., dovrebbe allo stesso modo rilevare quando si valuta la sussistenza di un interesse il quale, nella prospettiva anticipata in cui dovrebbe porsi il notaio, nella vicenda considerata non può dirsi probabile bensì solo possibile. Con la possibilità, allora, si fuoriesce dal campo della valutazione prognostica di ricorrenza del suddetto interesse, dato che l'eventuale vantaggio del professionista è predicabile anche nell'ipotesi di ufficio a titolo gratuito (ad esempio, come

[47] Sul punto risultano decisamente significative le notazioni comparatistiche di F.P. PATTI, *La retribuzione dell'esecutore testamentario*, cit., p. 691, secondo il quale, il confronto con l'esperienza giuridica tedesca consente di affermare che un criterio semplice per calcolare la retribuzione è quello basato su percentuali dell'asse ereditario e che, inoltre, esigue percentuali, ad esempio dal 4% all'1% (all'aumentare del valore dell'asse ereditario), com'è quella che rileva nel caso di specie, garantiscono che la retribuzione dell'esecutore testamentario non influisca in maniera rilevante sulla delazione. Sulla base di ciò, se una tale influenza non è ravvisabile, viene meno, negli stessi termini astratti in cui si esprime la sentenza in commento, quella possibilità di offuscare l'immagine di terzietà e imparzialità del notaio connessa alla retribuzione dell'incarico previsto nel testamento da lui stesso rogato.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

ritorno di immagine nella prospettiva di successivi incarichi a titolo oneroso). Inoltre, anche sotto un profilo esclusivamente operativo, coonestare una tale interpretazione significa costringere il disponente, in presenza di un notaio rogante, di sua fiducia, che non accettasse l'incarico di svolgere gratuitamente l'ufficio di esecutore testamentario (anche a motivo della particolare complessità circa la gestione concernente la specifica massa ereditaria di cui trattasi)[48], a rivolgersi a un non professionista (o a un professionista di diversa impostazione tecnica, come un avvocato), ovvero a individuare altro notaio, nei confronti del quale la conoscenza e l'affidamento nelle doti professionali può essere inferiore, per soddisfare l'esigenza di una sicura amministrazione *post mortem* delle proprie sostanze. Circostanza, questa, la quale costituisce un *vulnus* di non poco momento alla libertà di programmare, secondo le modalità ritenute più efficaci dal testatore, la sorte del relativo patrimonio, a fronte di supposte esigenze di natura pubblicistica che, nel caso di specie, non palesano un'apprezzabile significatività.

In sintesi e per concludere, ancorare esclusivamente alla presenza di una remunerazione l'accertamento dell'interesse del notaio circa la nomina come esecutore testamentario (da lui stesso inserita nel testamento pubblico) per farne dipendere la responsabilità disciplinare *ex* art. 28, n. 3, della legge notarile, non pare né sistematicamente né funzionalmente sostenibile; ciò in quanto, sulla base degli stessi parametri individuati e ribaditi dalla Cassazione, un interesse potrebbe in astratto ricorrere anche se l'incarico fosse gratuito e, al contempo, l'assenza di un interesse patrimonialmente significativo sarebbe comunque riscontrabile nell'ufficio oneroso là dove, oltre all'aggravio del regime di responsabilità, i criterî di quantificazione del compenso siano tali da renderne oggettivamente incerta la percezione sia nell'*an* sia nel *quantum*.

LUIGI NONNE

[48] Proprio a questo proposito R. MARINI, *Gratuità e onerosità nell'ufficio di esecutore testamentario: note critiche su taluni aspetti dell'ufficio di esecutore testamentario*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, pp. 1081-1087, alla p. 1082, precisa come la retribuzione di cui all'art. 711 c.c. possieda una funzione non solo compensativa dell'attività dell'esecutore, ma anche, pur se indirettamente, eliminativa della possibile rinuncia (dell'esecutore) all'ufficio affidatogli.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

Abstract

Il principio di diritto seguito dalla Corte di Cassazione, secondo il quale in presenza di una remunerazione sussiste di per sé l'interesse del notaio alla propria nomina come esecutore testamentario, dal che consegue la relativa responsabilità disciplinare *ex* art. 28, n. 3, della legge notarile, non pare né sistematicamente né funzionalmente sostenibile. Infatti, sulla base degli stessi parametri individuati e ribaditi dalla Cassazione, un interesse potrebbe in astratto ricorrere anche se l'incarico fosse gratuito e, allo stesso tempo, l'assenza di un interesse patrimonialmente significativo sarebbe comunque riscontrabile nell'ufficio oneroso là dove, oltre all'aggravio del regime di responsabilità, i criterî di quantificazione del compenso siano tali da renderne oggettivamente incerta la percezione sia nell'an sia nel quantum.

The principle adopted by the Supreme Court, according to which from the fact that a consideration for the activity is provided implies an on the part of the notary for the appointment as executor of the testamentary will, with the connected disciplinary liability under Article 28(3) of the Notary Law, does not appear to be systematically correct. In fact, on the basis of the same parameters identified by the Supreme Court of, an interest could in principle exist even if the appointment is without consideration. At the same time, the lack of a patrimonial interest could in any event be affirmed in the appointment for consideration, where the criteria for determining such considerqtion make the potential payment objectively uncertain both in the amount and in its terms and conditions.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-15nonne

RILETTURE DEL PASSATO

Giovanni Cocco

NINO LEVI: FORMIDABILE E TRAGICA FIGURA DI PROFESSORE DI DIRITTO PENALE NEL VENTENNIO*

Introduzione alla rinnovata pubblicazione del saggio «Dolo e coscienza dell'illiceità nel diritto vigente e nel progetto»

Sommario: 1. Introduzione al rilievo scientifico e storico di Nino Levi. – 2. Le opere scientifiche. 3. Il politico liberal-socialista e antifascista. – 4. L'avvocato di larga fama e riconosciuta genialità. – 5. Il riconoscimento dei più importanti accademici dell'epoca. – 6. Qualche annotazione sul metodo scientifico utilizzato nel saggio pubblicato. – 7. Cenni sul contenuto del saggio. – 8. Conclusioni.

1. Vi sono diverse ragioni che giustificano la ristampa dell'importante lavoro di Nino Levi[1], *Dolo e coscienza dell'illiceità nel diritto*

* Il saggio è dedicato al monitorio ricordo dell'assassinio di Giacomo Matteotti, di cui ricorre il centenario, e si trova a raccontare una storia di pluralismo e universalismo nei rapporti scientifici e culturali, precondizione per la caduta dei pregiudizi alimentati da settarismo e ignoranza e generanti i conflitti. Una storia non certamente di neutralità, ma di superiorità della scienza, della cultura e dell'umanità su faziosità e conflitti dettati dai regimi politici. La vicenda di Nino Levi evidenzia la apertura istituzionale, culturale e personale di alcuni (per non dire gran parte degli) accademici aderenti al regime fascista nei suoi confronti e la generosa accoglienza da parte della comunità scientifica statunitense degli studiosi ebrei in esilio. Fatti che oggi meritano di essere ricordati non tanto per elogiarne i protagonisti, quanto per deprecare le sempre attuali sollecitazioni, per lo più motivate da accattivanti quanto inconsistenti ragioni superiori, alla rottura dei rapporti scientifici e culturali con persone e istituzioni scientifiche, indipendenti da regimi e governi, in odio ai nemici d'occasione o sempiterni.

[1] Nino Levi nacque a Venezia il 7 luglio 1894, nel 1928 – anno della pubblicazione del saggio riprodotto – aveva dunque 34 anni e una vita già intensamente vissuta.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

vigente e nel Progetto, pubblicato quasi un secolo fa nelle pagine di questa stessa rivista *Studi Economico-Giuridici*, vol. XVI (1925-1927), Cagliari 1928, quale parte importante di un volume dedicato a studi critici sul progetto del nuovo codice penale, che lo stesso Levi, divenuto professore straordinario a Cagliari nel 1926, presentò nella qualità di direttore dell'Istituto Economico-giuridico. Volume contenente anche i contributi del futuro Presidente della Repubblica italiana, Antonio Segni, sui rapporti tra processo civile e codice penale; di uno degli studiosi più eminenti della medicina legale italiana del Novecento, Giorgio Benassi, in quegli anni professore a Cagliari[2]; nonché del penalista Mauro Angioni[3] sulle circostanze e del civilista Marcello Marcello sul titolo X del progetto.

In primo luogo, oltre alla importanza del saggio[4], va sottolineata la levatura scientifica di Nino Levi, figura certamente di primo piano

[2] Giorgio Benassi (1882-1968), allievo di Lorenzo Borri, a Cagliari dal 1924 (straordinario dal 1927 e ordinario nel 1930) fino a 1933, insegna a Medicina e Giurisprudenza e dà impulso all'istituto di medicina legale, conclude la sua carriera a Bologna dove dirige l'Istituto di medicina legale dal 1935 al 1952. Oltre al lavoro *Osservazioni medico-legali sul progetto (di codice penale)*, in *Studi economico-giuridici*, vol. XVI (1925-1927), Cagliari, 1928; pubblica in *Studi economico-giuridici*, vol. XVIII-XIX (1930-1931), *Osservazioni medico-legali sul testo definitivo del codice penale*, e in *Studi economico-giuridici*, vol. XX-XXI (1932-1933), *La riforma della legge sugli infortuni*.

[3] Mauro Angioni (1880-1969), formatosi nell'ateneo cagliaritano, è libero docente e, nell'arco di diversi decenni della prima metà del Novecento, viene investito di incarichi per l'insegnamento del diritto penale nello stesso ateneo. Avvocato e politico, è uno degli esponenti di punta del partito dei combattenti – da cui poi nasce il partito sardo d'azione – nelle cui fila viene eletto nel 1919 alla Camera dei deputati, per poi iscriversi al partito nazionale fascista di cui diviene influente esponente locale, oltre ad essere un importante massone. Non riesce a divenire professore straordinario e poi ordinario, in particolare nel concorso nell'Università di Cagliari chiusosi nell'ottobre 1933, pur giudicato maturo, gli vengono preferiti Biagio Petrocelli, Raoul Frosali e Arturo Santoro, da una commissione composta da Ugo Conti Sinibaldi, Vincenzo Manzini, Arturo Rocco, Giuseppe Maggiore e Filippo Crispigni. In definitiva la sorte concorsuale di Angioni è in qualche misura opposta a quella di Levi. Il primo fascista non ottiene la cattedra, pur con valide pubblicazioni, il secondo invece la ottiene, indubbiamente di qualità eccellenti ma antifascista: evidentemente la accademia italiana di quegli anni, aderente in buona parte al fascismo, ha un'alta considerazione della propria autonomia rispetto alla politica.

[4] Alfredo De Marsico (Aldo Dems), *Nino Levi*, in *Arch. pen.*, vol. 2. fasc. 3-4, 1946, 160, che di Levi è amico nonché profondo conoscitore dell'opera scientifica,

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

tra gli studiosi e i professori di diritto penale della prima metà del Novecento. Lo conferma la stessa esperienza nell'importante ateneo cagliaritano (università di prima classe dal 1902 e poi classificata di serie A dalla riforma Gentile del 1926), che – diversamente da quella di altre personalità, pur prestigiose, che vi ricoprirono la cattedra di diritto penale – è particolarmente significativa per quanto solamente triennale, come è dimostrato anche dal ruolo conseguito di direttore dell'istituto economico-giuridico e dall'importante e poderoso contributo *de quo* che Levi pubblica negli studi dell'Istituto e ha risonanza nazionale tra i colleghi[5].

Nino Levi si laurea a Pavia nel maggio 1915 e poco meno di un decennio dopo ottiene incarichi di insegnamento del diritto amministrativo nella Università Bocconi di Milano[6] e per le esercitazioni di diritto penale nella Università statale di Milano, all'epoca di recentissima fondazione.

Nel 1926 Levi entra nella terna vincente del concorso per professore non stabile (straordinario) di diritto e procedura penale presso l'Università di Bari[7]. La commissione è composta da Alessandro Stoppato[8], presidente, Vincenzo Manzini[9], Edoardo Mas-

definisce l'ampio saggio monografico che ripubblichiamo «una monografia da cui nessuno studioso potrà prescindere». Ritorneremo sull'opera negli ultimi paragrafi.

[5] Giuliano VASSALLI, *Giacomo Delitala*, in *Giust. pen.*, LXXVIII (1973), I, c. 175 ss., ora in *Diritto penale del XXI secolo*, VII (2008), 2, 157 ss., di Nino Levi ricorda, tra l'altro, la brillante esperienza universitaria in Sardegna (v., *infra*, § 5, n. 101).

[6] Sul periodo bocconiano si veda ampiamente, *infra*, il § 3.

[7] V. *Relazione della commissione giudicatrice del concorso per professore non stabile alla cattedra di diritto e procedura penale della R. Università di Bari*, in *Ministero della pubblica istruzione. Bollettino Ufficiale*, II, *Atti dell'amministrazione*, 1927, 294 ss., da cui riprendo i giudizi.

[8] Alessandro Stoppato (1858-1931), libero docente a Padova, professore ordinario a Bologna, esponente della destra liberale, prima deputato e membro della commissione d'inchiesta sui fatti di Caporetto, poi senatore a vita dal 1920. Avvocato di chiara fama, protagonista di una intensa attività umanitaria, aderisce alla scuola classica con profili originali ed è certamente fermo oppositore delle teorie positivistiche (cfr. voce *Alessandro Stoppato*, Treccani, 1932). Alfredo De Marsico (A. DE MARSICO (Aldo DEMS), *Nino Levi*, in *Arch. pen.*, vol. 2. fasc. 3-4, 1946, 158 ss.; v., *infra*, § 5, n. 107) avvicina Levi, come studioso, alla figura di Stoppato, il che lo interpreto, essendo ambedue concorrenti nel concorso di Bari e in stretti rapporti, nel senso che Stoppato ha un ruolo significativo per l'affermazione di Levi in quel concorso.

[9] Vincenzo Manzini (1872-1957), uno dei più noti e prestigiosi penalisti della

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

sari[10], Michele Barillari[11] e Giulio Battaglini[12]. Una commissione, dunque, ben lontana ideologicamente da Levi, esponente socialista di primo piano. Undici i concorrenti[13], la commissione chiude i lavori il 21.11.1926, ritenendone maturi cinque[14], Nino Levi entra nella terna vincente[15] e giunge secondo dopo Alfredo De Marsico[16], terzo Marcello Finzi[17].

---

prima metà del Novecento, all'epoca professore ordinario a Padova. Vicino alle posizioni fasciste, tra l'altro si esprime favorevolmente sull'arringa di Farinacci a difesa degli assassini di Matteotti pubblicata con una sua prefazione.

[10] Eduardo Massari (negli atti pubblicati risulta Edoardo) (1874-1933), all'epoca ordinario a Napoli. Della scuola napoletana dei Rocco e vice presidente della commissione di riforma del codice penale.

[11] Michele Barillari (1872-1965), filosofo del diritto e costituzionalista, docente a Cagliari dal 1915 al 1918, all'epoca ordinario a Bari. Di formazione cattolica e di idee progressiste.

[12] Giulio Battaglini (1885-1961) in quegli anni ordinario a Pavia e incaricato nell'Università cattolica di Milano. Vicino alle posizioni fasciste.

[13] Guglielmo Sabatini, Marcello Finzi, Giovanni Battista De Mauro, Giulio Paoli, Alfredo De Marsico, Domenico Alberto Tolomei, Wolfango Valsecchi, Enrico Romano Di Falco, Nino Levi, Francesco Magri, Alfonso Tesauro.

[14] Finzi, Paoli, De Marsico e Levi all'unanimità, Sabatini tre a due.

[15] Sabatini è escluso all'unanimità, Finzi e De Marsico sono ammessi all'unanimità, Levi supera tre a due Paoli. De Marsico è primo con un voto contrario (è immaginabile da parte di uno dei commissari non fascisti: Barillari?), Levi è secondo con una sola astensione (giudicata poi illegale, ma ininfluente, dal Consiglio superiore della P.I.), dunque senza alcun voto contrario. Curiosamente Levi, che ha meno voti di Finzi per entrare nella terna, lo supera nella votazione della graduatoria finale; infatti, un commissario che preferisce Finzi nella inclusione nella terna preferisce Levi per la graduatoria (voto giudicato poi illegale, ma ininfluente, dal Consiglio superiore della P.I.).

[16] La vita accademica di Levi si incrocia nell'occasione con quella di Alfredo De Marsico (1888-1985), che passa da Cagliari a Bari, mentre Levi viene chiamato a Cagliari. Alfredo de Marsico, avvocato di chiara fama e parlamentare fascista, conclude la carriera accademica alla Sapienza di Roma nel dopo guerra; ministro della giustizia nel 1943, in qualità di membro del Gran consiglio del fascismo vota (e concorre a predisporre) l'ordine del giorno Grandi che determina l'arresto di Mussolini e per questo viene condannato a morte dai tribunali fascisti.

[17] Anche Marcello Finzi, come Levi, è ebreo e subisce gli effetti delle leggi razziali mentre è docente a Modena, deve pertanto emigrare in Argentina.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

Significativo il giudizio su Levi: «Libero docente di diritto e procedura penale nella R. Università di Milano e incaricato delle esercitazioni di diritto e procedura penale nella università stessa. La maggioranza della Commissione ha ritenuto ch'egli occupi una posizione assai rilevante fra coloro che partecipano all'attuale concorso, per ingegno, consapevolezza scientifica, rigore di metodo, padronanza diretta della letteratura straniera. Il suo lavoro su "La parte civile" e ancor di più quello più recente su "La frode in commercio" assumono una importanza cospicua nella nostra letteratura giuridica per forza dialettica e per criterio equilibrato. Da tali lavori si può arguire che Levi, continuando a dedicarsi alla scienza, potrà diventare di questa una forza sempre più viva»[18]. Va evidenziato che Levi all'epoca ha trentadue anni e ha già una intensissima attività politica e professionale alle spalle[19], che tuttavia non gli impedisce di dedicarsi ad approfonditi studi scientifici, come riconosce una commissione non certo a lui politicamente vicina. Del giudizio merita una sottolineatura, in particolare, il riferimento alla padronanza diretta della letteratura straniera: Levi nelle sue opere mostra, infatti, conoscenza della letteratura francese e tedesca, nonché, circostanza non usuale all'epoca, anche della letteratura inglese, seppure solo occasionalmente nei testi giuridici[20].

A seguito di concorso viene nominato, dal 1° gennaio 1927, professore non stabile (straordinario) di diritto e procedura penale, per un triennio solare, nell'Università di Cagliari[21]. Consegue la sta-

[18] Prosegue il giudizio: «Uno dei commissari ha fatto notare che il Levi si è cimentato sinora in temi troppo particolari e specifici, in modo da non attestare una visione ampia della scienza ch'egli professa. Qualche altro commissario poi ha rilevato che nel libro recente su "La frode in commercio" vi è qualche sproporzione fra la parte relativa all'indagine storica, che pur ha valore di ricerca diligente e personale, e la parte costruttiva e dogmatica».

[19] Tratteggiata, *infra*, nei §§ 3 e 4.

[20] Tra le opere politiche di Nino Levi vi è la traduzione dall'inglese del volume di uno dei fondatori del partito laburista, James Ramsay MacDonald, *A Policy for the Labour Party*, London, 1920 (*Direttive politiche per il Partito del lavoro*, Alpes, 1924).

[21] Traggo le notizie da *Ministero della pubblica istruzione. Bollettino Ufficiale*, II, *Atti dell'amministrazione*, 1927, 465. Per la curiosità, lo stipendio è di 16.000 lire annue più un supplemento di servizio attivo di 4.200 lire annue.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

bilizzazione (ordinariato) il 20 febbraio 1930[22], essendo ormai incardinato nell'Università di Catania, con un giudizio all'unanimità di una commissione presieduta da Vincenzo Manzini, che ne è anche il relatore, e composta da Edoardo Massari e Giulio Battaglini[23], tutt'e tre già componenti della commissione barese. La commissione dà atto che Levi ha svolto quasi interamente il suo insegnamento presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Cagliari, dove «tanto nell'insegnamento, quanto in altri incarichi a lui affidati, ha dimostrato di unire, alle migliori qualità di studioso, quelle dell'insegnante appassionato ed efficace». Eccellente il giudizio sulla produzione scientifica, Levi presenta ben undici pubblicazioni nel triennio dando «mirabile prova d'ininterrotta attività scientifica». Tre le opere di Levi su cui la commissione si sofferma per l'importanza, la prima è quella che si ristampa, definita dalla relazione «studio largo e profondo di uno dei più fondamentali argomenti della scienza del diritto penale, condotto con rara acutezza e precisione e col sussidio di una vastissima cultura anche nelle letterature straniere». Sono poi specialmente valutate le monografie: *In tema di diritto penale internazionale*[24] e *Delitti contro la pubblica amministrazione*[25], nonché i

[22] V. Relazione della commissione esaminatrice dei titoli presentati per conseguire la promozione a stabile dal prof. Nino Levi, in *Bollettino Ufficiale del Ministero dell'educazione nazionale*, II, *Atti dell'amministrazione*, 1930, 1014.

[23] Una commissione, dunque, oltre che indubbiamente prestigiosa, interamente composta da professori vicini al regime, ancor più apprezzabili dunque le parole di particolare elogio per l'opera scientifica di Levi. Dovremmo imparare dalla assenza di faziosità di quelle personalità.

[24] Per la commissione: «Lavoro pregevolissimo anche per la esatta impostazione delle questioni». Non ho rinvenuto l'opera (non è presente nella Biblioteca centrale giuridica presso la Corte di cassazione), ritengo trattarsi della provvisoria dell'opera poi pubblicata postuma (pur non del tutto completata anch'essa) dal titolo *Diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 1949.

[25] Il volume *I delitti contro la pubblica amministrazione nel diritto vigente e nel progetto*, Roma 1930, per la commissione «costituisce una vasta e accuratissima trattazione d'una delle più ardue materie della parte speciale del diritto penale, che presuppone una profonda conoscenza anche del diritto amministrativo della quale il Levi dà prova, manifestando sempre quelle cospicue qualità d'ingegno, di serietà, di ottimo senso giuridico, che caratterizzano tutta la sua produzione». A questa opera fece seguito, sul nuovo codice, la più nota ed ancora citata *Delitti contro la pubblica amministrazione titolo 3. del libro 2. del Codice Penale*, Milano, Vallardi, 1935.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

vari lavori sulla riforma del codice penale[26]. Concludendo che in «nessun modo migliore il prof. Levi avrebbe potuto soddisfare a quelle speranze che la nostra scienza aveva tratto dal suo forte ingegno e dalla sua fervida passione sin dall'inizio della carriera».

2. L'alto livello scientifico di Levi emerge, d'altra parte, dall'esame diretto della imponente mole di lavori scientifici. In primo luogo, lo studio monografico riproposto sull'oggetto del dolo[27], di evidente interesse scientifico per l'acribia e l'acume critico con cui l'autore esamina tutte le tesi contrastanti con le scelte legislative oggetto di puntuale "rendicontazione" (è proprio il caso di dire)[28]. Ma, ancor più, di peculiare importanza storica[29] vista l'epoca in cui viene scritta, gli anni duri della conquista del potere da parte del fascismo, di cui Levi subisce personalmente gli effetti[30], e l'oggetto, ovvero la riforma penale "fascista", la cui natura e qualità possiamo misurare attraverso il commento su un tema nevralgico di uno studioso oppositore del regime[31].

---

[26] Per la commissione: «tali da fornire veramente pregevoli alla riforma medesima».

[27] La cui collocazione negli *Studi economico-giuridici* ne ha forse impedito una più diffusa conoscenza, soprattutto in tempi più recenti, ma non quella degli specialisti della materia.

[28] Riprendo le parole di De Marsico, *Nino Levi*, cit., 160, che lo definisce «forse il lavoro di più ampia informazione scientifica e di più ordinata sintesi storica per chi, ripensando al complesso rapporto tra dolo e inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, voglia decidersi fra le tre soluzioni possibili: la finzione, la presunzione o la imposizione della conoscenza come dovere civico».

[29] Forse non compresa dagli storici che si sono occupati di Nino Levi, che talvolta addirittura omettono di ricordare il lavoro.

[30] Cfr., *infra*, § seg.

[31] Si può anticipare che, in definitiva, il lavoro di Levi sembra confermare quanto testimonia la stessa lunga vita del codice, il quale, sebbene non sia del tutto alieno da significativi interventi autoritari (per tutti, nella parte generale, la previsione del tentativo), pare sostanzialmente in continuità con il codice Zanardelli e con il dibattito scientifico che ne segue, senza una significativa *fascistizzazione* dello stesso. Per tutte, significativa seppur interessata, la testimonianza di uno dei suoi principali autori, V. Manzini, *Trattato di Diritto penale italiano*, Torino, Utet, vol. I, 1948, 74: «Ancorché emesso in regime fascista, il Codice del 1930 mantiene fede ai principî di quello del 1889, e di disposizioni ispirate a idee o a interessi fascisti ne

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

Tra le più importanti opere, inoltre, vanno evidenziate le precedenti monografie, su temi per certi versi meno coinvolgenti valutazioni "politico-criminali"[32], che ne giustificarono la cattedra e che ancora oggi costituiscono un significativo punto di riferimento per gli studi in tema: *La parte civile nel processo penale italiano*, 1ª ed., Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1925, di cui una edizione relativa al nuovo codice di rito fu edita a Padova, Cedam, 1936; e *La frode in commercio*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1926. Successiva all'esperienza cagliaritana, una opera fondamentale ancora oggi utilizzata dalla letteratura italiana in materia: *Delitti contro la pubblica amministrazione titolo 3. del libro 2. del codice penale*, 1935, pubblicata nella quarta edizione, rinnovata in conformità al codice penale italiano vigente, del *Trattato di diritto penale* edito da Vallardi, coordinato da Eugenio Florian[33]. Infine, postuma: *Diritto penale internazionale*, Milano, A. Giuffrè, 1949, ma scritta circa un decennio prima, che costituisce il primo ampio contributo monografico all'approfondimento scientifico della materia[34], ampiamente citata anche nella letteratura internazionale.

---

contiene ben poche, nella parte speciale», non ché quella di De Marsico, che proprio in esordio del ricordo di Levi (op. loc. cit., 138), primo di una serie di profili, volti a fare l'inventario della scienza penalistica nel momento immediatamente successivo la fine del regime fascista, afferma che «lo svolgimento del programma porterà, credo, come è stato già avvertito, a riconoscere, che nel cantiere del diritto penale gli artefici migliori, nell'ultimo ventennio, ebbero l'occhio rivolto più ai principi del diritto sottostanti a qualunque regime che ai caratteri o bisogni contingenti di quel periodo storico».

[32] In linea con quanto ritengo debba essere la formazione scientifica anche del penalista contemporaneo che, prima di affrontare le tematiche politico-criminali, deve dimostrare di avere una solidissima preparazione dogmatica, l'unica che in effetti consente di vedere in filigrana la matrice ideologica delle norme esistenti e di quelle proposte e che costituisce un antidoto alle superficiali letture ideologiche. Tradizione scientifica italiana che mi pare si vada perdendo in questi ultimi anni, in cui si propongono ricostruzioni storiche e politico-criminali, pur interessanti ma che non possono dare piena dimostrazione della maturità degli autori per la ragione detta.

[33] Autori delle distinte monografie Enrico Altavilla, Dante Angelotti, Agostino Berenini, Eugenio Florian, Nino Levi, Giovanni Lombardi, Mario Manfredini, Guglielmo Sabatini e Adolfo Zerboglio.

[34] Lo sottolinea G. VASSALLI, *Alfredo De Marsico* (Commemorazione tenuta in

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

Di rilievo anche la partecipazione al primo volume del commentario diretto da Ugo Conti Sinibaldi[35], *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, in cui Levi commenta i primi tre titoli del Libro I[36], con la collaborazione di alcuni tra i più importanti penalisti dell'epoca: il già citato Alfredo De Marsico, Eugenio Jannitti Piromallo, Guglielmo Sabatini, Ottorino Vannini, Adolfo Zerboglio. A cui vanno aggiunte numerose opere, per così dire, minori[37].

Sala Consilina, città natale di Alfredo de Marsico, il 25 maggio 1986), in *Arch. pen.*, 1986, 159 (ove parla di Levi e di de Marsico nei rapporti con il primo).

[35] Ugo Conti Sinibaldi (1864-1942), agli inizi del Novecento docente a Cagliari, in particolare autore di *Diritto penale e suoi limiti naturali*, complessivamente di oltre 160 pagine, pubblicata nel corso di diversi anni sulla rivista *Studi economico-giuridici* (vol. III [1911], parte terza; vol. V [1913], parte I; vol. VI [1914], parte I). Concluse la sua carriera accademica a Pisa dove fu anche preside della Facoltà di giurisprudenza.

[36] Di cui particolarmente apprezzate le pagine sulla causalità (v. De Marsico, *Nino Levi*, cit., 163).

[37] Propongo di seguito – non certo della sua completezza con riferimento alle opere minori, ma comunque molto accurata – la bibliografia giuridica di Nino Levi, utilizzando, in particolare, ma non solo, i testi presenti nel catalogo della Biblioteca centrale giuridica presso la Corte di Cassazione: *Rivendicazione presso il terzo possessore di buona fede di cosa mobile proveniente da delitto*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XVIII, 1921, n. 11-12 I, 673; *Lezioni sugli enti locali territoriali*, Tipo litografia Tenconi, 1922; *Diritto amministrativo. Lezioni*, Tipo litografia Tenconi, 1924; *Contributo alla nozione di parte lesa*, estratto Società modenese 1924 (in *Arch. Giuridico Serafini*, XCI, fasc. 2); *La parte civile nel processo penale italiano*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1925; *Costituzione di parte civile contro l'imputato di violenza carnale in persona della moglie*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925; *Sulla natura del reato di frode nella consegna (Art. 295 C.P.)*, Matti, 1925; *La frode in commercio*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1926; *Perito revisore di perizia individuale*, in *Rassegna penale*, 1928, 341; *In tema di tentativo di subornazione*, in *Scuola pos.* 1928; *Dolo e coscienza dell'illiceità nel diritto vigente e nel Progetto*, in *Studi Economico-Giuridici*, vol. XVI, Cagliari, 1928; *I reati del capo 5. titolo 6. del codice penale nelle disposizioni corrispondenti del progetto*, Tipografia Industriale, 1929; *Statistica criminale riforma della legislazione penale*, in *Studi in onore di Enrico Ferri per il cinquantesimo anno di suo insegnamento universitario*, Unione tipografico-editrice torinese, 1929, 267 ss.; *I delitti contro la pubblica amministrazione nel diritto vigente e nel progetto*, Roma, Società Editrice del Foro italiano, 1930; *Il curatore di fallimento pubblico ufficiale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1930, n. 12; *Reati perseguibili eccezionalmente a querela di parte e fatti di riconciliazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, I, 309; *La responsabilità per bancarotta del socio non*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

Nino Levi si misura, pertanto, evidenziando una notevole ampiezza di interessi, con temi nevralgici della parte generale del diritto penale: i rapporti tra diritto (e procedura) civile e diritto (e procedura) penale, la causalità, l'elemento soggettivo del reato, l'imputabilità, il diritto penale internazionale; nonché con tematiche di parte speciale, in particolare i reati contro la pubblica amministrazione, e di diritto penale commerciale.

---

commerciante di una collettiva, in *Il foro della Lombardia*, 1932, n. 12; *Questioni di retroattività di competenza sulla Legge 25 novembre 1926, n. 2008*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1932, n. 6; Tempus commissi delicti, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1933, n. 4; *Recensione a* Francesco Carnelutti, Teoria generale del reato, in *Temi emiliana*, 1933, n. 6; *Delitti contro la pubblica amministrazione titolo 3. del libro 2. del Codice Penale*, Milano, Vallardi, 1935; *L'art. 857 n. 3 Cod. comm. e l'inadempienza al concordato preventivo*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1935, II, n. 3-4; *Restituzioni*, in *Rivista di diritto privato*, 1935, n. 3-4; *In tema di reati commessi all'estero*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1935, n. 4); *La pubblicazione delle sentenze a spese della parte soccombente*, Milano, Vallardi, rist. 1935; *Errore sui presupposti del fatto e sottrazione di cose pignorate*, Tipografia sociale torinese, 1936; *Concetto di appartenenza e tutela penale del patrimonio*, in *Riv. pen.*, 1935, fasc. 1-5; *Malversazione del curatore*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1936, II, n. 5-6; *La parte civile nel processo penale italiano*, Padova, Cedam, 1936; *Inabilitazione all'esercizio di uffici amministrativi*, Tipografia delle Mantellate, 1936; *La costituzione in carcere del latitante agli effetti dell'ammissibilità dell'impugnazione*, in *Scuola positiva, rivista di diritto e procedura penale*, 1936, n. 5-6; *La sanzione applicabile nel caso di abusivo esercizio della professione sanitaria*, in *Foro it.*, 1936, II; *In tema di vendita di cocaina in polvere da parte dei farmacisti*, in *Foro it.*, 1936, II; *In tema di costituzione di parte civile*, V. Caputo, 1937; *Ancora in tema di illiceità speciale*, in *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Napoli, Casa editrice Dott. E. Jovene, 1938; *Imputabilità*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1938; *Appartenenza (diritto penale)*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1938 (voce del *Nuovo digesto italiano*, I); *Capacità d'intendere e di volere*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1938 (voce del *Nuovo digesto italiano*, II); *Parte civile*, Milano, F. Vallardi, 1938; *Infermità di mente (diritto penale)*, Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1938 (voce del *Nuovo digesto italiano*, VI); *Presenza nel territorio dello Stato e art. 22 del trattato del Laterano*, in *Riv. pen.*, 1938, fasc. 9, 1131; *Contributo alla nozione di parte lesa*, in *Archivio giuridico*, vol. XCI, 1939, fasc. 2. Postumi: Locus commissi delicti, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, 15; *Diritto penale internazionale*, Milano, A. Giuffrè, 1949 (peraltro di stesura risalente a un decennio prima). Nonché l'opera collettanea, A. De Marsico, E. Janniti Piromallo, N. Levi, G. Sabatini, O. Vannini, A. Zerboglio, *Il codice penale illustrato articolo per articolo* (diretto da Ugo Conti), vol. I, Società editrice libraria, Milano, 1934.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

Il riconosciuto rilievo scientifico è confermato dalla sua partecipazione alla direzione delle riviste *Rivista italiana di diritto penale*[38] e *Rivista penale*[39], tra le più importanti dell'epoca. È inoltre collaboratore del *Foro italiano*. Significativa anche la collaborazione con riviste non penalistiche, ma contenenti materiali anche penalistici, in particolare la *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*[40], in cui trovano collocazione diversi suoi scritti.

Infine, relativamente all'attività scientifica statunitense, in seguito all'esilio dovuto alle leggi razziali, non più strettamente penalistica, ma di carattere prevalentemente criminologico e internazionalistico, ho notizia della collaborazione al volume di Jerome Michael e Herbert Wechsler, *Criminal Law and Its Administration: Cases, Statutes, and Commentaries*, Foundation Press, 1940[41], nonché della pubblicazione dei saggi: *Internal structure and international order*, in *Social Research: An international quarterly* (edita da New School for Social Research), marzo 1941[42], e *For a mediterranean federation*, in *Quaderni italiani*[43], vol. I, Boston, gennaio 1942, pp. 51-53[44]. Que-

[38] Rivista (di cui è erede la rivista italiana di diritto e procedura penale) diretta da Arturo Rocco e Vincenzo Manzini, alla quale il Guardasigilli riconobbe il merito della «riforma fascista», nel superamento dei «fardelli» contrapposti, «esagerazioni liberali» e «fatalità del delitto» (Art. Rocco, V. Manzini, *Ai lettori*, «Rivista di diritto penale», 1929, pp. 3-6).

[39] Nino Levi è nominato direttore della terza serie della rivista fondata da Luigi Lucchini nel 1874, per scomparire dal frontespizio della rivista a partire dal novembre 1938 (cfr. S. Falconieri, *I decreti antiebraici nei periodici giuridici italiani (1938-1943)*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich (cur.), *Leggi razziali. Passato/Presente*, Roma-Tre Press, 2015, 52).

[40] Rivista fondata nel 1903 da Cesare Vivante e Angelo Sraffa, con quest'ultimo Levi ebbe rapporti in occasione del suo insegnamento nell'Università Bocconi (v., infra, § 3, nn. 75 ss.).

[41] Con una nota in tema di *criminal conspiracy*, di cui evidenzia l'analogia con la associazione per delinquere (p. 639 n. 4), e più ampiamente in tema di *Insanity* (p. 856).

[42] Tratta temi di diritto internazionale e della guerra.

[43] Rivista fondata a Boston da A. Garosci, E. Tagliacozzo, R. Poggioli e B. Zevi, con l'idea di continuare l'opera dei *Quaderni di Giustizia e Libertà* pubblicati in Francia da Carlo Rosselli.

[44] Ora in Walter Lipgens, Istituto Universitario europeo-Badia Fiesolana. *Documents on the History of European Integration*, vol. 2: *Plans for European Union in*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

st'ultimo preconizza una federazione dei Paesi del Mediterraneo e costituisce con ogni probabilità l'ultimo saggio di Levi prima della prematura scomparsa[45]. Va anche ricordata la recensione di Levi al volume di Luciano Elmo, *La condizione giuridica degli ebrei in Italia (1939)*, in *Jewish social studies*, New York, jan. 1941, vol. 3, 108-109.

3. Nel tratteggiare la figura di studioso di Nino Levi ha un significato importante evidenziarne le idee e l'impegno politico, in verità di così eccezionale rilievo da meritare una trattazione a sé stante[46]. Infatti, pur trattandosi di profili raramente rilevanti con riferimento all'attività scientifica degli autori contemporanei, paiono invece di sicuro interesse con riferimento all'epoca dittatoriale nella quale si svolse pressoché integralmente l'attività scientifica e accademica di Levi, giacché consentono di verificare se e come idee politiche e attività scientifica abbiano interagito. In particolare, è interessante valutare due aspetti: da un lato, la eventuale incidenza delle posizioni politiche sul metodo scientifico e le tesi accolte, considerato il momento storico e le riforme all'epoca attuate; dall'altro, l'influenza

Great Britain and in Exile 1939-1945, De Gruyter Berlin-New York, 1986, 510 (doc. 192).

[45] La rivista gli dedica una breve biografia in inglese così descrivendolo: Nino Levi, nato a Venezia nel 1894, è stato un militante rivoluzionario nel movimento socialista. Durante la Prima guerra mondiale è stato un fervente neutralista, ritenendo che la missione dell'Italia fosse quella di formare un blocco di paesi neutrali che potessero formulare un programma di pace costruttivo. Negli anni 1912-22 [*recte* 1920-22] fu a capo della amministrazione socialista della Provincia di Milano; dopo l'assassinio di Matteotti nel 1924 gli successe come rappresentante dell'Italia nell'Internazionale socialista. Ebbe asilo negli USA a causa della persecuzione razziale e politica, dove, con Salvemini, fu tra i fondatori della *Mazzini Society*. Anche la rivista *International Science*, I, vol. 1, New World Club, New York 1941, ricorda Levi: *In memoriam Nino Levi*.

[46] Non sono evidentemente uno storico della politica, ma affrontando la preparazione di questo saggio, che doveva essere di carattere giuridico, sono stato attratto dall'affascinante complessiva vicenda personale di Levi e ne ho constatato l'assenza di un adeguato approfondimento, il che mi ha indotto a raccogliere con la dovuta cura quante più informazioni possibili sul suo impegno politico e storia personale, anche per essere di stimolo agli storici, in particolare ai più giovani, per ricostruire adeguatamente una personalità che appare di eccezionale rilievo ed è ingiustamente dimenticata.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

delle posizioni politiche di Levi nelle relazioni accademiche e, dunque, misurare il pluralismo delle idee nella comunità scientifica dei penalisti in epoca fascista, ovvero la resistenza della stessa comunità alla faziosità politica, in un contesto certo molto difficile per la università italiana, testimoniato – come vedremo – dalla stessa prima esperienza di Nino Levi nell'Università Bocconi di Milano oltre che in altre vicende non accademiche.

La storia personale di Nino Levi è particolarmente interessante e significativa. La sua vicenda politica inizia, giovanissimo diciottenne, nelle prigioni milanesi dove viene rinchiuso nel 1912 quale vivace esponente della gioventù socialista[47]; collabora, diciannovenne studente universitario a Pavia[48], a *Utopia. Rivista quindicinale del socialismo rivoluzionario italiano* (1913-1914)[49], diretta da Benito Mussolini, all'epoca direttore anche del quotidiano socialista *Avanti!*.

[47] V. G. Isola, *Nino Levi*, in *Il movimento operaio italiano. Dizionario biografico*, 1853-1943, a cura di F. Andreucci e T. Detti, Roma, Riuniti, 1977, vol. III, 110 s.

[48] L'uomo è molto precoce sotto ogni punto di vista, del 1913 è anche il suo primo figlio Livio Catullo, frutto di una relazione con una donna sposata più grande di lui e molto ricca, con cui legalizzerà in seguito il rapporto (Patrizia Guarnieri, Displaced scholars *in cerca di libertà e lavoro in America*, in P. Guarnieri (cur.), *L'emigrazione intellettuale dall'Italia fascista. Studenti e studiosi ebrei dell'Università di Firenze in fuga all'estero*, Firenze, 2019, 105).

[49] La rivista *Utopia* è riedita da *Feltrinelli reprint* con la presentazione di Renzo de Felice. Vi è un Nino Levi tra gli autori, definito in una nota della redazione compagno e amico, che direi essere proprio il nostro, del resto la genialità dell'autore universalmente riconosciuta e gli incarichi apicali avuti negli anni seguenti, ne evidenziano una storia molto importante nel movimento socialista milanese già giovanissimo. La sezione milanese del Partito socialista nomina delegati al congresso di Ancona dell'aprile 1914 tra gli altri Nino Levi e Benito Mussolini (v. C. Palmieri, *Mussolini e la massoneria 1914-1917. Contributo per una storia della libera muratoria in Italia*, Mimesis, 2019, n. 37). Dunque, Nino Levi ha una forte conoscenza personale ed è financo amico del Mussolini socialista, trasferitosi a Milano dopo la nomina all'Avanti nel 1912, che giustifica il noto incontro di un gruppo di socialisti milanesi con Mussolini nel 1934 di cui parlerò più avanti (v. alla fine di questo paragrafo), il che può ipotizzarsi essere una delle chiavi di lettura della tolleranza di cui Levi gode ad un certo livello nel Ventennio (ma non certo da parte della base fascista di cui è uno dei bersagli preferiti) (che del resto Mussolini ha notoriamente nei riguardi di Pietro Nenni), malgrado le sue posizioni politiche di oppositore al regime.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

Negli anni seguenti Levi si afferma come esponente di rilievo del movimento socialista rivoluzionario[50], prende parte alle manifestazioni contro la guerra "imperialista" prima del "Maggio radioso" (1915), in qualità di componente del comitato direttivo della sezione socialista milanese in cui è eletto nel dicembre 1913. Durante la guerra l'impegno politico tace e Levi si laurea e avvia la professione forense e i primi studi[51].

Nel dopo guerra, con la piena maturità, assume posizioni sempre più riformiste e copre anche significativi incarichi pubblici, in particolare appena ventiseienne diviene presidente della giunta esecutiva della Deputazione provinciale di Milano tra il 1920 e il 1922[52]. Partecipa nel 1922 alla fondazione – con Giacomo Matteotti, che ne diviene segretario, Filippo Turati, Giuseppe Emanuele Modigliani, Claudio Treves e Giuseppe Saragat[53] – del Partito socia-

[50] Nino Levi con Giuseppe Bianchi e Angelo Filippetti il 12.10.1920 pubblica su *Avanti! Edizione piemontese* una «dichiarazioni di principi» dei «rivoluzionari intransigenti», che si definiscono antiriformisti, in quanto marxisti, e anticomunisti (v. G. Isola, *Nino Levi*, cit., 111). Si tratta dei seguaci di Costantino Lazzari, il quale al Congresso di Livorno del 1921 capeggia una mozione nella quale confluiscono i riformisti (v. Luigi Cortesi, *Le origini del PCI: studi e interventi sulla storia del comunismo in Italia*, Franco Angeli, Milano, 1999, 239). In un ricorso contro un provvedimento disciplinare del 20.2.1925 di Giovanni Nicola ai dirigenti della Confederazione generale del lavoro, si legge – tra l'altro – «fui […] l'unico membro operaio (designato dalla C.E. della locale camera del lavoro) in seno al Comitato direttivo della Sezione Milanese del Partito Socialista coi rivoluzionari d'allora: Nino Levi, Filippetti, Veratti ed altri» (v. Comitato nazionale sindacale comunista, *L'unità sindacale. I comunisti contro la manovra scissionista dei riformisti confederali*, Milano, 1925, 49).

[51] V. G. Isola, *Nino Levi*, cit., 110 s.

[52] V. *Sito online* della Città metropolitana di Milano. Dimessosi nel 1922, per le violenze e pressioni fasciste, è rieletto consigliere del Comune di Milano nel dicembre 1922, in rappresentanza della minoranza dei socialisti unitari (v. G. Isola, *Nino Levi*, cit., 111).

[53] Giuseppe Saragat, Claudio Treves e Carlo Rosselli, a seguito dello scioglimento del P.S.U., a causa dell'attentato a Mussolini di T. Zaniboni, fondano il 29.11.1925 in clandestinità il Partito Socialista dei Lavoratori Italiani, nella direzione anche Nino Levi che si dimette perché nel direttivo della CGdL (v. Simone Neri Serneri, *Democrazia e stato: l'antifascismo liberaldemocratico e socialista dal 1923 al 1933*, Franco Angeli, 1989, 175) o, forse, per ragioni di cautela essendo la

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

lista unitario (P.S.U.), di ispirazione riformista (gradualista), nato dalla espulsione di Turati e i suoi dal partito socialista italiano, divenuto di ispirazione massimalista, per quanto Levi si consideri la sinistra del gruppo riformista, lavorando per la riunificazione dei due partiti socialisti[54]. Levi è anche uno dei principali ispiratori[55] del quindicinale *Libertà!*, della gioventù socialista, che ha come sottotitolo la frase di Marx ed Engels: «Alla società borghese, con le sue classi e con i suoi antagonismi di classe, subentrerà un'associazione nella quale il libero sviluppo di ciascuno sarà la condizione del libero sviluppo di tutti»[56]. Collabora, inoltre, alla rivista *Rivoluzione liberale* di Piero Gobetti[57].

È in stretti rapporti personali e politici, in particolare, con il liberal-socialista Carlo Rosselli[58], ambedue con incarichi accademici in Bocconi[59] ed insieme impegnati nella Università proletaria mila-

---

sua abitazione milanese oggetto di plurime incursioni da parte delle squadracce fasciste (v. G. Isola, *Nino Levi*, cit., 112).

[54] Nel congresso nazionale del marzo 1925 è eletto nel direttivo nazionale del PSU (v. G. Isola, *Nino Levi*, cit., 111-112).

[55] Unitamente a Roberto Veratti e Antonio Greppi.

[56] V. Luigi Rocca, *Carlo Rosselli*, Tesi di laurea in Filosofia Politica – A.A. 2001/02 – Relatore: Prof. Giovanni Giorgini, in *homolaicus.com*, in particolare il capitolo *Liberalismo socialista*.

[57] In particolare, a *Rivoluzione liberale*, Anno III, n. 13-14, 25.3.1924, intitolato *Che cos'è l'Inghilterra*.

[58] Colpisce, tra l'altro, che nella relazione di Nicola del Corno, *Cultura e impegno civile negli Anni Venti. Carlo Rosselli a Milano*, presentata al Convegno di studi: *Carlo Rosselli. Gli anni della formazione e Milano*, tenutosi presso l'Università Luigi Bocconi il 26.9.2007, tra le relazioni di Carlo Rosselli a Milano, la più ampiamente descritta è proprio quella con Nino Levi.

[59] Carlo Rosselli come assistente di Luigi Einaudi, su "raccomandazione" di Gaetano Salvemini al rettore Angelo Sraffa (v. Nicola del Corno, *Cultura e impegno civile negli Anni Venti*, loc. cit., e fonti ivi cit.). In particolare, Levi accompagna Carlo Rosselli [presente a Londra anche Gaetano Salvemini: v. foto Arch. E. Rossi, Fondazione E. Rossi G. Salvemini Firenze; pubblicata in Filomena Fantarella, *The Family of Gaetano Salvemini Under Fascism: The Inimical Son*, Palgrave Macmillan, 2 ed., 2023] a Parigi e Londra nell'estate 1923 (luglio-ottobre) in un viaggio formativo che li ispira nella fondazione dell'Università proletaria milanese (Levi ne

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

nese[60], nata come università popolare diretta al dopolavoro e indirizzata agli operai. Più tardi Levi collabora (con lo pseudonimo Guido da Ferrara[61]) alla rivista di esplicita opposizione al fascismo, fondata da Carlo Rosselli e Pietro Nenni (anch'egli fuoriuscito dal P.S.I. e da l'Avanti in polemica con chi rifiuta la riunione con Turati), "Il Quarto Stato"[62], pubblicata da marzo a ottobre 1926[63].

È anche in rapporti strettissimi, personali e politici, con Piero Sraffa (1898-1983)[64], poi divenuto economista di fama internazionale

---

trae anche stimolo a tradurre James Ramsay MacDonald) (cfr. anche G. Isola, *Nino Levi*, cit., 111).

[60] Levi è membro sin dalla fondazione del comitato esecutivo del gruppo italiano di Clarté, l'organizzazione internazionale fondata da Henri Barbusse con lo scopo di «combattere efficacemente le ideologie, gli istituti, gli atti che provocano le guerre fra i popoli …» (v. G. Isola, *Nino Levi*, 111). Carlo Rosselli, in una lettera alla madre del 15.12.1923, fa cenno ad una conferenza di Nino Levi sull'Inghilterra all'Università proletaria (cfr. C. Calabrò, *Liberalismo, democrazia, socialismo. L'itinerario di Carlo Rosselli (1917-1930)*, Firenze, 2009, 59).

[61] Tra i contributi, *Il valore del socialismo*, 7 agosto 1926 (cfr. C. Carotti (cur.), *Saggi, sguardi e testimonianze sui socialisti a Milano dal 1891 al 2000*, Lampi di stampa, 2014, 120, n. 147); *Unità socialista e pregiudiziale repubblicana*, 4 settembre 1926, in cui sembra criticare la pregiudiziale repubblicana (cfr. C. Calabrò, *Liberalismo, democrazia, socialismo*, cit., 76).

[62] Sembra che in un primo tempo Nino Levi debba essere uno dei direttori della rivista (v. G. Belardelli, *Recensione a* Il Quarto Stato di Nenni e Rosselli, a cura di D. Zucàro, Milano, Sugarco, 1977, in *Storia contemporanea*, Il Mulino, Bologna, n. 2/1978, 366), evidentemente ragioni di cautela, probabilmente anche accademica consigliano a Levi l'uso dello pseudonimo e la rinuncia alla direzione, nei mesi seguenti Levi entra nella terna del concorso di Bari che lo porta quale professore straordinario a Cagliari.

[63] V. G. Fiori, *Casa Rosselli. Vita di Carlo e Nello, Amelia, Marion e Maria*, Torino, 1999, 64; e F. Fiorani, *Paolo Treves: Tra esilio e impegno repubblicano (1908-1958)*, Donzelli, 2020, che lo inserisce con Giuseppe Saragat e Max Ascoli nel gruppo dei "riformisti" collaboratori della rivista, pubblicata dal 27.3.1926. Max Ascoli (1898-1978), di origini ferraresi, libero docente di filosofia del diritto nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Cagliari, ivi nell'a.a. 1930-31 incaricato di filosofia del diritto e di istituzioni di diritto pubblico, dal 1931 in cattedra nella *New School for Social Research* di New York, grazie ad una borsa della Fondazione Rockfeller (v. R. Camurri (cur.), *Max Ascoli. Antifascista, intellettuale, giornalista*, Franco Angeli, 2012). Ascoli è un fondamentale punto di riferimento per tutti gli intellettuali ebrei espatriati negli USA a seguito delle leggi razziali.

[64] Sraffa è avvicinato a Nino Levi da Carlo Rosselli (cugino del primo) che

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

a Cambridge, il quale nel 1922 assume la direzione dell'Ufficio Provinciale del Lavoro di Milano offertagli dai socialisti turatiani (*in primis* Levi e Rosselli)[65], dimettendosi con la caduta della giunta provinciale presieduta da Nino Levi quando i fascisti prendono il potere il 30 ottobre 1922[66].

Levi, Rosselli, Sraffa e altri pongono le basi nel 1924 di un laboratorio di studi socio-economici analogo alla "Società Fabiana"[67], con l'approvazione di Filippo Turati[68] e la sua compagna Anna Kuli-

---

con Sraffa e Levi (tutti e tre di famiglia ebraica) passa le vacanze estive sulle Dolomiti o in giro per l'Europa (v. M.A. ROMANI, «Bocconi über alles*!*»*: l'organizzazione della didattica e la ricerca (1914-1945)*, in M. Cattini e altri, *Storia di una libera università*, II, *L'Università commerciale Luigi Bocconi dal 1915 al 1945*, Milano, 1997, nel capitolo su *L'istituzionalizzazione della ricerca scientifica e l'avvio del processo di internazionalizzazione dell'Università (1922-1926)*; nonché M. CATTINI, *La contrastata penetrazione fascista*, in M. CATTINI e altri, *Storia di una libera università, La Bocconi dal 1902 ad oggi*, vol. II, *L'Università commerciale Luigi Bocconi dal 1915 al 1945*, Milano, 1997).

[65] Presidente della Commissione è lo stesso Nino Levi e tra i membri Attilio Cabiati (1872-1950) (F. MORES, *Antifascista antisemita, gunman. Aristide Raimondi e la "Rivista di Milano", Piero Sraffa e l'avvento del fascismo al potere*, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia*, serie 5, vol. 9, no. 1 (2017), 219 ss., 238; in tema anche Salvatore SECHI, *Democrazia Futura. Piero Sraffa, il Pci e la storia d'Italia*, in *key4biz* 11.5.2023, nonché ID., *La sosta nel Psu di Piero Sraffa e il dissenso da Gramsci*, in *lagiustizia.net* (11.12.2023)). Sul sito della *Fondazione Antonio Gramsci*, alla voce *Piero Sraffa*, si parla di *Ufficio statistico del lavoro del Comune di Milano* (rinviando a Nerio NALDI, *Piero Sraffa "politico" nel 1924. Una lettura*, in Istituto Gramsci, *Annale XVI, Gramsci nel suo tempo*, a cura di Francesco Giasi, Roma Carocci, 2008, 943 [il contributo si trova nella parte seconda "La rivoluzione italiana" del primo tomo]).

[66] J.P. POTIER, *Un économiste non conformiste. Piero Sraffa (1898-1983)*, Lyon, 1987, cap. I, § 6.

[67] «Nino Levi, giovane avvocato socialista milanese iscritto al partito socialista unitario. Molto amico di Rosselli, nel giugno del 1924 tentò di fondare a Milano con Fausto Pagliari, Piero Sraffa (figlio di Angelo), Alessandro Schiavi e lo stesso Rosselli, un Istituto di studi simile per scopi e finalità alla società fabiana» (v. Z. CIUFFOLETTI (cur.), *I Rosselli. Epistolario familiare 1914-1937*, Mondadori, Milano, 1997, 163). All'Istituto doveva essere affiancato il periodico 'La lotta politica', diretto da Levi, che rimase nelle intenzioni (G. ISOLA, *Nino Levi*, cit., 112).

[68] Mauro CANALI, *Il tradimento: Gramsci, Togliatti e la verità negata*, Marsilio, 2013, definisce Nino Levi giovane collaboratore di Turati.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

scioff, idea che si concretizza qualche tempo dopo in un piccolo Istituto di Studi Sociali, che prende il nome di Giacomo Matteotti, con presidente Filippo Turati e segretario Alessandro Schiavi[69].

Piero Sraffa anticipa Levi, nella chiamata presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Cagliari nel 1926, quale vincitore di concorso per la cattedra di economia politica[70], che copre fino all'estate del 1927[71].

Insomma, Nino Levi è attivamente impegnato in politica nei movimenti socialisti riformisti dell'epoca ed ha una posizione preminente nel movimento socialista milanese (e, dunque, nazionale) di quegli anni[72], direi – anche per il contenuto e la metodologia utilizzata nel saggio giuridico che ci occupa – che Levi possa definirsi,

[69] J.P. POTIER, *Un économiste non conformiste. Piero Sraffa*, loc. cit.

[70] Tra i commissari l'unico giurista è Lorenzo Mossa (1886-1957), allievo di Angelo Sraffa (padre di Piero) durante il perfezionamento torinese, segretario della commissione, commercialista di chiara fama, anche l'unico non antifascista (secondo J.P. POTIER, *Un économiste non conformiste. Piero Sraffa*, cap. I, § 7; forse più corretto il giudizio di L. MATTONE, *Lorenzo Mossa*, in *Dizionario Biografico degli Italiani* - Volume 77 (2012), secondo cui, «[p]ur antifascista, Mossa finì per identificarsi con la politica sociale del regime»). In commissione anche Attilio Cabiati (1872-1950), maestro di Piero Sraffa in Bocconi. Tra i partecipanti al concorso Carlo Rosselli (tra i concorrenti meritevoli di considerazione, ma non entra nella terna vincitrice) (v. anche Ministero della Pubblica Istruzione - *Bollettino Ufficiale* - Parte II - *Atti di amministrazione*, anno LIII, volume I, no 9, 4 marzo 1926, 776). Sraffa succede ad Antonio Graziadei, cui è legato da rapporti familiari e di amicizia. Graziadei deputato del partito socialista fin dal 1910, nel 1921 aderisce alla scissione di Livorno e viene poi rieletto in quell'anno nelle liste del partito comunista.

[71] Nell'*Annuario del Ministero della Pubblica Istruzione. Anno 1927*, Roma, 1927, 119, relativamente all'Università di Cagliari, viene indicato preside della Facoltà di giurisprudenza Antonio Segni (anche membro del senato accademico), unico altro professore stabile (ordinario) Francesco Atzeri Vacca; tra i pochi professori straordinari, Nino Levi (che nell'Annuario 1928, p. 104, viene anche indicato come direttore dell'Istituto economico giuridico) professore non stabile di diritto e procedura penale nonché incaricato di diritto amministrativo, Piero Sraffa, professore non stabile di economia politica, e Tullio Ascarelli, professore non stabile di diritto commerciale e incaricato di diritto marittimo.

[72] Non esito a dire che, se Levi fosse sopravvissuto, per la storia politica personale e la ricchissima cultura cosmopolita, avrebbe potuto avere nell'Italia repubblicana un ruolo di primissimo piano, al pari di Giuseppe Saragat, Sandro Pertini e Pietro Nenni.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

dopo le giovanili manifestazioni rivoluzionarie, un liberal-socialista[73] al pari di Carlo Rosselli e, all'epoca, dello stesso Piero Sraffa[74].

Anni turbolenti: durante il periodo bocconiano di insegnamento per incarico del diritto amministrativo[75], Nino Levi viene duramente contestato e minacciato dai fascisti[76]. Oratore ufficiale in una manife-

[73] Nino Levi condivide con Carlo Rosselli e Piero Sraffa la fiducia nel laburismo inglese, di cui fu espressione il nuovo giornale giovanile "Libertà", che contribuisce a fondare, al quale collabora anche Carlo Rosselli, che per il nuovo giornale scrive l'articolo su "Il partito del lavoro in Inghilterra", nel numero 3 del 1 febbraio 1924 (Luigi ROCCA, *Carlo Rosselli*, Tesi di laurea cit.). Parlando di Piero Sraffa, Lucia MORRA (*Piero Sraffa and Raffaello Piccoli, two Italian Scholars in Cambridge in 1929-1932*, in *Centro Sraffa Working Papers*, n. 44, August 2020, 5) evidenzia i suoi collegamenti con coloro che revisionarono criticamente il socialismo in una prospettiva liberale, tra cui affianca Nino Levi a Gaetano Salvemini, Piero Gobetti e Carlo Rosselli «however, he had had (and still had) several connections also amongst those who critically revised socialism through a liberal perspective (Gaetano Salvemini, Piero Gobetti, Carlo Rosselli and Nino Levi); and the salon of his best friend Raffaele Mattioli, in fact, was attended also by Piccoli's best friend Flora (Bacchelli 2017)».

[74] Cultura liberale che emerge chiaramente nelle pagine di S. SECHI (*Democrazia Futura*, loc. cit.) sui rapporti tra Piero Sraffa, Antonio Gramsci e il PCI nel 1924, «dopo l'assassinio di Giacomo Matteotti, [Piero Sraffa] ribadisce che il momento storico è prioritariamente quello della lotta per ripristinare il vecchio "ordine borghese", cioè lo stato di diritto in vigore nell'Italia liberale e in particolare (sembra di capire) nell'età giolittiana quando il governo rinunciò a intervenire nei conflitti tra imprenditori e sindacati. Ai comunisti, ai quali per qualche tempo si è sentito vicino, scrive – senza mezzi termini e alcuna reverenza – che non restava altro da fare se non esercitare il ruolo della mosca cocchiera nei confronti delle opposizioni aventiniane». È lo stesso Antonio Gramsci (*La costruzione del Partito Comunista Italiano, 1923-1926*, Torino, Einaudi, 1971, XV, 175 ss.) ad "accusare" Sraffa di essere rimasto influenzato dal liberalismo, etc. L'amicizia di Gramsci con Sraffa rimane, comunque, immutata ed è Piero Sraffa a fare da perno dei tentativi di liberare Gramsci dal carcere, come vedremo.

[75] Nino Levi, probabilmente anche in ragione del suo ruolo di Presidente della giunta esecutiva della Deputazione provinciale di Milano, è titolare del corso speciale «Enti locali territoriali» (cfr. *Annuario Bocconi 1922-23*, 28).

[76] La ricostruzione dei fatti è ripresa da M. CATTINI, *La contrastata penetrazione fascista*, loc. cit., e dalle pagine dedicate al periodo di rettorato in Bocconi di Angelo Sraffa del saggio di M.A. ROMANI, *Le leggi raziali e gli economisti ebrei alla Bocconi*, in *Il pensiero economico italiano*, vol. XXVII, 1/2019, 166; M.A. ROMANI, «Bocconi über alles!», loc. cit.).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

stazione del 1 maggio 1924 presso la sede milanese del partito socialista unitario[77], successiva alle elezioni politiche del 6 aprile[78] che vedono la netta affermazione nazionale (ma non a Milano) del listone fascista, viene coinvolto (ne sia l'autore o meno[79]) nella votazione di un ordine del giorno da parte di un gruppo di giovani studenti in assemblea, che denunzia «la politica liberticida del fascismo, il contenuto reazionario e antiproletario della sua azione, la violenza e la sopraffazione che ne costituiscono i mezzi di lotta, la vacuità ideologica e l'intolleranza sistematica che lo contraddistinguono»[80].

Ne segue la reazione degli studenti fascisti della Bocconi che, in una lettera al Popolo d'Italia[81], indicano Levi come l'autore dell'ordine del giorno e dichiarano che «se il suddetto avvocato non avesse chiuso il suo corso, avrebbero saputo infliggergli una meritata lezione», il che provoca anche l'intervento del segretario politico del GUF, che denunzia al rettore Angelo Sraffa[82] il «mascalzonesco ordine del giorno», chiedendo l'assunzione di seri provvedimenti «contro chi si vale della sua cattedra per calunniare il Capo, il Governo fascista e la Nazione». Alla prudente ma ferma risposta di Sraffa, che

[77] Nino Levi viene eletto, dopo la batosta elettorale del 1924, presidente del "Gruppo di azione unitaria", ricostituito a Milano su iniziativa di Adelchi Baratono (esponente socialista riformista di primo piano tra le due guerre e professore di filosofia teoretica nell'Università di Cagliari dal 1924, poi a Milano dal 1932) e Federico Cazzamalli (importante esponente socialista riformista e docente universitario di neuropsichiatria), finalizzato all'unità dei due partiti socialisti (v. F. FLORINDI, *La missione impossibile: il PSU e la lotta al Fascismo*, Arcadia edizioni, 2021).

[78] Elezioni cui sembra Levi partecipare senza essere eletto, come pare potersi evincere dalle affermazioni polemiche (lo definisce mancato deputato) del segretario milanese del G.U.F., nella vicenda che racconto.

[79] Il resoconto successivo sul giornale dei socialisti milanesi esclude una partecipazione di Nino Levi alla formulazione dell'ordine del giorno e relativo voto, ma potrebbe essere una ricostruzione a posteriori per non mettere in difficoltà Levi nel suo insegnamento universitario (v. M. CATTINI, *La contrastata penetrazione fascista*, loc. cit.).

[80] *Da Milano. Gli studenti in una vibrante manifestazione per il 1° maggio inneggiano alla libertà*, in «Libertà» del 15 maggio 1924.

[81] Cfr. *Ancora del comizio degli scemi*, in *Il Popolo d'Italia* del 10 maggio 1924.

[82] Angelo Sraffa (1865-1937), padre di Piero, importante studioso e professore di diritto commerciale.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

rivendica «fra i compiti morali delle autorità direttiva di un istituto di alta cultura di vigilare a che nell'esercizio dell'insegnamento nelle aule della Scuola non venga esplicata opera di propaganda politica o religiosa», ma dichiara la sua incompetenza a «sindacare fatti d'indole politica avvenuti fuori della scuola», segue la dura presa di posizione del fiduciario del GUF, che taccia l'intero consiglio direttivo dell'università di pusillanimità, se non addirittura di complicità con Nino Levi, rinnovando a quest'ultimo i minacciosi avvertimenti già apparsi sul Popolo d'Italia[83].

Tempi drammatici, il mese seguente, il 10 giugno 1924, accade l'assassinio di Giacomo Matteotti e Levi è a Roma con Gariboldi a rappresentare i socialisti unitari (il partito di Matteotti) nella prima riunione dei partiti antifascisti, in cui è il principale oppositore allo sciopero generale proposto da Nenni e Pastore, conformemente alla presa di posizione della dirigenza (di cui è componente) della CGdL[84].

Nino Levi è anche tra coloro (unitamente a Enrico Gonzales e Emilio Caldara[85]) che vengono incarcerati per pochi giorni a San Vittore nel dicembre 1926 perché sospettati di avere favorito la fuga di Turati in Francia[86], per la quale sono poi processati Carlo Rosselli e Ferruccio Parri.

Ma ciò non preclude a Nino Levi la chiamata a Cagliari e la brillante prosecuzione della sua carriera universitaria fino alle leggi razziali.

Sono probabilmente gli antichi rapporti di collaborazione con Mussolini, in quelli che De Felice definisce gli anni del consenso, a produrre un tentativo, a seguito della promulgazione delle leggi sulle corporazioni, di alcuni importanti socialisti milanesi – tra cui Nino

---

[83] Comunque, l'anno successivo a Nino Levi non viene rinnovato l'incarico (v. M. Cattini, *La contrastata penetrazione fascista*, loc. cit.).

[84] V. G. Isola, *Nino Levi*, cit., 112.

[85] Su Gonzales v. *infra*, n. 94. Emilio Caldara (1868-1942) fu il primo sindaco socialista di Milano dal 1914 al 1920, poi deputato del P.S.I. e P.S.U., venne dichiarato decaduto da deputato nel 1926, dopo avere partecipato all'Aventino.

[86] Sull'arresto anche di Nino Levi si veda il ricordo dedicato a *Enrico Gonzales (1882-1965)*, in *Collegio Ghislieri. Associazione Alunni. Annuario 1964-1968*, Pavia 1969, 100; nonché G. Isola, *Nino Levi*, cit., 112.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

Levi ed Emilio Caldara, nonché Alessandro Schiavi e Gustavo Sacerdote – di affrontare con Mussolini il tema della attenuazione della legislazione autoritaria del regime, in cambio dell'adesione alle politiche dello stato corporativo, recandosi dallo stesso il 18 aprile 1934[87]. In particolare, Caldara propone che la collaborazione critica al corporativismo già portata avanti dall'*Associazione nazionale per lo studio dei problemi del lavoro* di Rinaldo Rigola (tra i fondatori e primo segretario generale della *Confederazione generale del lavoro* CGdL) dal piano tecnico-culturale divenga politica. Ricevendo però la sconfessione di Rodolfo Morandi e dei socialisti in esilio, Carlo Rosselli nell'occasione scrive *Pericolose illusioni!*, in *Giustizia e Libertà* del 15 giugno 1934[88].

4. Nino Levi è anche avvocato di larga fama[89], con studio a Milano[90]. In particolare, coerentemente con la sua fede e relazioni politiche il 14 luglio 1925 difende a Firenze, per iniziativa di Carlo Rosselli[91], Gaetano Salvemini, arrestato per la pubblicazione clandestina del foglio "Non Mollare", il quale ottiene la libertà provvisoria all'avvio del processo, poi prontamente rinviato. Nell'occasione si verifica dentro il Palazzo di Giustizia poi estesasi alla piazza antistante un'aggressione fascista agli avvocati della difesa e allo stesso Nino Levi, che ne ricava la lesione permanente di una mano[92].

---

[87] V. G. Isola, *Nino Levi*, cit., 112.

[88] V. Andrea Ricciardi, *Paolo Treves: Biografia di un socialista diffidente*, Franco Angeli, 2018; *Carlo e Nello Rosselli: catalogo delle mostre ed edizioni di fonti*, [Roma] Edimond: Direzione generale per gli archivi, 2002, 57.

[89] Così alla voce *Levi Nino* il *Dizionario Enciclopedico italiano*, Roma, 1957, 844; analogamente la voce *Levi Nino*, in *Novissimo digesto*, vol. IX, Torino, 1957, 786 (s.a.).

[90] Nella casa di Levi a Milano, in corso di Porta Vittoria 7, avvenivano le riunioni degli antifascisti, oltre a Levi, Lelio Basso, Rodolfo Morandi, Lucio Luzzatto, Domenico Viotto, Umberto Recalcati e Luigi Rossi (Presentazione di S. Merli alla ristampa di Rodolfo Morandi, *La democrazia del socialismo* (1923), Einaudi, 1975, XIII).

[91] V. N. del Corno, *Cultura e impegno civile negli Anni Venti. Carlo Rosselli a Milano*, loc. cit.

[92] I fatti sono raccontati (riprendendo la cronaca del quotidiano fiorentino *La Nazione*) anche da G. Salvemini, *Scritti sul fascismo*, Feltrinelli, Milano, 1962, 162-163; G. Salvemini, "Non mollare" (1925), Bollati Boringhieri, 2005, 17.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

Sul Levi avvocato meritano di essere riportati alcuni brani pungenti della descrizione che ne effettua nel 1934 la rivista *L'eloquenza*[93]: «Uno dei più importanti avvocati di Milano, è senza alcun dubbio, il piemontese Nino Levi, professore ordinario di diritto e procedura penale all'Università di Genova. Alto, magrissimo, giallo e sbilenco, con l'andatura stanca ed a zig zag, ha l'aspetto di un frate domenicano e l'anima di un matematico. È un vero "arsenale ambulante" di questioni di diritto ed ha un cervello a casellario. Premete un bottone ed egli vi porrà dinanzi, a plotoni affiancati, tutti gli articoli del codice penale. Premetene un secondo e, come per miracolo, egli vi farà la storia di ogni articolo e vi porrà dinanzi i vincoli di parentela che lo legano a tutti gli altri. Schiacciatene un terzo, e come per prodigio, avete dinanzi la data e l'*ubicazione* delle sentenze del «Supremo Collegio» che si sono occupate dell'articolo ed il nome e cognome di cento scrittori italiani e stranieri che, esplicitamente o incidentalmente, hanno speculato (*sic*) attorno al medesimo ponendo la tale o tal altra questione, risolvendola nel tale o tal altro modo dal punto di vista tecnico-giuridico oppure "deviandola (l'espressione è sua) con oziose o melense considerazioni ed elucubrazioni biologiche, psicologiche, sociologiche o letterarie". In realtà Levi non si appassiona di nulla. "Non ha cuore" direbbe Danesi. In aule affollatissime parla freddo e compassato, come se parlasse in un salotto a due buoni amici. Gli è che Nino Levi … *non crede a niente!* […] Da persona "navigata" ha la capacità di *adattarsi a tutte le circostanze* senza mai aderire a nessuna restando sempre padrone di sé e della situazione. Nel campo "scientifico" è riuscito a penetrare ed a fare passi giganteschi camminando in punta di piedi, *sgusciando di qua e di là*, senza urtare nessuno, senza suscitare ostilità o scandali. Come abbia fatto a salire con tanta fretta in un campo in cui gli uomini di *vero ingegno* (e Levi è uno di questi) faticano tanto a giungere sulla soglia, francamente, non si riesce a comprendere».

Sulla genialità di Levi anche la testimonianza di Antonio Greppi, primo sindaco di Milano dopo la Liberazione: «Di Nino Levi, penalista e precocissimo docente universitario, usava dire Gon-

[93] *L'eloquenza. Antologia. Critica. Cronaca*, Anno XXIV (1934), fasc. 11-12, vol. II, 596-598.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

zales[94] che aveva ricevuto in dono dall'Onnipotente una lampadina nel cervello»[95].

L'elevato livello professionale di Levi è del resto confermato anche la lettera, pur diffamatoria, sui suoi rapporti professionali con Arturo Rocco che giunge al prefetto di Genova in occasione della sua chiamata da parte dell'Università di Genova[96].

Esemplare dimostrazione del riconoscimento delle qualità tecniche del nostro, al più alto livello, il suo coinvolgimento nella vicenda giudiziaria di Antonio Gramsci. Nino Levi viene infatti consultato nel 1934 sulla posizione giudiziaria di Antonio Gramsci da Mariano D'Amelio, primo presidente della Corte di cassazione e giurista di altissimo livello ma civilista[97], che segue a titolo personale (con il concorso della famiglia Sraffa) la questione della liberazione di Gramsci, nel contesto delle trattative con l'URSS mediate dal Vaticano. Gramsci in effetti ottiene la liberazione condizionale nel 1934, sulla base di una sottile argomentazione giuridica, probabilmente fornita da Levi, con il supporto e le relazioni nell'amministrazione della Giustizia di D'Amelio[98].

5. Oltre ai numerosi e importanti scritti e alle collaborazioni scientifiche che lo testimoniano, il prestigio scientifico e accademico raggiunto da Levi è testimoniato da una personalità di rilievo assoluto della scienza penalistica del Novecento, quale Giuliano Vassalli[99], il

[94] Enrico Gonzales, brillante avvocato milanese e deputato socialista, amico di Turati e Saragat, difensore di Mussolini ai tempi dell'Avanti!, accompagna per solidarietà Levi a Firenze per il processo a Salvemini.

[95] In *La coscienza in pace: cinquant'anni di socialismo*, Edizioni Avanti!, 1963, 193.

[96] V., *infra*, par. seg., n. 104.

[97] Primo presidente della Corte di cassazione unificata dal 1923 fino al 1941 e senatore dal 1924.

[98] Vi è espresso riferimento al colloquio tra Nino Levi e D'Amelio nella corrispondenza di Irma Tivoli (cognata di Mariano D'Amelio che ne aveva sposato la sorella Maria) e Angelo Sraffa al figlio Piero il 28.5.1934 (vedi F. Frosini, F. Giasi, *Egemonia e modernità: Gramsci in Italia e nella cultura internazionale*, Viella, Roma, 2019, n. 338; sulla vicenda, in generale, cfr. Giorgio Fabre, *Lo scambio. Come Gramsci non fu liberato*, Sellerio editore, Palermo, 2015).

[99] Giuliano Vassalli (1915-2009), professore ordinario di diritto penale, avvo-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

quale ricorda le indicazioni ricevute da Francesco Carnelutti, uno dei massimi giuristi italiani dell'epoca[100], subito dopo essersi laureato alla Sapienza nel 1936 con Arturo Rocco. Carnelutti per la prosecuzione degli studi penalistici lo invita "perentoriamente" a farsi seguire o da Nino Levi, ormai a Genova[101], o da Giacomo Delitala a Milano, e la scelta di Vassalli cade sul secondo solo per ragioni organizzative (Levi è pendolare tra Milano e Genova, come peraltro molti accademici dell'epoca) e non di merito.

Infatti, Levi, dopo un breve periodo a Catania, viene chiamato dalla Facoltà di giurisprudenza di Genova nel novembre 1931[102], che si esprime nei suoi confronti in termini di eccellenza. Si legge nel relativo verbale: ha superato molto brillantemente i concorsi, ha una «continua e seria produzione scientifica che attesta ingegno acuto, criterio giuridico, conoscenza ampia della dottrina italiana e straniera»[103].

---

cato di chiara fama, parlamentare socialista, ministro della giustizia, giudice e presidente della Corte costituzionale.

[100] Francesco Carnelutti (1879-1965), per vent'anni professore a Padova e dieci alla Statale di Milano, oltre che per brevi periodi in altre università, maestro del diritto e della procedura civile ma, fatto unico nella storia della scienza giuridica italiana, probabilmente sollecitato anche da una prestigiosa attività forense, autore di significativi contributi scientifici anche nel diritto e nella procedura penale con ampi studi monografici. Tra i tratti che accomunano Nino Levi a Francesco Carnelutti – di cui il primo recensisce la *Teoria generale del reato* (v., *supra*, nota 37), ricevendone la recensione del volume su *I delitti della pubblica amministrazione nel diritto vigente e nel progetto*, 1930 (in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 197) – vi è la passione per i temi di confine tra i diversi settori dell'ordinamento giuridico, che Levi esplora in diversi importanti scritti.

[101] Racconta lo stesso Giuliano Vassalli: «Nino Levi lo conoscevo bene. Era amico di mio padre, proveniva da una brillante esperienza universitaria in Sardegna … e con lui e i suoi cari ci vedevamo spesso l'estate … ma la vita di Nino Levi era molto movimentata: viveva a Milano ed insegnava all'università di Genova. Scelsi così Delitala, che non conoscevo personalmente, egli mi accolse molto simpaticamente» (il brano è riportato anche da G. Dodaro, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia*, Milano, 2022, 32). Filippo Vassalli, padre di Giuliano, fu professore ordinario di diritto romano a Cagliari dove insegnò per un triennio (1915-18), poi a Roma.

[102] M.S. Rollandi, *Le leggi razziali e l'università di Genova*, cit., 482.

[103] V. M.S. Rollandi, *Le leggi razziali e l'università di Genova: prime ricerche sui docenti*, in *Atti della società ligure di storia patria*, Nuova serie, XLII (CXVI), fasc. II, Genova, 2002, 477 ss., in part. 482.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

A Genova, peraltro, Levi giunge con la fama di antifascista, si legge, infatti, in una lettera pervenuta al prefetto di Genova e trasmessa al Rettore di quella università: «È ormai tempo di smascherare l'antifascismo nelle università. Dopo tutti gli incidenti verificatisi nell'Università si insiste nel solito sistema di chiamare a ricoprire cattedre persone di fede politica contraria al Regime. Così alla cattedra di diritto e procedura penale si chiama il prof. Levi la cui vita e attività politica è consacrata in tutti i giornali antifascisti tra i quali sarebbe interessante leggere quelli relativi all'epoca del delitto Matteotti, e delle elezioni politiche. Se questi devono salire in alto nella grande Genova lo valutino le Autorità Politiche»[104]. Ma evidentemente sostenuto accademicamente anche da importanti esponenti della cultura fascista, in particolare dallo stesso Arturo Rocco[105], come emerge chiaramente dalla stessa lettera (sostanzialmente anonima), la cui interpretazione malevola del rapporto tra i due mi induce a ritenerla proveniente da ambienti accademici concorrenti di Levi e frustrati nelle aspirazioni di carriera. Vi si legge: «Il Prof. Levi è in rapporti di affari per cause col Prof. Rocco che lo sostiene esclusivamente per ragioni personali».

Il che evidenzia anche una certa tolleranza del regime (o un controllo non pervasivo) sulla presenza in importanti ruoli accademici di personalità indipendenti, dovuto in parte significativa all'elevato senso dell'autonomia della sfera scientifica e accademica dei docenti che rivestono ruoli importanti nel regime. Insomma, sembra potersi intravvedere in alcuni importanti professori di diritto penale, pur esponenti del fascismo, una "impronta liberale"[106] e, comunque,

[104] Riportata M.S. ROLLANDI, *Le leggi razziali e l'università di Genova*, cit., 483.

[105] M.S. ROLLANDI, *Le leggi razziali e l'università di Genova*, cit., 483. Arturo Rocco (1876-1942), professore di diritto penale, tra le altre, nelle università di Cagliari (1907-1909) e Sassari (1909-1911), e poi nelle università di Napoli, Milano e Roma. Fratello di Alfredo Rocco (1875-1935), illustre accademico e ministro della giustizia che dà il nome al codice penale, Arturo Rocco è uno dei più importanti artefici del codice penale nonché fondatore della scuola tecnico-giuridica, oltre ad essere uno dei più importanti accademici dell'epoca.

[106] Riprendo l'espressione riferita ad Alfredo De Marsico di Giuliano Vassalli, *Alfredo De Marsico*, loc. cit., che forse può estendersi ad alcuni importanti profes-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

la prevalenza nei rapporti accademici della stima personale e scientifica sulla diversità pur radicale delle opinioni politiche. Significativo, in particolare, il rapporto di Nino Levi con Alfredo de Marsico[107] che lo commemora su Archivio penale nel 1946[108], tra l'altro con il ricordo di un incontro fra i due a Parigi al Congresso internazionale di diritto penale del 1937, in pieno regime fascista[109].

Va, peraltro, ricordato nel 1931 viene imposto ai docenti il giuramento di fedeltà al fascismo a cui si assoggetta la stragrande mag-

---

sori di diritto penale che, saliti in cattedra prima del fascismo, vi aderirono, ed in particolare con tutte le riserve del caso allo stesso Arturo Rocco, che fu tra i maestri di Vassalli. Per comprendere la definizione merita di essere riportato un brano del discorso di De Marsico alla Camera del 28 maggio 1925 (citato dallo stesso Vassalli): «se un momento giungesse in cui mi toccasse scegliere tra la mia coscienza giuridica e la ragione di parte, io non esiterei a scegliere sacrificando questa per non piegare un lembo solo della mia libertà di cultore del diritto». Quest'ultimo concetto, certo formulato in tempi non sospetti, è ripreso da De Marsico, *Nino Levi*, cit., 164, quando – mentre ricorda la teorizzazione di Levi (in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 134-154) secondo cui «l'abuso scrimina per quel tanto in cui un rapporto tra privato e privato può scriminare quel comportamento», giustificando dunque la ritorsione dell'ingiuria al pubblico agente che commetta abuso – afferma che «lo studioso fu libero di esporre la sua opinione; i tribunali – è dovere riconoscerlo – di accoglierla. Per questa via i giuristi difendevano il diritto e, nel diritto, la libertà: si adunavano, in un accordo nascente, per moto spontaneo, dalla coscienza della missione comune, dietro il pensiero di Lacordaire, come dietro un'insegna: che la tirannia sarebbe invincibile se riuscisse ad annientare l'idea e il nome del diritto, a creare sulla terra il silenzio del diritto. Che, insomma, basta difendere il diritto, per tenere in ceppi la tirannia».

[107] Significativamente li accomuna nel ricordo Giuliano Vassalli, che commemorando Alfredo De Marsico dedica una pagina a Nino Levi (G. Vassalli, *Alfredo De Marsico*, cit., 159).

[108] Non è un caso che Nino Levi venga commemorato su *Archivio penale*, si tratta infatti della rivista fondata nel 1945 da Remo Pannain (1901-1967), collaboratore di Levi negli anni in cui è giudice a Genova (gennaio 1932-gennaio1935) e ha un incarico di diritto penale nella locale università. In particolare, Pannain collabora alla redazione del volume di Levi su *I delitti contro la pubblica amministrazione*, pubblicato nel 1936, raccogliendo i materiali, discutendone con l'autore i temi nonché curando l'indice alfabetico (così Levi nella prefazione al volume). Nel 1953 la stessa rivista ripubblica un saggio di A.E. Cammarata, *Sulla cosiddetta coattività delle norme giuridiche* (1932), dedicato a Nino Levi (ora pubblicato in *Scritti sul formalismo giuridico*, 2023, 233 ss.).

[109] A. De Marsico, *Nino Levi*, cit., 158-165.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

gioranza per non perdere la cattedra, con l'eccezione tra i giuristi del repubblicano (ed ebreo) Fabio Luzzatto (diritto civile), nonché dei liberali Enrico Presutti (diritto amministrativo e costituzionale), Francesco Ruffini (diritto ecclesiastico) ed Edoardo Ruffini (storia del diritto). I cattolici giurano, però, con riserva interiore, ovvero giurano al governo dello stato, mentre il partito comunista autorizza espressamente il giuramento e persino l'iscrizione al P.N.F. dei propri (pochi) membri e lo stesso Benedetto Croce, redattore del *Manifesto degli intellettuali antifascisti*, invita a prestare il giuramento «per continuarvi il filo dell'insegnamento secondo l'idea della libertà» ed evitare l'occupazione delle cattedre universitarie da parte dei professori fascisti.

Durante la sua docenza a Genova Nino Levi viene sospeso e poi dispensato dall'insegnamento universitario a causa delle leggi razziali del 1938[110], ma anche nell'occasione non manca il riconoscimento delle sue qualità – a testimonianza della altissima levatura umana e scientifica, cui evidentemente non fa velo negli accademici fascisti né la sua militanza politica né la sua religione – confermato dalla lettera in data 17.11.1938, del prefetto di Pavia, avv. Leone Leone[111], presumibilmente su richiesta di De Marsico e/o Arturo Rocco, al Rettore

[110] In particolare, il r.d.l. 5.9.1938, n. 1390 (provvedimenti per la razza nella scuola fascista), dispose la sospensione del servizio dei professori ordinari e straordinari, assistenti e liberi docenti ebrei, vietando anche le nuove iscrizioni all'università degli studenti ebrei. La sospensione venne trasformata in una definitiva dispensa dal servizio con il r.d.l. 15.11.1938, n. 1779. Il r.d.l. 17.11.1938, n. 1728, raccolse i provvedimenti precedenti e tra l'altro pose il divieto agli ebrei di lavorare nella pubblica amministrazione, complessivamente cancellando la parità di diritti riconosciuta agli ebrei fin dalle leggi sabaude del regno di Sardegna e poi d'Italia. Come noto, il 29 marzo 1848, il decreto albertino n. 688 (firmato sul campo di battaglia di Voghera) riconobbe i diritti civili per gli ebrei del regno di Sardegna (volontari nella guerra contro l'Austria), che a Torino, fino a quel momento, erano confinati all'interno dei ghetti. Nel giugno 1848, entrò in vigore la legge Sineo, n. 735 (divieto di discriminazione in base alle differenze di culto) e furono concessi agli ebrei i diritti politici, per cui fu possibile anche per loro accedere alle cariche civili e raggiungere ruoli di responsabilità (v. E. CAMPELLI, *Emancipazione ebraica e* drafting revolution *in Israele: Le funzioni latenti di una norma giuridica*, in *Nomos* n. 2/2018).

[111] Esponente del partito fascista, prima ancora di intraprendere la carriera prefettizia, già deputato nella XXVII legislatura del regno (1924-1929), eletto nel listone fascista come De Marsico.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

genovese in occasione della attuazione delle dette leggi razziali, con la quale il primo avanza la possibilità che a Levi vengano affidati incarichi di studio «estranei all'insegnamento», ma svolti certamente ad alto livello date le sue competenze e il suo valore[112].

Levi comunque decide di espatriare con i figli[113] prendendo la residenza negli U.S.A.[114], a New York, poco dopo il 21 maggio 1939, dove gode di buone relazioni professionali e personali[115] e dove ri-

[112] A cui il rettore Mattia Moresco risponde positivamente, assicurando che «l'Università di Genova, ove le direttive del Regime siano per consentirlo, sarà sempre molto lieta di poter continuare ad avere la collaborazione di uno scienziato di valore così singolare com'è il prof. Nino Levi» (v. M.S. ROLLANDI, *Le leggi razziali e l'università di Genova*, cit., 483).

[113] I figli di Levi: Livio Catullo Stecchini (1916-1979) e Albert Vieri (1923-2008), assumono un cognome differente da quello paterno, di chiara origine ebraica, il primo quello della madre, e divengono il primo un noto professore di storia antica nella William Paterson University del New Jersey e l'altro avvocato in California (v. P. GUARNERI, Displaced scholars *in cerca di libertà e lavoro in America, rete familiari, genere e generazioni*, in P. GUARNERI (cur.), *L'emigrazione intellettuale dell'Italia fascista*, Firenze University Press, 2019, 106).

[114] Le istituzioni scientifiche statunitensi accolsero molti docenti universitari italiani, dispensati dal servizio per l'appartenenza alla "razza" ebraica, tra cui – all'*Institute for Advanced Studies* di Princeton – Teodoro (Doro) Levi (1898-1991), professore straordinario di Archeologia e Storia dell'arte antica, sospeso dall'Università di Cagliari unitamente a Alberto Pincherle (1894-1979), professore straordinario di Storia delle religioni (che emigra e insegna nelle università del Perù, tra cui la Pontificia), Camillo Viterbo (1900-1948), professore straordinario di Diritto commerciale (per tutti C. TASCA, M. RAPETTI, *Tracce di ebraismo in Sardegna tra esodi e ritorni*, in *Rivista dell'Istituto di Storia dell'Europa Mediterranea*, n. 10/I n.s., giugno 2022, ivi ult. rif.).

[115] Basti ricordare la difesa a Firenze nel 1925 di Gaetano Salvemini, dal 1933 membro a pieno titolo del dipartimento di storia della Harvard University (Cambridge, Massachusetts) e che tra i suoi amici più stretti vi è Max Ascoli (v., *supra*, n. 63). Nino Levi e i suoi figli, d'altra parte, vengono aiutati quando si rifugiano all'estero nel 1939 da Piero Sraffa, all'epoca da tempo professore a Cambridge. Della introduzione di Levi negli USA è testimone una sua laureata dell'Università di Genova, poi famosa avvocata per i diritti umani (Zara Olivia ALGARDI, *Minima personalia*, in Belfagor, 1993, 95 ss.), la quale ricorda che Levi, docente di sociologia all'Università di Washington, le trasmette l'invito della «fondazione Rockfeller» a trascorrere, con una borsa di studio, un anno negli USA: invito che Algardi non può accettare solo perché la lettera giunge appena iniziata la guerra. Algardi ricorda anche che Levi muore mentre si esercita nella corsa a cavallo.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

prende la ricerca e l'insegnamento nella *University in Exile* della *New School of Social Research* di New York[116], in cui tiene i corsi di base di *Sociology of law: Law and the layman; Cultural conflict and Delinquency* (con A.L. Swift jr.) e di *The international factor in crime*, oggetto anche delle sue ricerche. I corsi avanzati (per possessori di degree A.B) e i seminari nella "The Graduate Faculty of political and social science" tenuti da Levi sono: *History of Criminological Thought*; *Theory of Crime Causation* (seminar); *Criminal Statistics* (seminar)[117]. Negli USA Levi si impegna attivamente – confermando anche il suo tratto umanitario – per trovare una sistemazione ad altri professori ebrei colpiti dalle leggi razziali[118]. A New York Nino Levi muore prematuramente a causa di un incidente a cavallo il 25 marzo 1941.

---

[116] Istituzione in cui opera il vecchio amico di Levi Max Ascoli e che accoglie in quesgli anni prestigiosi studiosi in esilio, tra cui, Hannah Arendt, Claude Lévi-Strauss, Wilhelm Reich, Hanns Eisler, Erwin Piscator, Bronislaw Malinowski, George Szell (riprendo integralmente l'elenco, contenente Nino Levi, da John Strausbaugh, *Victory City. A History of New York and New Yorkers During World War II*, Grand Central Publishing, 2018).

[117] Notizie tratte dal *Curriculum New School for Social Research*, New York, N.Y., 1940-1941. Di Levi in quegli anni è assistente e amica Renata Calabresi (1899-1995) – psicologa di fama internazionale (tra l'altro zia del noto giurista italo-americano Guido Calabresi) – per un progetto sulla criminalità degli italo-americani di seconda generazione (Patrizia Guarneri, Displaced scholars, cit., 105-106). Delle ricerche criminologiche statunitensi di Levi vi è traccia anche in un saggio di Raymond Corsini, *A study of certain attitudes of prison inmates*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1946, vol. 37, fasc. 2 132 ss., anch'egli poi divenuto un importante psicologo, che ricorda che la ricerca di cui riferisce è avviata da Nino Levi prima della sua scomparsa.

[118] In particolare, Nino Levi fornisce l'*affidavit* (necessario per il visto statunitense) a Ezio Levi (noto filologo) affinché possa insegnare a Boston alla rinomata università femminile Wellesley College nel Massachussetts come Visiting Professor of Italian per l'anno 1940-1941 (L. Levi D'Ancona Modena, *Introduzione*, in Flora Aghib Levi D'Ancona, *La nostra vita con Ezio*, Firenze, 2021). Inoltre, è noto l'impegno di Nino Levi per Edoardo Volterra (con cui ha condiviso l'esperienza universitaria cagliaritana), a cui, pur non tacendo «la spaventosa disoccupazione nel ceto degli insegnanti», consiglia di raggiungere gli Stati Uniti per poi ricercare un insegnamento di storia in una grande università, non essendo il diritto romano appetibile, perché gli USA non offrono al tempo preventivamente neppure un breve incarico; la totale assenza di garanzie impedisce però la partenza di Volterra (v. P. Guarneri, *Intellettuali in fuga dall'Italia fascista*, Firenze, 2023). Si occupa anche di Leone Ginzburg (fa riferimento ad una lettera di Nino Levi a Max Ascoli del

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

Purtroppo, le famigerate leggi razziali e la sua prematura scomparsa, con in mezzo le tragiche vicende belliche, sono la causa per cui oggi la figura e il contributo scientifico di Nino Levi non sono adeguatamente (ri)conosciuti[119], la ristampa *de qua* assolve, dunque, anche al dovere morale di favorire la lettura e ricordare i testi[120] – a maggior ragione in tempi di riproposizione occulta o palese dell'antisemitismo – di chi venne allontanato per ragioni *razziali* dalle facoltà giuridiche italiane, «travolto – come afferma de Marsico[121] – da una crisi di oscuramento, che si abbattè nel nostro paese, egli sollecita il nostro ricordo anche per la sua subitanea scomparsa dalla scena dei nostri studi».

Ma, evidentemente, la riproposizione non avrebbe una sede scientifica se non si trattasse di uno studioso del diritto penale di primissimo piano, il che costituisce la seconda ragione della riproposizione, oltre che una *conditio sine qua non*. Del resto, abbiamo visto quanto interessante sia anche il profilo politico di Levi, che rende la lettura dell'opera scientifica una interessante verifica sui rapporti tra pensiero politico e attività scientifica.

6. L'orientamento politico di Levi non sembra influenzare la sua opera scientifica, o meglio, proprio dalla opera scientifica appare potersi collocare, semplificando, tra i penalisti *liberali* invece che tra i *socialisti*, ovvero vicino alla scuola classica e alla scuola tecnico-giuri-

---

25.9.1938 Francesco Bello (cur.), *Bruno Zevi intellettuale di confine: L'esilio e la guerra fredda culturale italiana 1938-1950*, Viella, Roma, 2020).

[119] Si può confermare quanto sostenuto dai compilatori de *La biblioteca centrale giuridica nel Giorno della Memoria 27.1.2020*: «sebbene dimenticato dagli storici del diritto e poco citato dalla dottrina successiva, le sue pubblicazioni sono considerate pietre miliari della scienza penale, per originalità e profondità di analisi». Peraltro, tra i suoi scritti proprio l'oggetto della ristampa *de qua* ha avuto un certo riscontro nelle citazioni anche nel dopoguerra, e personalmente lo ricordo come una delle poche citazioni (se non l'unica) degli *Studi economico-giuridici* dell'Università di Cagliari in cui mi sono imbattuto già negli studi universitari.

[120] In particolare, quello che si ripubblica, «alla cui diffusione nuoce ancora essere stata inclusa in una pubblicazione periodica di cui non è agevole la consultazione» (così De Marsico, *Nino Levi*, cit., 160), oltre ovviamente ai più rilevanti motivi citati nel testo.

[121] Che per primo lo rievoca nei suoi ritratti post bellici su Archivio penale.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

dica e non alla scuola sociologica, cui tradizionalmente sono ascrivibili alcuni tra i più importanti penalisti o criminologi di orientamento socialista, tra gli altri: Enrico Ferri[122], sebbene abbia poi seguito Mussolini nel suo percorso politico, Cesare Lombroso[123], Eugenio Florian[124] e Napoleone Colajanni[125], compreso quello che pare uno dei suoi più importanti maestri politici: Filippo Turati[126].

Secondo De Marsico, che certo aveva tutti gli strumenti e conoscenze per affermarlo anche sul piano dei dialoghi personali, Levi non è ascrivibile alle scuole in campo nella prima metà del Novecento, quella di indirizzo logico-formale (da noi conosciuta come tecnico-giuridica) e quella positivista. L'opera Levi è, invece, ascrivibile ad un indirizzo ermeneutico di stampo liberale ottocentesco che riconosce la centralità della legge positiva[127] e lo avvicina a Giovanni

[122] È noto il percorso di Ferri (1856-1929) da socialista impegnato (*Socialismo e criminalità*, 1883), al punto di essere perciò allontanato dall'Università di Pisa, a fascista convinto in tarda età.

[123] In particolare, la figura di Cesare Lombroso, aderente a fine Ottocento al partito socialista come lo stesso Ferri (per tutti v. F. COLAO, *Le scuole penalistiche*, 2012, in *Treccani.it*), sembra evidenziare che i germi del totalitarismo e del razzismo sono rinvenibili in orientamenti politico-criminali asseritamente progressisti, per contro le ideologie liberali di fine Ottocento furono un antidoto rispetto all'assunzione di posizioni estremamente faziose in alcuni esponenti di punta tra i penalisti aderenti al regime.

[124] Peraltro, nel trattato diretto da Eugenio Florian è collocata una delle opere più importanti di Nino Levi, *Delitti contro la pubblica amministrazione titolo 3. del libro 2. del codice penale*, 1935.

[125] Napoleone Colajanni è autore di: *Socialismo e sociologia criminale*, I, *Il socialismo*, Catania, 1884.

[126] Filippo Turati è autore, tra l'altro, di: *Il delitto e la questione sociale*, Milano, 1883.

[127] Certo più acutamente e/o traendo insegnamento dall'esperienza politicamente disastrosa del Ferri socialista, che usava definire «liberalesco» il codice Zanardelli (*La legge eccezionale 19 Luglio 1894 e l'art. 2 del codice penale*, «La Scuola positiva», 1896, p. 106; e *Atti Parlamentari Camera dei deputati legislatura XIX, 1 sessione, discussioni, tornata del 18 marzo 1896*, 3477). Purtroppo, nella definizione spregiativa di *liberalesco* del codice liberale è già insita la evoluzione di Ferri da socialista ad autore dell'elogio di Mussolini in *Mussolini uomo di stato*, Mantova, 1931.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

Battista Impallomeni[128], Luigi Majno[129], Luigi Masucci e Alessandro Stoppato[130], i quali «si servivano della robusta preparazione dottrinale non per stemperarvi la legge e volatilizzarvi il giurista ma a servizio dell'una e dell'altro nei compiti concreti della giustizia»[131]. I penalisti a cui Levi viene avvicinato sono tutti sostanzialmente definibili liberali riformatori, comunque ben lontani dalla scuola positiva a fine Ottocento essenzialmente di impronta socialista e della loro opera Levi viene indicato da de Marsico come il continuatore – dopo un lungo abbandono – e la punta più alta di «questi grandi elaboratori di problemi e di soluzioni, di interpretazioni e di coordinamenti», di «questi nobili costruttori della verità giuridica sulla base delle leggi».

In verità, il metodo utilizzato nel saggio ripubblicato non mi pare lontano da quello tecnico-giuridico[132], così come l'abbiamo co-

[128] Giovanni Battista IMPALLOMENI (1846-1907), ascritto alla scuola classica ma con sensibilità per il sociale (v. Alessandro DANI, *Cenni sulle scuole penalistiche dell'Ottocento*, appunti delle lezioni), è figura certamente sensibile al principio di legalità e precursore della difesa dello stato di diritto, il cui mancato rispetto coglie nelle condanne per i promotori dei Fasci siciliani, per «elevare a reati dei fatti che la legge non prevede come reati» (*I metodi della Corte di Cassazione nel ricorso di De Felice e compagni*, in *Rivista penale*, 1894, 251). Impallomeni, inoltre, evidenzia nell'aggiramento del codice penale e dello Statuto i «vecchi e nuovi arnesi del reazionarismo autoritario» e li indica come i più «pericolosi nemici delle istituzioni» (*Responsabilità ministeriale e responsabilità comune a proposito del caso Frezzi*, in *La Giustizia penale*, 1897, 414). Esprime, comunque, fiducia nello sviluppo di «forme democratiche di governo», assegnando al penale il senso di «limite all'urto delle forze e tutela degli interessi della totalità dei cittadini» (*La funzione sociale nel diritto penale*, 1905, 4) (v. l'analisi di F. COLAO, *Le scuole penalistiche*, Treccani online, 2012).

[129] Sottolinea il ruolo della legge penale come limite Luigi MAJNO (1852-1915) che, quale difensore dei «giornalisti e deputati», indica alla Cassazione che «la Carta costituzionale» e le «leggi penali» erano state scritte per «dar forma e limiti allo *jus imperii*» (*Ricorso alla Cassazione di Roma*, in *La Scuola positiva*, 1898, 524) (cfr. F. COLAO, *Le scuole penalistiche*, cit.).

[130] Come abbiamo visto (v., *supra*, § 1, n. 8), Stoppato è il presidente della commissione che consacra Levi professore universitario.

[131] A. DE MARSICO, *Nino Levi*, cit., 159.

[132] Anche nella Prefazione al volume del 1935 sui *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Levi evidenzia la novità del testo rispetto a quello su analoga tematica del 1930, perché: «la realtà del nuovo diritto spesso allontana da soluzioni

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

nosciuto negli anni Ottanta del Novecento, ovvero ovviamente depurato della componente ideologica di Rocco ed emuli, di cui Levi deve avere assorbito i fondamenti durante gli studi a Pavia, dove si laurea in Giurisprudenza nel maggio 1915, negli anni in cui vi insegna diritto penale Cesare Civoli[133], considerato dallo stesso Arturo Rocco[134] tra i padri del metodo-tecnico giuridico unitamente a Vincenzo Manzini e all'ultimo Pessina[135]. Lo scritto pare aderire alle scelte del progetto preliminare del 1927, peraltro in linea con quelle del codice Zanardelli, sintetizzabili nella definizione del dolo come rappresentazione e volontà del fatto materiale, ed appare decisamente lontano dalle posizioni positivistiche, su un tema, quale quello della consapevolezza dell'antigiuridicità del fatto, che certamente si presta a influenze di tipo politico-sociale e a valutazioni improntate alla valorizzazione di aspetti soggettivi.

Si attribuisce a Levi, in vero, in ragione della sua impostazione attenta al diritto positivo, un particolare interesse per la parte speciale[136], ma in realtà non ritengo che vi sia una correlazione, poiché le scelte scientifiche verso la parte speciale sembrano attribuibili agli stimoli derivanti dalla peculiare formazione di Levi, segnata dalla pratica forense e dalla attività politico-amministrativa. D'altra parte,

---

che mi parevano da accogliere in relazione al Codice abrogato», sottolineando il suo approccio metodologico di riconoscimento della centralità del diritto positivo. D'altra parte, nell'opera ripubblicata (*Dolo e coscienza dell'illiceità*, p. 17), Levi evidenzia la superiorità «dal punto di vista della elaborazione tecnico-giuridica» della dottrina italiana rispetto a quella francese.

133 Cesare Civoli (1861-1931) insegna a Pavia dal 1898 (dal 1902 quale ordinario sostituendo Felice Cattaneo) e fino a tutto il 1915, rimanendone docente onorario anche dopo il trasferimento a Torino e poi a Genova.

134 Art. Rocco, *Il problema e il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, 500.

135 V. F. Battaglia, M. Bettinazzi, F. Bono, L. Pellecchi, in *La facoltà di giurisprudenza pavese nei primi decenni postunitari*, in D. Mantovani (cur.), Almum Studium Papiense. *Storia dell'Università di Pavia*, volume 2. *Dall'età austriaca alla nuova Italia*, tomo II, Milano, 2017, 1225-1226.

136 V. De Marsico, *Nino Levi*, cit., 159 ss.; ripreso da R. Cappitelli, *Attualità di Nino Levi*, in *Cass. pen.*, 2007, f. 9, 3532; nonché da E. Mura, *Nino Levi*, in *Dizionario bibliografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, II, Bologna, Il Mulino, 2013, 1178.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

non pare nemmeno esatta l'attribuzione di tale preferenza, basti considerare l'opera in esame, la quale, unitamente agli scritti in tema di imputabilità e allo studio sul diritto penale internazionale, evidenzia l'ampiezza degli interessi scientifici di Levi e l'attenzione anche per le tematiche di parte generale, in particolare dopo il conseguimento dell'ordinariato. Semmai Levi, come dovrebbe ogni giuspositivista che si rispetti, disdegna le costruzioni astratte e distanti dalle esigenze applicative, come sottolinea nella recensione a Carnelutti, criticando severamente i penalisti che «arricchiscono la nostra più moderna letteratura di una serie di disquisizioni generalizzanti nelle quali gl'istituti della parte generale sono dotati di un'inesistente concretezza e non si sa qual valore assoluto, indipendente dalla destinazione a pratiche applicazioni, cosicché questo complesso di norme che dovrebbe essere formato e si è formato storicamente per una necessità di economia e di chiarezza diverrebbe così astruso, macchinoso e incomprensibile da fare augurare addirittura un ritorno a forme più antiche, ma più semplici e sode, di argomentazione e di studio»[137].

Nello studio della parte generale Levi conferma la sua particolare attenzione al diritto positivo[138], fino ad affermare in un tema centrale quale il dolo che «è possibile in diritto positivo italiano pervenire ad una soluzione del problema, fondata su elementi obbiettivi e inoppugnabili, talché il tema del dolo possa essere considerato come un punto di partenza, anziché un punto di arrivo, in rapporto ai quesiti, che affaticano la scienza giuridica penale»[139]. Assunto che può essere una delle cifre del pensiero dell'eccellente autore: la costruzione del sistema penale a partire dal diritto positivo e non la derivazione delle soluzioni dei problemi applicativi da costruzioni teoriche astratte.

Un altro tratto caratterizzante l'opera di Levi, che direi estremamente contemporaneo, è l'ampia indagine comparatistica, in particolare rivolta alla dottrina tedesca e francese, nei cui confronti non v'è

[137] *Recensione a* Francesco Carnelutti, Teoria generale del reato, in *Temi emiliana*, 1933, n. 6, 5-6 dell'estratto.

[138] Levi evidenzia, in particolare, che il progetto in tema di dolo, esplicita ciò che era già implicito nel codice Zanardelli.

[139] *Dolo e coscienza dell'illiceità*, 17.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

tuttavia alcuna sudditanza culturale aprioristica, presente talvolta nella più recente dottrina che prescinde persino dal nostro diritto positivo per inseguire la dottrina tedesca nelle sue costruzioni dogmatiche, ma, al contrario, ne evidenzia i limiti[140] e se del caso la contrarietà al diritto positivo italiano, di cui rileva la natura di gran lunga più moderna dei codici francese e tedesco dell'epoca[141]. Levi, peraltro, conosce bene anche l'inglese, seppure faccia limitatissimi riferimenti nelle sue opere giuridiche a quella letteratura, evidentemente consapevole delle differenze strutturali dei sistemi giuridici anglosassoni con il nostro.

Sul piano delle teorie della pena altrettanto chiaro in Levi il superamento dell'antica concezione feuerbachiana della coazione psicologica[142], così come la non adesione alla concezione retributiva bindinghiana.

Levi, d'altra parte, sempre in punto di metodo, evidenzia in tempi in cui poteva apparire rivoluzionario, la totale autonomia del concetto di dolo da quello del diritto romano[143], poiché «[t]ale nozione sarebbe affatto inconcludente per noi, data la manifesta diversità dei due diritti, romano e italiano vigente»[144], pur essendo certa-

[140] Il seguente passaggio censorio sembra permanentemente valido – anche se certo non possiamo non apprezzare comunque l'elevato valore degli autori tedeschi contemporanei, così come di quelli a cavallo del Novecento –: «lo sforzo degli studiosi si è risolto nel moltiplicarsi di enunciazioni teoriche più o meno ingegnose, l'una all'altra radicalmente antitetica, in relazione a concezioni sistematiche generali tra loro profondamente diverse» (*Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., 17).

[141] *Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., 17.

[142] Di cui rileva la influenza sul codice tedesco che lo rendevano non attuale.

[143] È noto, tra l'altro che uno dei più potenti penalisti del tempo, caposcuola delle posizioni conservatrici-reazionarie – Karl Binding – abbia una impostazione opposta, fin dalla tesi di dottorato a Göttingen in latino: *De natura inquisitionis processus criminalis romanorum praesertim ex eo tempore quo ordo judiciorum publicorum in usu esse desiit. Commentatio praemio regio ornata*. Una espressione ne può essere l'attribuzione del rilievo abrogativo alla consuetudine (K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, 197), che Levi considera la caratteristica del diritto romano che ne impedisce l'attualità (*Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., 19, n. 249).

[144] Manifestando, invece, interesse per «la nozione di dolo che i giureconsulti intermedi costrussero sul *Corpus juris* la quale ha per il diritto moderno un valore» (*Dolo e coscienza dell'illiceità*, 17).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

mente ferrato nella indagine storica, capacità di cui da ampia prova, in particolare, nel volume sulla *Frode in commercio*, criticata da qualche componente della commissione per lo straordinariato proprio per la prevalenza di quell'indagine.

Propone anche il radicale rifiuto di superfetazioni teoriche prive di impatto pratico, ad esempio, quando rileva che «la controversia relativa alla appartenenza o meno alla nozione di dolo della coscienza e volontà di violare la legge penale si riduce ad una disputa meramente verbale poiché, che sia dichiarato indifferente, o costantemente presunto, il risultato pratico è che di questo requisito non ci si cura»[145].

Una ultima annotazione concerne le limitatissime citazioni, rispetto alla ampia attenzione prestata alla dottrina tedesca, di von Listz[146], con cui Levi può avere diversi punti in comune, quanto meno sul piano politico, certamente meno sul piano delle dottrine penalistiche. La ragione pare debba essere individuata, però, in mere ma significative ragioni metodologiche: von Listz e la sua scuola sono sostenitori di una nozione del dolo analoga a quella accolta da Levi[147], che ritiene evidentemente necessario soffermarsi sugli autori che la contrastano, per affrontarne criticamente le tesi e superarle, mentre quanto alla conferma reputa argomento necessario e sufficiente il diritto positivo e il Progetto, che analizza approfonditamente.

7. In tema di soluzioni dogmatiche accolte nel saggio non c'è molto da dire, se non la contemporaneità di parte significativa del

[145] *Dolo e coscienza dell'illiceità*, 39.

[146] Franz von Listz (1851-1919), uno dei capiscuola del diritto penale tedesco a cavallo del Novecento, di indirizzo progressista, tra l'altro deputato liberal-socialista del *Fortschrittliche Volkspartei*. Fondatore della scuola sociologica tedesca, riconosce dignità di scuola anche all'indirizzo socialista-sociologico italiano (Lombroso, Ferri, Garofalo, Turati, Colajanni, Sighele) e nel 1882 si confronta con le «rivoluzionarie tesi degli Italiani» nel *Programma di Marburgo*, ponendo il tema del superamento dell'oggettività delle pene (F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *ZStW*, 1883, 1 ss.; trad. it. Milano, 1962, 9).

[147] Come emerge chiaramente dallo stesso saggio in commento. L'unica citazione pare quella in nota 1 riferita alle tesi in argomento (conformi a quella accolta da Levi, ovvero dai testi legislativi dallo stesso esaminati) della scuola di von Listz.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

pensiero di Levi sul dolo[148] proprio perché fortemente legato al diritto positivo del codice Zanardelli e al Progetto che anticipa il codice Rocco, che sul punto afferma essere in continuità ed esplicitare il primo, scarsamente attratto dalle critiche politiche quand'anche di segno asseritamente progressista[149].

È, tuttavia, molto interessante l'attenta indagine critica proposta delle differenti posizioni dottrinali. Non soltanto perché porta alla conferma della bontà del diritto positivo, conducendoci alle radici del principio secondo cui l'ignoranza della legge penale non scusa e al dolo come rappresentazione e volontà del fatto tipico, con i corollari in particolare in materia di errore. Ma, soprattutto, perché ne emerge un metodo rigoroso e un ricco apparato concettuale, di permanente interesse per le nostre conoscenze, ricavabile dalla accurata analisi delle pur contestate tesi: dalla differenza tra reati *naturali ratione* e quelli di creazione legislativa[150], alla autonomia della scusabilità dell'errore di diritto (*recte* sul precetto) rispetto al concetto di dolo[151], alla irriducibilità della illiceità penale alla morale[152].

---

[148] Basti leggere la definizione di *dolus facti* per la cui sussistenza «occorre che l'agente abbia avuto presente la concreta situazione di fatto, in modo "tale che il quadro rappresentativo che egli se ne è formato corrisponda esattamente al complesso degli estremi di fatto previsti dal precetto penale"» (che riprende tra virgolette la definizione di E. BELING, *Grundzüge des strafrechts*, Tübingen, 6ª ed., 1920, 45).

[149] Tratta con evidente sufficienza, ad esempio, quelle posizioni marcatamente ideologiche di critica all'art. 44 del codice Zanardelli, secondo cui «nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale», riguardo ad alcune delle quali basta leggere i titoli per comprenderne il forte tasso socialista: E. Florian, *Ingiustizie sociali nel codice penale*, (estratto da *Scienza del diritto privato*, Firenze, anno IV, fasc. 1-2), Prato, 1896, par. 2; N. CANTORE, *L'ignoranza di legge in materia penale*, in *Giust. pen.*, 1906, 241-281, 321-353; G. SALVIOLI, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e al diritto nuovo*, Reber, Palermo, 2ª ed., 1906; A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, in *Sc. Pos.*, VI, 1896, 68 ss., in part. 88.

[150] *Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., 25 ss. e 62 ss., in cui Levi procede alla critica delle tesi, ancora oggi molto note, di Max Ernst Mayer (1875-1923) (*Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903) sulla coscienza dell'immoralità dell'azione ovvero alle norme di civiltà, e p. 82, in cui ne rileva la non conciliabilità con il progetto.

[151] *Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., 45 e n. 103, e nelle pagine di commento al Progetto tedesco del 1927 (85 ss.).

[152] V. *Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., in part. 51 ss., 91 ss. Da annotare

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

Su quest'ultimo punto – di particolare rilievo considerate le posizioni politiche e la religione – Nino Levi si sofferma quando esamina il Progetto[153], sostanzialmente demolendo l'assunto della identificazione di colpa penale con colpa morale, sottolineando l'inconsistenza di ogni parametro ed in particolare quello della morale della maggioranza, esprimendosi in termini che sembrano rappresentare anche il suo modo di intendere l'attività del giurista e di stare nello stato e nel regime: «Cittadini obbediamo alle leggi penali che non approviamo, giuristi le illustriamo, funzionari e giudici ne facciamo applicazione senza turbamento della nostra coscienza poiché, un supremo dovere civico impone di dare a Cesare quel che è di Cesare: ma sarebbe ben diverso, se ciò implicasse il riconoscere "immorali" le idee religiose, politiche, etiche che a quei precetti siano in contrasto»[154].

Nell'analisi del Progetto – di cui sembra condividere gli assunti sul tema, rimarcando che confermano le sue precedenti conclusioni sulla disamina delle posizioni dottrinali – Levi esordisce con una puntuale ricostruzione della dottrina sull'errore di diritto che produca un errore sul fatto, secondo il suo linguaggio «un errore di diritto che si sia risolto in errore di fatto», assolutamente in linea con quelle contemporanee, con una annotazione non seguita dalla dottrina contemporanea, ovvero la rilevanza escludente l'elemento soggettivo anche dell'errore di diritto colposo quando produca un errore sul fatto, che per Levi vuol significare anche l'assenza di qualsiasi dovere civico di conoscere la legge che fondi il principio che l'ignoranza della legge non scusi.

Su un punto Levi esprime una visione autonoma rispetto alla legge positiva, di cui è un raffinato esegeta, ovvero sul carattere di comando o imperativo delle norme penale e sui destinatari dello stesso (tra giudici e *sudditi*), evidenziando anche le sue qualità speculative. In tema propone una distinzione che direi alquanto attuale,

---

in tema alcune citazioni di autori cristiani: Rosmini, S. Agostino, S. Tommaso d'Aquino, e, *en passant*, del Levitico (libro sacro per ebrei e cristiani), tanto per rilevare la perfetta integrazione di Levi nella cultura diffusa nel Paese.

[153] V. *Dolo e coscienza dell'illiceità*, cit., 99 ss.

[154] Significativamente Levi dedica un corso tenuto negli USA ai rapporti tra legge e laicità.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

tra, da un lato, «il momento astratto, nel quale si rivela la finalità della norma, … che … è necessariamente di determinare i sudditi a comportarsi in un certo modo: questi sono quindi i primi destinatari delle norme. Non certo infatti si emanano leggi per ordinare al giudice di punire bensì si provvede alla tutela di beni interessi tendendo a determinare i sudditi ad agire in modo da non turbarli: i sudditi quindi non il giudice sono primi». Aderendo insomma alle teorie generalpreventive, secondo la versione utilitaristica ed evincendone i classici principi «che le leggi penali debbono essere chiare e semplici spoglie di terminologia tecnica, di richiami ad altri testi … e soprattutto non sarà mai abbastanza ridetto che le leggi penali non sono l'unico, né sempre il migliore mezzo di provvedere alla tutela di beni interessi e che quindi esse dovrebbero essere quanto più poche è possibile». E, dall'altro, la fase applicativa, in cui reputa che destinatario della norma sia il giudice. Al di là di quest'ultima specificazione, che non appassiona più i giuristi contemporanei, la distinzione tra la comminatoria e la applicazione indubbiamente è apprezzabile ed assume un ruolo importante. Manca, invece, una valorizzazione della fase esecutiva, oggi al centro della attenzione dei penalisti e della politica.

8. Insomma, la storia personale e accademica di Nino Levi così come il suo contributo scientifico paiono in sé di assoluto rilievo, ma ancor più interessante per il penalista contemporaneo pare l'esperienza di un giurista antifascista nella comunità scientifica di riferimento durante gli oscuri anni del Ventennio, da cui si possono trarre in definitiva valutazioni ponderatamente non negative sulla scienza penalistica dell'epoca, pur in gran parte schierata con il regime, ma che seppe – quanto meno fino alle famigerate leggi razziali – apprezzare il valore di una personalità così elevata.

Certo sarebbe impossibile – pur volendo distinguere radicalmente l'opera giuridica dal pensiero e dall'azione politici – apprezzare i contributi scientifici e l'apporto al codice dei vari De Marsico, Manzini e Arturo Rocco, tra gli altri, se non trasparisse, tra mille errori e responsabilità, emblematicamente proprio nella vicenda di Nino Levi, la loro onestà intellettuale nonché l'umano rispetto nel riconoscimento della qualità intellettuale di un portatore di una visione del mondo radicalmente contrapposta alla loro.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

Lo studio della figura e dell'opera di Nino Levi apporta, in definitiva, un importante contributo culturale anche alla spiegazione del perché il codice Rocco – pur con interventi significativi – è ancora vigente in Italia e del perché, tutto sommato, tra i penalisti di oggi e quei penalisti non possa dirsi esservi stata una radicale cesura, piuttosto un netto progresso che dobbiamo ai nostri maestri più prossimi.

Abstract

Lo studio, che introduce la nuova pubblicazione dell'importante saggio su *Dolo e coscienza della illiceità* di Nino Levi, oltre ad analizzare alcuni profili di attualità dell'opera scientifica dell'autore, ne ripercorre il percorso accademico e l'impegno politico e professionale, che consentono non solo di apprezzarne l'altissimo livello, sottraendolo all'oscurità a cui è stato ingiustamente destinato dalle leggi razziali e dalla prematura scomparsa all'estero, ma anche di approfondire la qualità umana e il livello di autonomia (quanto meno di parte) del mondo accademico nel Ventennio fascista.

This paper introduces the reissue of the important essay "Dolo e coscienza della illiceità" [Dolus and the Awareness of Illegality] by Nino Levi; it not only analyzes the contemporary relevance of some aspects of the author's scientific work but also reconstructs his academic trajectory and political and professional commitment. The aim of this introduction is not only to highlight Levi's elevated scientific level, rescuing him from the obscurity to which racial laws and premature death abroad have unjustly relegated him, but also to delve into the human quality and the level of (at least partial) autonomy of the academic world in the Fascist period.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-16cocco

Dolo e coscienza dell'illiceità

nel diritto vigente e nel Progetto

SOMMARIO

CAPITOLO I.

Introduzione

1. Insufficiente elaborazione dottrinale. — 2. Stato della questione in diritto francese. — 3. Idem in diritto tedesco. — 4. Si assume che le incertezze che permangono in quelle dottrine non hanno ragione di essere quanto al diritto italiano vigente.

CAPITOLO II.

Esame delle opinioni in relazione al diritto italiano vigente.

§ 1 - *Volontà (coscienza) di compiere azioni contrarie alla legge penale.* — 5. Esposizione dell'opinione e varie sfumature di essa. — 6. La scuola della coazione psicologica. — 7. Conoscenza del semplice comando. — 8. Varie soluzioni circa la prova di essa. — 9. Presunzione di conoscenza e ammissibilità della controprova in taluni casi: la distinzione tra reati naturali e di mera creazione politica ed il vigente diritto italiano. — § 2 - *Coscienza che l'atto merita pena.* — 10. Esposizione e critica dell'opinione. — § 3. - *Coscienza dell'illegalità dell'azione.* —

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

6

11. Si precisano i termini dell'opinione esaminata. — 12. Il BINDING e l'applicazione della *Normentheorie* al nostro tema: inammissibilità quanto al diritto positivo italiano. — 13. Inconsistenza della pretesa distinzione tra sussunzione volgare e sussunzione tecnica (BINDING). — 14. Critiche all'opinione ove si astragga dalla teoria del BINDING. — § 4 - *Il dolo come coscienza dell'illegittimità, comunque intesa, e il diritto italiano vigente.* — 15. Inconciliabilità dell' opinione esaminata con il valore attribuito in diritto italiano alla consuetudine. — 16. Idem con il disposto dell'art. 44 C. P.. — 17. Fortuna dell'art. 44 stesso nella dottrina italiana — presunzione e finzione di conoscenza. — 18. La finzione di conoscenza e la nozione di dolo correlativa. — 19. Del dovere civico di conoscere la legge, obbiezioni (a) (b) (c) ad una tale conciliazione tra nozione di dolo e l'art. 44 C. P.. — 20. Rispondenza della portata dell'art. 44 C. P. quale indicata nel testo con le intenzioni del legislatore. — § 5 - *Coscienza dell'immoralità dell'azione.* — 21. L'opinione nei suoi più recenti sviluppi e le innovazioni terminologiche della dottrina tedesca. -- 22. Portata dell'opinione -- 23. Suo fondamento nella dottrina del minimo etico: le norme morali, comunque intese, non coincidono con quelle del diritto penale positivo: si esamina se possa identificarsi una tendenza, storica o razionale, alla coincidenza. — 24. Le reciproche influenze tra diritto e coscienza collettiva, loro portata per il nostro tema. — 25. Le norme penali moralmente indifferenti e la distinzione in diritto italiano. — 27. Rettifica proposta dal MAYER alla sua nozione di dolo quanto al diritto penale di polizia. — 28. Ragioni per la quale tale rettifica si impone logicamente per ogni specie di illecito penale; possibile ignoranza delle norme morali penalmente sanzionate — 29. Possibile errore di interpretazione di queste norme. — 30. Dolo non è la coscienza della violazione ma il dovere (possibilità) della coscienza della violazione (rinvio al par. 8). — §6. - *Coscienza del carattere lesivo dell'azione.* — 31. I due significati fondamentali dell'opinione esaminata: esame del primo e critica. — 32. Esame del secondo. — 33. Sua sostanziale identificazione con la coscienza dell'illegalità. — § 7. - *Coscienza del carattere antisociale (antistatale) dell'azione.* — 34. Critica dell'opinione: obbiezioni che supera ed altre alle quali si

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

espone. — § 8 - *Possibilità della coscienza dell'illiceità dell'azione*. — 35. Varie sfumature, possibilità generica e astratta o specifica o concreta dell'agente. — 36. Non si tratta di un requisito dell'elemento subiettivo. — § 9 - *La coscienza dell'antigiuridità come quella della immoralità sono estranee al concetto di dolo*. — 37. Risultato implicito della critica alle opinioni precedenti. — 38. Argomenti testuali a rincalzo dell'opinione esaminata. — 38. Prova del difetto di discernimento (valutazione etico - giuridica dell'azione) consentita solo eccezionalmente. — 39. Coscienza dell'illiceità come esigenza specifica di taluni reati. — 40. Possibilità di costruire il dolo unicamente in rapporto all'evento — ancora l'esigenza di una nozione unitaria di dolo per tutti i rami del diritto. — 41. Confutazione delle critiche del BINDING circa la pretesa negazione del concetto di dolo.

CAPITOLO III.

Dolo e coscienza dell'illiceità nel Progetto.

42. Espressa definizione del dolo nel Progetto, difetto di ogni riferimento alla coscienza dell'illiceità. — 43. Correlative disposizioni del Progetto in tema di errore di diritto, come esse non consentano la conciliazione sulla base del dovere civico di conoscere la legge. — 44. Impossibilità di applicare al Progetto la nozione di dolo inteso come coscienza dell'illiceità morale. -- 45. Nozione teorica e imperiose esigenze della pratica, rinvio. -- 46. Si addita l'esempio del Progetto Germanico: l'ordinanza del 1917 e il Progetto del 1925. — 47. Incertezze conseguenti dalla soluzione adottata quanto al dolo. — 48. Le critiche al Progetto del 1925 e il nuovo tentativo di soluzione dal Progetto 1927. — 49. Definizione del dolo nel Progetto del 1927 unicamente in rapporto all'evento, soluzione dogmatica conforme alla esaminata al n. 30. — 50. Critiche al sistema tedesco dal punto di vista della politica legislativa, possibilità di conoscenza astratta e concreta. Il requisito della possibilità concreta da parte dell'agente di scorgere l'illiceità del suo comporta-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

8

mento e relativa ripercussione nel concetto di colpa. — 51. Inconciliabilità di questa soluzione con il concetto di colpa del diritto italiano (in nota rilievi della dottrina tedesca quanto al concetto di colpa in generale). — 52. Si nega che definire il dolo in rapporto all'evento sia costruire una responsabilità senza colpa: l'obbiezione non regge logicamente come critica alla nozione di dolo. — 53. La si riesamina come proposta di un nuovo requisito di punibilità: i due postulati dell'obbiezione; coincidenza tra colpa morale e colpa penale, tra colpa e coscienza della colpevolezza. — 54. Valutazione etica dell'azione. — 55. Vi è colpa morale anche senza coscienza della colpevolezza (amoralità). — 56. Si riesamina l'obbiezione sotto diversa formulazione: di una tendenza ad estendere o limitare la responsabilità obbiettiva in materia penale; riscontro di una tale tendenza nei Progetti italiano e tedesco. — 57. Consistenza dell'obbiezione. — 58. La pretesa spiritualità della soluzione contraria alla adottata; conseguenze aberranti che ne derivano. — 59. Si considera l'obbiezione che secondo l'indicata nozione di dolo le norme penali non avrebbero carattere imperativo. — 60. L'imperativo e i destinatari invalidi; la legge penale come destinata al giudice. — 61. Distinzione tra il momento del comando e quello della sanzione. — 62. Corrispondente distinzione tra politica criminale e applicazione di legge. — 63. Argomenti testuali a conforto della proposta distinzione. — 64. Carattere imperativo e momento del comando. — 65. Conclusione.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

CAPITOLO I.

Introduzione

1. Uno studio, essenzialmente indirizzato all'esame del *Progetto*, parrebbe potere, e quindi dovere, prescindere da un'indagine sul diritto vigente; di questo basterebbe far cenno in sommari richiami, atti a segnalarne gli aspetti differenziali in confronto a quello che ci si propone di introdurre.

Senonchè, per quanto strana sia una simile constatazione riferita ad un problema, come quello della determinazione dei rapporti tra dolo e coscienza che abbia l'agente del valore etico-giuridico dell'azione, non a torto definito pietra angolare del diritto penale, la dottrina italiana non offre al riguardo una elaborazione tale da (1) consentire di rifarsi, non dico ad un'opinione concordemente o prevalentemente accettata, ma ad un contrasto di opinioni ben definito.

Lo stato, poi, della questione nelle dottrine straniere, che più frequentemente sono presenti ai nostri studiosi, la francese e la tedesca, anzichè colmare questa lacuna l'aggrava con la rivelazione

---

(1) Valga un esempio: secondo il GRISPIGNI, *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, *Riv. dir. e proc.*, 1914, I, 468: « ormai può dirsi acquisito alla scienza e alla giurisprudenza il riconoscere che il dolo consiste puramente e semplicemente nella volontà di produrre una certa modificazione del mondo esteriore ». In un recente lavoro dell'ANGIONI, *La volontarietà del fatto nei reati*, 6, in cui è ampiamente e organicamente trattato del *dolus facti*, si rileva con alta meraviglia tale affermazione e si indicano a confutazione parecchi tra i pochissimi passi di Autori italiani che si sono occupati dell'argomento.

Per avventura il GRISPIGNI intendeva riferirsi alla dottrina tedesca ed in ispecial modo alla scuola del LISZT (vedi nn. 37, nota (1), 41, piuttosto che ad una inafferrabile dottrina italiana.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

10

di disparità di opinioni, nelle quali l'unica nota costante che è lecito fissare è la loro arbitrarietà.

2. Infatti per quel che riguarda il diritto francese, come riconosce il GARCON (2), questo punto del trattato del dolo è del tutto trascurato dai più antichi commentatori, del che basterebbero a dare conferma le opere di CAUVEAU-HELIE (3) e del BOITARD, manifestamente insufficienti; un più adeguato interesse dimostrano opere recenti, come quelle dell'ORTOLAN, del GARRAUD, del GARCON stesso e del ROUX (4); in massima s'intende per dolo la volontà indirizzata alla realizzazione di un fatto contrario al diritto; si dice infatti che, perchè esso ricorra la azione deve essere voluta « en tant que délit » (5). Senonchè non è ben chiaro in che debba consistere la conoscenza da parte dell'agente del carattere delittuoso dell'atto compiuto. Qualche più antico autore, come il LE SELLYER (6), precisava che requisito del dolo è la conoscenza della legge, (7) argo-

---

(2) GARGON, *Code pénal annoté*, 1901, I, N. 68.

(3) Implicitamente si comprende che per CHAUVEAU et HELIE, *Théorie du code pénal*, (6 ed curata da VILLEY, 1887, VI, n. 2719), elemento essenziale del delitto è *l'intention de nuire;* altrove però (op. cit. VI, n. 2722) si richiede per il dolo la « la connaissance que ce fait est illicite ». ORTOLAN, n. 388.

(4) Trascuro le trattazioni del SAUVARD, *Le delit d'imprudence*, 1899 e del RAOUL-DUVAL, *Du dol éventuel*, 1900, entrambe tesi per il dottorato presentate sotto la presidenza del SALEILLES, le quali sono condotte sulla letteratura tedesca senza una vera aderenza al diritto francese e sopratutto senza alcuna originalità.

(5) Cfr. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 1888 I, 374 segg. GARCON, op. cit. I, N. 83, 86. VIDAL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 2.a ed. 1901, 104: « dolo penale è l'intenzione di commettere un'azione delittuosa sapendo che è punita ». ROUX, *Cours de droit pénal et de procedure pénale*, 1920, I. 113.

(6) LE SELLYER, *La France judiciaire*, 1877, I. 111. Sempre nel senso che il dolo implichi la conoscenza della legge penale, la dottrina belga, HAUS, *Principes généraux de droit pénal belge*, 3.a ed. 1879, III. 358. Vedi su ciò anche le *Pandectes Belges*, voce *Bonne foi*, n.. 60, 77, 81.

(7) Altrove il LE SELLYER, *Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité*, 1874, I. n. 126 identifica la « intention criminelle », con « l'intention de nuire ».

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

mentando che la punizione di colui che ha agito per ignoranza, con buona intenzione od in buona fede, è ingiustificata ed inutile sia per l'individuo che per la società; analogamente il LABORDE, (8) che era esplicito nell'escludere il dolo ogni volta che manchi la volontà di violare la legge penale. Il GARRAUD invece mentre nel *Traité*, (1,140) indicava come requisito la coscienza della violazione della legge, nel *Précis de droit criminel* (7ª ed. 1901, 160) si accontenta della « coscienza della immoralità o della illegalità » e nello stesso trattato, nelle successive applicazioni del principio, parla di coscienza « della immoralità, della illegalità dell'atto o meglio delle conseguenze dannose che esso può avere sui beni protetti dalla legge », e più giù « della violazione della legge o meglio di un bene protetto dalla legge » e più avanti ancora « della volontà di compire un atto che si sa essere colpevole, punibile ».

La dottrina dell'errore è quanto mai evanescente; si conviene generalmente nel ritenere che la ignoranza o la falsa interpretazione della legge penale non scusano e quindi non escludono il dolo perchè sussiste una presunzione di conoscenza; ma sulla portata di essa non vi è accordo, talchè, mentre per il LE SELLYER (9), il PASTORET (10) ed il LABORDE (11) si tratta di una semplice *praesumptio iuris*, la quale consente prova contraria, onde la dimostrazione dell'errore di diritto fa cadere il dolo, la più moderna letteratura e la giurisprudenza considerano la massima come assoluta, con esclusione di ogni prova contraria (12), con sole due eccezioni, l'una consentita dalla legge 5 Novembre 1870 sulla promulgazione e pubblicazione delle leggi (Art. 4), che riguarda le contravvenzioni compiute entro tre giorni dalla promulgazione, l'altra, che riguarda il caso in cui, per circostanze affatto eccezionali, la conoscenza della legge sia diventata non solo difficile, ma addi-

---

(8) LABORDE, *Cours de droit criminel*, 2.a ed. 1898, 77, 78.

(9) LE SELLYER, op. cit. I. 111, 115.

(10) PASTORET, *Traitè des lois pénales*, II. 136.

(11) LABORDE, *op. cit.* 101, 104.

(12) Il VILLEY, *Precis d'un cours de droit criminel*, 6.a ed. 1906, 111. distingue tra i delitti che ledono la morale e la legge e le contravvenzioni.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

12

rittura impossibile come per gli stranieri, restando a carico dell'imputato l'onere della prova di una tale impossibilità (13).

In complesso la posizione del nostro tema in Francia dà luogo a questo quadro: teoricamente si richiede per il dolo che l'agente abbia voluto violare la legge penale; viceversa poi praticamente, eccettuati due casi particolarissimi, si punisce anche quando l'agente in forza di un errore di diritto credeva permessa la sua azione. E' evidente, e lo ammette il GARCON (14), che ciò è inconciliabile con l'indicata nozione di dolo, quale voluta violazione della legge: invece di modificare o le conseguenze pratiche o i punti di partenza teorici, ci si accontenta di affermare, come il citato autore, a mo' di diversivo, che quì si tratta di una specie di presunzione incontrovertibile, senza della quale il diritto penale non si comprenderebbe o ci si limita, come il ROUX (15), ad osservare che questa più che presunzione è finzione, senza comunque tentare di risolre la contraddizione, nella quale come giustamente rileva il V. HIPPEL (16) la dottrina si dibatte.

3. Sia pure per ragioni diversissime, la dottrina tedesca (17)

---

(13) GARRAUD, op. cit. I. 562, 563.

(14) GARCON, op. cit. N. 86.

(15) *Roux, Fictions et presomptions en droit pénal francais, Scritti per il Cinquantenario della Riv. Pen.*, 500.

(16) V. HIPPEL, *Vorsatz*, in *Vergleichende Darstellung*, Parte generale, III. 377.

(17) ADLER, *Die Wirkungen des Rechtsirrthums, Jherings Jahrbuecher*, (cit. *J. J.*) XXXIII, 149; ALLFELD, *Die Bedeutung des Rechtsirrtum im Strafrecht*, 1904. LO STESSO, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8.a ed. del lavoro del MEYER, 1922 (cit. MEYER-ALLFELD) 165; v. BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, 1906-07, *II. Die Schuld nach dem Strafgesetzen*, 393; LO STESSO, *Zur Lehre von Rechtsirrtum im Strafrecht, Gerichtsaal* (citata *G. S.*) XXXVIII, 252,259, BASEDOW, *Die Strafrechtliche Verschuldung*, 1898; BAUMGARTEN, *Aufbau der Verbrechenslehre*, 1913, 179; BEKKER, *Theorie des heutigen deutschen Strafrecht*, 1859, I; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* 1906, 180; LO STESSO, *Unschuld Schuld und Schuldstufen in Vorentwurf*, 1910, 8. LO STESSO, *Grundzuege des Strafrechts* 6.a ed. 1920, par 42; BERNER, *Grundlinien der Kriminalistischen Imputationslehre*, 1843, 59; BESCHUETZ, *Die Fahrlaessigkeit innerhalb der geschichtliche Entwicklung der Schuldlehre* 1927; BIERLING, *Zur*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

non si può, d'altra parte, dire giunta a miglior risultato; il tema è

Kritik der juristischen Grundbegriffe, 1883, II, 336; Lo STESSO, *Juristische Prinzipienlehre*, III, 1905, 237; BINDER, *Zur Lehre von Schuld und Haftung*, *J. J.* LXXVII, 84; BINDING, *Handbuch*, 1885, I, 197; Lo STESSO, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 4.a *ed.* 1916-1922, *passim;* Lo STESSO, *Compendio di diritto penale, Parte Generale*, trad. Borettini (8.a ed.), 1927, 204; L o STESSO, *Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalen Verhaeltniss zu einander*, Z., I, 4. Lo STESSO, *Vier Forderungen aus das Kuenflige Reichsstrafgesetzbuch*, *G. S.* XXXVII, 31; LO STESSO, *Die Behandlung der Schuld in der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, *G. S.* LXXVII, 22; BIRKMEYER, *Enzyclopaedie der Rechtswissenchaft*, 2.a ed., 1904, 1127; BREIDENBACH, *Kommentar*, 1844 par. 59; v. BUELOW, *Aus der Praxis*, *G. S.*, LIX, 1-4; BUNGER, *Ueber Vorstellung und Wille als Elemente der subjektiven Verschuldung, Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissentschaft* (cit. Z,) VI, 293; BURCKHARDT, *Ueber das Verhaeltniss von Recht und Sittlichkeit, Schweizerische Zeitschrift*, (Revue pénale suisse), 1922, 10; v. BURI, *Die Kausalitaet und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, 8; LO STESSO, *Der allgemeine Theil des Strafrechts in dem Lehrbuch von Dr. Meyer, Prof. in Tubingen*, *G. S.*, XXVIII, 161; van CALKER, *Ethische Werte im Strafrechte*, 1904, 29; zu DOHNA, *Die Elemente des Schuldbegriffes*, *G. S.*, LXV, 304; LO STESSO, *Zum neusten Stande der Schuldlehre*, Z., XXXII, 323; LO STESSO, *Vorsatz des Landesverrats, Deutsche Juristen - Zeitung*, 1925, 25; EHRLICH, *Die Tatsachen des Gewonheitsrechts*, 1907; EXNER, *Das Wesen der Fahrlaessigkeit*, 1910, 12 - 108; v. FERNECK, *Die Schuld im Rechte und in der Moral*, Z., XXXII, 255; LO STESSO, *Die Rechtswidrigkeit*, 1905, I, 149; FEUERBACH, *Antihobbes*, 1798; LO STESSO, *Revision der Grundsaetze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799, LO STESSO, *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel von kuenftigen Beleidigungen des Verbrechers*, 1800; FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, Z., X, 169; LO STESSO, *Das Strafgesetzbuch fuer das deutsches Reich*, 7.a ed., 1908, 130; LO STESSO, *Ueber den Aufbau des Schuldbegriffes*, 1907, 21; GALLI, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, *G. S.*, LXVII, 371; LO STESSO, *Entscheidungen betreffend den Strafrechlichen Irrtum*, *G. S.*, LXVIII, 61; GEIB, *Osservazioni critiche sul progetto di codice penale italiano*, *Riv. Pen.*, ,I 299; GERLAND, *Grundfragen des Strafrecht*, 1918, 47; LO STESSO, *Deutsches Reichs Strafrecht*, 1922, 103. Lo STESSO, *Geldfaelschungsdelikte des deutschen Strafgesetzbuch*, *G. S.*, LIX, 81; GESSLER, *Ueber den Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrecht*, *G. S.*, X, 217, 240, 307, 322; GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungstrafrecht*, 1902. Lo STESSO, *Le contravvenzioni e la teoria del diritto penale*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

14

stato amplissimamente trattato, da tutti i punti di vista, ma senza

---

amministrativo, Scritti per il cinquantenario della Rivista Penale, 411; GONNER, *Revision des Begriffes und der Einteilung des Dolus*, 1810; GRAVE *Wesen und Begriff der Schuld und seine geschichtliche Entwicklung*, Z., XLV, 99; NAGEN, *Der Vorsatz und seine Feststellung*, Z., XIX, 179, (Abschitt 6.o *Die Strafrechtliche Schuld und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*) Z., XIX, 179; van HAMEL (olandese), *Die Ethische Bedeutung der modernen Richtung in Strafrecht*, Z., XXXII; HAMMERER, *Der Einfluss des Rechtsirrtums auf die Bestrafung*, 1890, 9, HAUSER, *Zur Lehre vom Strafrechtlichen Vorsatz*, G. S., LIV, 1 44, 161 - 185; HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechers*, Z., XXXVI, 198; HEINEMANN, *Ist das Bewusstsein des Thaeters mit seiner gewollten und objektiv die Merkmale eines delikten erfuellenden Handlung ein Strafverbot zu verletzen zur Strafbarkeit dieser Handlung erforderlich?*, 1889; LO STESSO, *Die Bindigsche Schuldlehre*, 1889, 110. LO STESSO, *Zur Dogmengeschichte des Rechtsirrtums*, Z., XIII, 371 - 453, (vedi anche Z., XXXVIII, 252); HEFFTER, *Die Strafrechtliche Lehre von Ignorantia und Error, Neues Archiv. des Criminalrechts*, 1832, XII, 150; HEINZE, *Ueber den Einfluss des Rechtsirrthum im Strafrecht*, G. S., XIII, 397; HEITZ, *Das Wesen des Vorsatzes*, 1885; HEMMEN, *Ueber den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus nach der Strafrechtliche Literatur von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch*, Z., 1909, 1, 89; HESSE, *Revision der Lehre von Irrtum*, J. J., XV, 62 - 135, 206 - 250; v. HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlaessigkeit*, 1903; LO STESSO, *Vorsatz, Fahrlaessigkeit, Irrtum*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und auslaendischen Strafrechts, Allg. Teil.* (cit.° *V. D. A. T.*) III, 373 - 599; LO STESSO, *Vorsatz und Fahrlaessigkeit in den Entwurfen*, Z., XXXI, 562 - 596; LO STESSO, *Die Lehre von der Schuldarten*, in *Aschaffenburg Monatsschrift*, X 78 - 102; LO STESSO, *Der Rechtsirrtum nach den Beschluessen des Strafrechteskommission*, Z., XXXV, 833 - 848; LO STESSO, *Ein wichtiger Forschritt des Schuldlehre, Strafrechtszeitung*, IV, 14 - 25; LO STESSO, *Rechtsirrtum und Bundesratsverordnung, Ivi* XI, 697 - 704; LO STESSO, *Irrtum im Strafrecht, Ivi* XII, 1032; LO STESSO, *Die Allgemeine Lehren von Verbrechen in den Entwurfen, Ivi*, XLII, 426. LO STESSO, *Das Bewusstsein der Rechtswdirigkeit, Ivi*, XLV, 1 - 16; HOPFNER, *Zur Tragweite der Normenlehre*, Z., XXIII, 643. LO STESSO, *Einheit und Merheit der Verbrechen*, 1901, I, 130; HORN, *Eroerterung einiger Strafrechtlichen Grundbegriffe vom Standpunkte der Wundtschen Psychologie*, G. S., LIII, 56; HUTHER, *Der Vorsatz*, G. S., LVII, 270; LO STESSO, *Die Causalitaet des Willens* (par-III, *Schuldbewusstseim der Rechtswidrigkeit*), G. S., LXXXVIII, 286;

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

risultati definitivi quanto al diritto vigente; chi scorra quella copio-

---

JANKA, (austriaco) *Die Grundlagen des Strafschuld*, 1885, 100; JHERING, *Zweck im Recht*, 3.a ed. 1893, 1, 332 segg.; KAHN, *Der Ausserstrafretliche Rechtsirrtum*, 1900; KLEE, *Zur Lehre vom Strafrechtlichen Vorsatz*, 1897; LO STESSO, *Vorsatz und Pflichtvidrigkeit. Archiv. fuer Strafrecht und Strafprozess*, (Goltdammer - Kohler), LXIX, 162; KOESTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845; LO STESSO, *System*, I, 376 segg.; KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff in Straffrecht*, 1903. LO STESSO, *Strafrechtliche Rueckwirkung einer ausserstrafrechtliche Gesetzaenderung*, Z., XXIII, 63; KOHLER, *Studien aus dem Strafrecht*, 1890, I, 67; LO STESSO, *Leitfaden des Strafrecht*, 1912, 18; LO STESSO, *Deutsches Strafrecht*, 1917, 302; LO STESSO, *Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum*, 1904, 65; KRAUS, *Das Motiv*. Z., XVII, 467 (recensito dal CONTI *in Riv. Pen.*, LI, 249); LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, 1900, 134; LO STESSO, *Gedanken ueber den Rechtsirrtum im Strafrecht*, Z., XXXVIII, 21; LO STESSO, *Die ethische Grundlagen des Schuldbegriffes*, Z., XIV, 446; LO STESSO, *Il trattamento particolare dei delinquenti politici, Scritti per il Cinquantenario della Rivista Penale*, 421; LO STESSO, (vedi MERKEL); LIFTSCHUETZ, *Der Gute Glauben im Strafrecht*. Z., XXXVI 573; v. LILIENTHAL, *Grundriss*, 2.a ed., 1900, 38: LISTZ, *Traité de droit pénal allemand*, trad. Lobstein (della 17 ed. ted., 1908), 1911, I, 250; LO STESSO *Die Deliktsobligationen im System des B. G. B.*, 1898, 56; LOEFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, 1895, 93; LONING, *Grundiss*, 1885; LUCAS, *Die Subjektive Verschuldung in heutigen deutschen Strafrecht*. 1883, 66; LO STESSO, *Anleitung zur Strafrechtliche Praxis*, 1902. LO STESSO, *Zur Frage der subjectiven Verschuldung G. S.*, XXXVI, 429; M. E. MAYER, *Die Schuldhafte Handlung und ihre Arten in Strafrecht*, 1901. LO STESSO, *Rechtsnormen und Kulturnomen*, 1903; LO STESSO, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1923: LO STESSO, *Glossen zur Schuldlehre*, Z., XXXII, 495; MERKEL, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 1899, par. 30: Vorsatz und Irrtum; LO STESSO, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, riveduta da LIEPMANN (cit. MERKEL-LIEPMANN), 1912, 105; MITTERMAIER, *Delle idee e dei caratteri del dolo malo, in Scritti germanici del Mori*, 1846, I, 31; NAGLER, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in *Scritti per le onoranze a Binding*, 1911, II, 343; OERSTED, *Abhandlungen aus dem Gebiet der Moral und der Gesetzliche Philosophie*, 1818; OETKER, *Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums im Strafrechte*, 1876, 51; LO STESSO, *Zum Schuldbegriffe*, G. S., LXXII, 161; OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch fuer das Deutsche Reich*, 9.a ed., 1910, par. 59; OPPENHOFF, *Kommentar*, 14.a ed. curata da DELIUS, par. 59; ORTLOFF, *Die Strafbarkeitserkenntnis als Schuldvoraussetzung*, 1891; LO STESSO, *Zum Lehre von den Strafrechtlichen Vorsatze und dem Deter-*

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

16

sissima bigliografia (18) nota come quel grande sforzo non abbia

minismus; LO STESSO, *Die Verneinung der Wille und Freiheit und Determinismus;* ORTMANN, *Ueber den Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrecht, G. S.*, XXIX, 241; LO STESSO, *Zu parag. 59 des deutschen Strafgesetzbuchs, G. S.*, XXX; OSENBRUGGEN, *Abhandlungen aus dem deutscher Strafrecht*, 1857, 10; RADBRUCH, *Ueber den Schuldbegriff, Z.*, XXIV, 333; REGELSBERGER, *Pandekten*, 1893, i. par. 128; ROSENBERG, *Die Dreiteilung der strafbaren Handlung, Z.*, XXIV, 9; ROSENFELD, *Schuld und Vorsatz in v. Listzschen Lehrbuch, Z.*, XXXII, 466; ROSSHIRT, *Im welchen Faellen kann sich der Verbrecher mit Unkenntniss des Rechts entschuldigen*, 1827; (è tradotto negli *Scritti germanici del* MORI, 1846, I, 97); RUEMELIN, *Das Verchulden in Straf. und Zivilrecht.*, 1909, 26; SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, 503; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale, trad.* SCIALOIA, III, 327; SCHAEFFERT, *Gehoert nach dem Strafgetzbuch zum Vorsatz das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit?*, 1897, 22; SCHMITT, *Ueber Schuld und Schuldarten*, 1910, 73; SCHUTZE, *Lehrbuch*, 2.a ed., 1874, 128; SCHWEIZER, *Zur Lehre vom Irrtum im Strafrecht*, XXVII, 276; SEUFFERT, *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*, 1894, 98; LO STESSO, *Ueber einige Grundfragen des Strafrechts*, 21; SIGWART, *Kleine Schriften, Zweite Reihe*, 1889, II, 180; v. SIKORSKI, *Die Behandlung des Rechtsirrtums*, 1908; SIMON G., *In wie weit beruecksichtigt das deutsche Strafgesetzbuch die Unkenntniss des Strafgesetzes, G. S.*, XXXII, 416; STOOS, *Vorsatz und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und der Pflichtwidrigkeit, Revue pénale Suisse*, 1899, 1, 9; LO STESSO, *Die Strafrechtswidrigkeit, Z.*, XXIV, 319; STUBEL, *System des positiven peinlichen Rechts*, 1795; STURM, *Die Strafrechtliche Verschuldung*, 1902, 46; LO STESSO, *Die Schuldarten und der V. E., Z.*, XXX, 305; THON, *Der Normenadressat, Eine Untersuchung zur allgemeinen Rechtslehre, J. J.*, 427; WAECHTER, *Deutsches Strafrecht*, par. 59; WEISMANN, *Der Thatbestand der Urkundenfaelschung, Z.*, XI, 87, n. 196; WEINRICH, *Strafrecht und Kriminalpolitik*, par. 8: *Irrtum in Strafgesetz, Z.*, XVII, 802; ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschaeft*, 1879, 75.

(18) Avverto che ho ordinato alfabeticamente i nomi degli autori tedeschi alle cui opere faccio riferimento nel corso dell'articolo per facilitare il riscontro delle citazioni che seguiranno abbreviate; questa non è dunque affatto una bibliografia completa del tema. Il lettore che si voglia più ampiamente informare, riscontrando le indicazioni bibliografiche che spesseggiano nelle opere citate (particolarmente copiose in MEYER-ALLFELD, 116, n. 11; BINDING, *Compendio*, 209-211; KOHLER, *Strafrecht*, 305, V. LISZT, *Traité*, I, 263) noterà che sono ivi indicate molte opere, che non figurano nè tra le qui sopra elencate, nè tra le altre che

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

condotto alla conquista di alcuna nuova verità accettata unanimemente o quasi come tale; (19) lo sforzo degli studiosi si è risolto nel moltiplicarsi di enunciazioni teoriche più o meno ingegnose, l'una all'altra radicalmente antitetica, in relazione a concezioni sistematiche generali tra loro profondamente diverse, cosicchè si è per avventura accreditata l'opinione che l'accennato problema, appunto per la sua posizione centrale nel sistema del diritto penale, possa esser risoluto soltanto subordinatamente alla risoluzione di altri di carattere generale ed in funzione di essi.

4. Nè la incuria della dottrina francese, nè gli insuccessi di quella tedesca ci disanimano tuttavia nell'affermare che è possibile in diritto positivo italiano pervenire ad una soluzione del problema, fondata su elementi obbiettivi ed inoppugnabili, talchè il tema del dolo possa essere considerato come un punto di partenza, anzichè un punto di arrivo, in rapporto ai quesiti, che affaticano la scienza giuridica penale.

Non solo infatti la dottrina italiana si presenta più agguerrita di quella francese dal punto di vista dell'elaborazione tecnico-giudica, generalemente più decisa, nella trattazione del diritto pubblico, nello sforzo di liberarsi da concezioni antiquate, ma, in confronto di entrambe le dottrine straniere sovra accennate, ha a che fare con un diritto positivo di gran lunga più moderno, dal quale

---

si citano via via nel corso dell'articolo mentre non vi appaiono più altre da me segnalate e non solo tra quelle apparse in data posteriore. Non ho creduto di seguire i tentativi tedeschi di bibliografia nemmeno nel sistema di classificare gli autori in gruppi di aderenti a questa o quella opinione, sia perchè vi furono molti pentimenti in successive opere o successive edizioni delle stesse, per parte dello stesso autore, e revisioni quando l'edizione fu curata da altri, sia perchè l'incertezza o la complessità del pensiero di più autori rende arbitraria una tale sistemazione. Ho indicato la data delle varie opere perchè possa dare un orientamento generico della loro posizione nella storia della dottrina. la data è però sempre quella dell'edizione utilizzata.

(19) Ve n'è anche riconoscimento ufficiale nelle *Relazioni* ai Progetti di nuovo Codice Penale per l'Impero, alle quali avremo occasione di far più ampio riferimento (vedi nn. 46 e segg.).

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

18

sono risolute le questioni che sono presupposto essenziale della decisione nel tema che ci interessa (20); è infatti ben vero ch'essa è subalterna ad altre soluzioni, ma queste sono, per quel che ci sembra, chiaramente fissate nel nostro diritto.

Basti quì accennare alla precisa sistemazione data dall'art. 44 del vigente Codice Penale italiano al problema dell'errore di diritto, in confronto alle incertezze cui dà luogo nella dottrina tedesca il vigente paragrafo 59 di quel Codice Penale, intorno al quale si agitano tutte le dispute del nostro tema (21) e alle diverse e vetuste formulazioni dell'art. 1 del titolo preliminare al Codice Napoleonico o ricordare, come non meno importante, ed a torto disconosciuta sin quì, sia per il problema enunciato la soluzione comunemente accolta in dottrina e giurisprudenza italiana circa il valore della consuetudine nel diritto pubblico in genere (22) e nel penale in ispecie (23).

---

(20) Avremo occasione di constatare nel corso del presente lavoro che per il progresso degli studi ci è ormai uno iato tra quella che fu presumibilmente la volontà (improntata alla dottrina della coazione psicologica) del legislatore tedesco del codice del 1870 e quelle che sono le concezioni generali della dottrina moderna.

(21) Oltre che costantemente nella letteratura tedesca, vedi riconosciuto l'intimo rapporto tra la dottrina dell'errore e il dolo in CRIVELLARI, *Codice Penale per il Regno d'Italia*, 1890, I, 269; FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, 3.a ediz. I, 418. Ciò è indiscusso in altri diritti: vedi per il diritto austriaco al n. 16; per l'olandese al n. 20; quanto allo svizzero vedi GRETENER, *Der Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Gerichtsaal, LXXXVII, 39; d'accordo sull'esistenza del nesso, ma combattendo l'applicazione della massima della inescusabilità dell'errore di diritto, chè per lui ha importanza meramente civilistica, al diritto penale e denunciandola « causa di infiniti mali » l'HAFTER, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, 1926, 182, 183. Contro, per la autonomia dei due problemi, ANGIONI, op. cit. 6.

(22) Vedi RANELLETTI, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno* (costituzionale e amministrativo), *Riv. di dir. pubbl.* 1913, I, 146.

(23) Vedi su ciò MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 2.a ed. 1920, I, 211, con speciale riguardo alla efficacia abrogatoria; ALIMENA,

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

Sulle basi di questo ed altri dati del nostro diritto positivo è, secondo noi, possibile fissare già nel vigente diritto (24) quel che nel *Progetto* sarà esplicitamente dichiarato, doversi la nozione di dolo stabilire indipendentemente da ogni considerazione alla coscienza che abbia avuto l'agente del valore etico-giuridico della sua azione.

Poichè questa, allo stato attuale della nostra dottrina, potrebbe sembrare, senza adeguata dimostrazione, affermazione gratuita e temeraria dovremo necessariamente, cercando di fissarle quanto più chiaramente possibile, passare in rapida rassegna le varie opinioni che si sono espresse in diritto moderno circa i rapporti tra dolo generico e coscienza della illiceità, sia nella dottrina italiana che

---

Principi di diritto penale, 1910, I, 202. Conforme BATTAGLINI, *Introduzione allo studio del diritto penale*, 1923, 47. Contro MASSARI, *La norma penale*, 1913, 35; LO STESSO, *Corso di diritto penale, Parte Generale*, 1925-1926, 23; MAZZARELLA, *La consuetudine nella norma penale, Rivista di fil. del diritto*, 1927, 507, per il quale « l'efficacia abrogativa della legge penale spiegata dalla desuetudine è fatto indiscutibile ».

(24) Trascuriamo quindi di tentare qui la determinazione del concetto di *dolus* in diritto romano, che da sola basterebbe a formare oggetto di un laborioso studio (vedi su ciò FERRINI, *Diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale del* PESSINA, 72; MOMMSEN, *Droit pénal romain*, trad. DUQUESNE, 106; COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, 1921, 86, n. 1, 90; BINDING, *Normen*, II, 640, IV, 415; v. LILIENTHAL, *Gedanken*, XXXIX, 115 seg.; vedi in tema affine: VASSALLI, *Error juris et facti, Studi senesi*, XXX, 1914; BESELER, *Beitraege*, IV, 248; HOLLANDER, *Zur Lehre von « error » nach roemischen Recht*, 2.a ed. 1908). Tale nozione sarebbe infatti affatto inconcludente per noi, data la manifesta diversità dei due diritti, romano e italiano vigente, non fosse che circa il valore della consuetudine in diritto penale. Più interessante per il nostro tema sarebbe un'indagine che giovasse a determinare, non tanto quello che fu il vero concetto di *dolus* in diritto romano, verosimilmente non costante in tutta la evoluzione storica nè per tutte le forme di reati, ma piuttosto la nozione del dolo che i giureconsulti intermedi costrussero sul Corpus juris la quale ha per il diritto moderno un valore tradizionale; ma una tale ricerca eccederebbe i limiti del presente lavoro. Basti dunque accennare che presupposto della dottrina ro-

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi

20

straniera, ponendole però tutte al metro del diritto positivo italiano; pervenuti così a identificare l'opinione conforme al diritto vigente, potremo, al secondo capitolo, apprezzare la portata e la opportunità delle innovazioni introdotte dal *Progetto*.

---

mana dell'errore e del dolo è la distinzione dei reati in *jure naturali, jure gentium, jure civitatis*, che in diritto intermedio entra in considerazione una nuova distinzione, quella tra reati di diritto comune e reati di diritto particolare di una singola città, sopratutto per quel che riguarda il dolo delle azioni del forestiero. Di ciò cenni in ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 1895, 18 segg. Lo STESSO, *Irrtùm und Schùld nach der Italienische Lehre und Praxis des Mittelalters*, 1922, 10; Lo STESSO, *Rechtsirrtùm und Dolus im roemischen und qemeinen italienischen Rechte*, G. S. LXXXV, 3-4.

ISSN 2974-9751 ISBN 978-88-243-2858-6 DOI 10.60980/seg2024/1-17levi