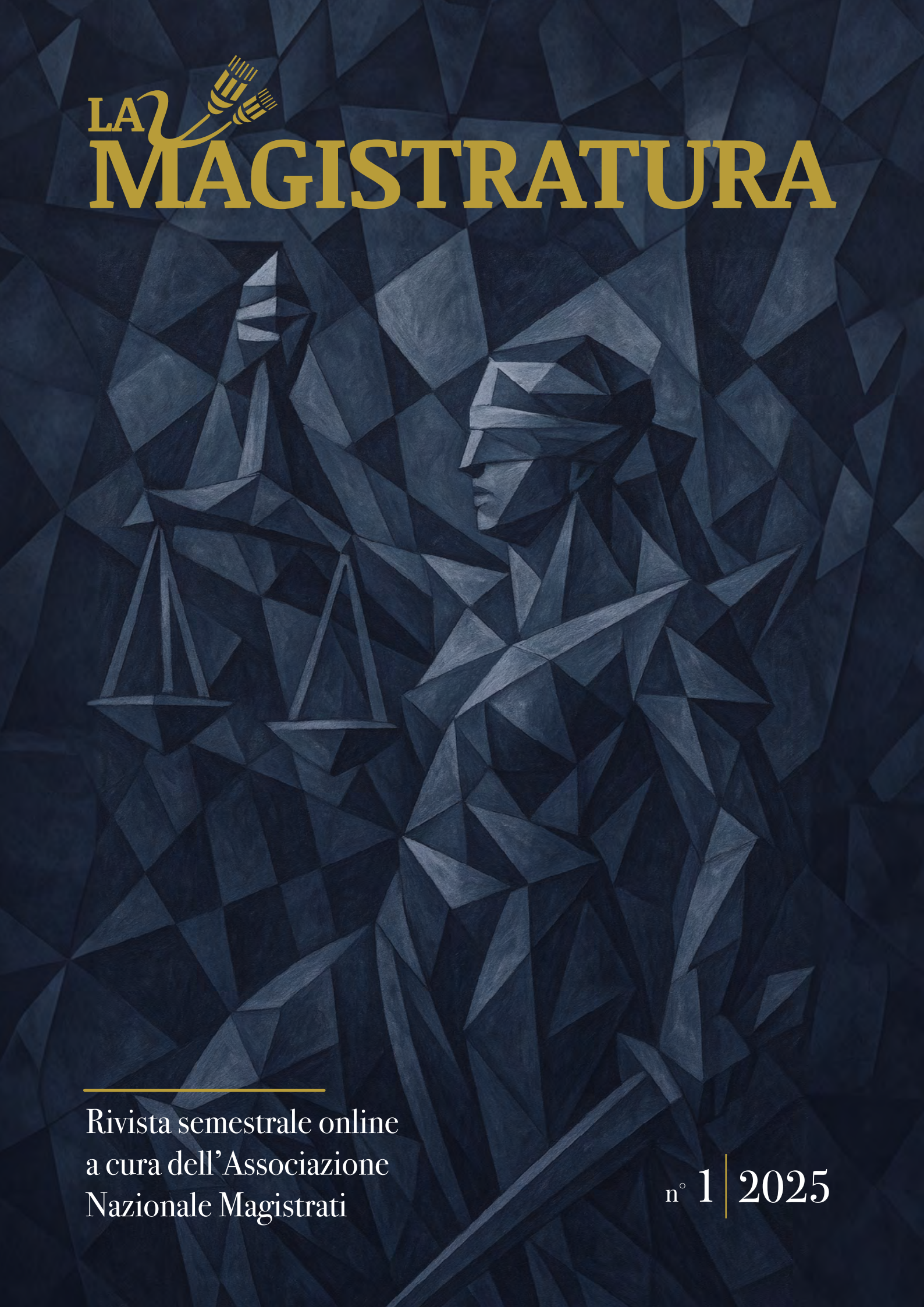




LA MAGISTRATURA

Rivista semestrale online
a cura dell'Associazione
Nazionale Magistrati

n° 1 | 2025

Semestrale

Anno IV, n.1

Rivista a cura dell'Associazione Nazionale Magistrati

C/o Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour snc - 00193 Roma
Telefoni: +39 06 6861266 • +39 06 6873812

redazione@lamagistratura.it

Direttore Editoriale: Monica Mastrandrea

Coordinatore della redazione: Carlo Passarello

Segretaria di redazione: Silvia Pino

Redazione: Paola Ciriaco - Antonio Diella - Gianna Manca - Rachele Monfredi - Andrea Reale - Gaspare Sturzo

Comitato Scientifico: Niccolò Abriani - Michele Ainis - Ferruccio Auletta - Santi Bologna - Antonio Briguglio - Giuseppe Campanelli - Roberto Carleo - Vincenzo Chionna - Fabio Cintioli - Agostino De Caro - Alberto De Vita - Marco Evola - Italo Federici - Pasquale Femia - Pietro Paolo Ferraro - Stefano Fiore - Gianluigi Gatta - Fabrizio Guerrera - Eugenia Italia - Anna Lorenzetti - Rocco Maruotti - Roberto Miccù - Michele Nardelli - Giorgio Pino - Valentina Ricchezza - Guido Romano - Umberto Ronga - Francesca Ruggieri - Federico Russo - Angelo Salerno - Laura Salvaneschi - Claudio Scognamiglio - Gaetano Silvestri - Roberta Tiscini - Michele Trimarchi - Giancarlo Vecchi - Maria Carmela Venuti.

Revisori: Prof. Andrea Abbagnano Trione (Università del Molise) - Prof. Antonio Albanese (Università Cattolica di Milano) - Prof. Andrea Alberico (Università di Napoli Federico II) - Prof.ssa Miriam Allena (Università Bocconi di Milano) - Prof. Enrico Al Muredeen (Università di Bologna) - Prof. Giuseppe Amadio (Università di Padova) - Prof. Giuseppe Amarelli (Università di Napoli Federico II) - Prof. Roberto Bocchini (Università Parthenope di Napoli) - Prof. Carlo Bonzano (Università di Roma Tor Vergata) - Prof.ssa Lucia Bozzi (Università di Foggia) - Prof.ssa Susanna Maria Cafaro (Università del Salento) - Prof. Antonio Caratta (Università Roma Tre) - Prof. Federico Casolari (Università di Bologna) - Prof. Antonio Cetra (Università Cattolica Milano) - Prof.ssa Camilla Crea (Università degli studi del Sannio) - Prof.ssa Donatella Curtotti (Università di Foggia) - Prof.ssa Elena D'Alessandro (Università di Torino) - Prof. Giacomo D'Attorre (Università degli Studi del Molise) - Prof.ssa Elisa De Belvis (Università Padova) - Prof.ssa Angela Della Bella (Università di Milano) - Prof. Giovanni Di Rosa (Università di Catania) - Prof.ssa Vera Fanti (Università di Foggia) - Prof. Giuseppe Fauceglia (Università di Salerno) - Avv. Alberto Figone (Aiaf) - Prof.ssa Erika Giorgini (Università Politecnica delle Marche) - Prof. Marco Gradi (Università di Messina) - Prof. Mauro Grondona (Università di Genova) - Prof. ssa Manuela Mantovani (Università di Padova) - Prof.ssa Elena Marinucci (Università Statale di Milano) - Prof. Luca Maserà (Università di Brescia) - Prof. Vincenzo Mongillo (Unitelma Sapienza) - Prof.ssa Teresa Maria Moschetta (Università Roma Tre) - Prof. Andrea Nervi (Università di Sassari) - Prof. Vincenzo Pinto (Università di Pisa) - Prof. Saverio Ruperto (Università La Sapienza di Roma) - Prof. Giandomenico Salcuni (Università di Foggia) - Avv. Giulia Sarnari (Aiaf) - Avv. Mariacarla Serafini (Aiaf) - Prof. Michele Sesta (Università di Bologna) - Prof. Marco Speranzin (Università di Padova) - Prof. Ferruccio Tommaseo (Università di Verona) - Prof.ssa Valeria Torre (Università di Foggia) - Prof.ssa Loredana Tullio (Università degli studi del Molise) - Prof. Michele Vellano (Università di Torino) - Avv. Valeria Vezzosi (Aiaf) - Prof.ssa Mariacristina Zarro (Università Politecnica delle Marche) - Prof. Salvatore Ziino (Università di Palermo).

La pubblicazione degli articoli sulla rivista semestrale La Magistratura è subordinata alla valutazione positiva del Comitato dei referees.

I contributi devono essere inviati all'indirizzo redazione@lamagistratura.it. I contributi ricevuti sono valutati in forma anonima secondo le regole di referaggio della Rivista, dandone riscontro agli autori. Non si pubblicano contributi già apparsi in altre riviste.

Tutto il materiale pubblicato sul sito www.lamagistratura.it è protetto da copyright © Anm. È consentita la riproduzione parziale citando la fonte.

Tutti gli articoli firmati sono protetti dalla legge 633/1941 sul diritto d'autore.

Il numero 1/2025 è stato chiuso il 15 luglio 2025.

Indice

EDITORIALE

- pg. 4 **Un nuovo inizio: pensare insieme la giustizia attraverso un necessario confronto**
Monica Mastrandrea

DIRITTO COSTITUZIONALE E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

- pg. 7 **Quali cambiamenti produrrà (e quali potrebbe produrre), sull'ordinamento giudiziario, la riforma costituzionale Meloni-Nordio**
Saulle Panizza
- pg. 15 **La stagione delle riforme: i progetti di riorganizzazione del potere giudiziario**
Roberto Romboli

DIRITTO E PROCEDURA PENALE

- pg. 23 **L'euristica del quasi (il diritto penale algoritmico)**
Vincenzo Bruno Muscatello
- pg. 33 **La “consensualizzazione” che muove dalla competenza e dalla sensibilità del magistrato e degli avvocati nei procedimenti di famiglia in cui vi sono state condotte di violenza domestica o di genere**
Veronica Marraopodi
- pg. 43 **Il sistema del processo penale telematico al primo giro di boa**
Michele Caianiello – Antonio Pugliese

DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

- pg. 55 **Origini e prospettive delle astreintes nel processo civile**
Francesco Maria Ciaralli
- pg. 69 **Il contratto di locazione tra manutenzione e risoluzione: principi e novità giurisprudenziali**
Gianluca Tarantino

PERSONE, MINORI, FAMIGLIE

- pg. 83 **Cinquant'anni dalla riforma del diritto di famiglia: evoluzione legislativa e giurisprudenziale**
Rossella Casillo

Editoriale

Un nuovo inizio: pensare insieme la giustizia attraverso un necessario confronto



di Monica Mastrandrea
direttrice La Magistratura

Con questo primo numero prende avvio una nuova stagione de *La Magistratura*, che, nel solco del lavoro già tracciato dalla precedente direzione, punta ad affermarsi non solo come rivista scientifica di riferimento nel panorama giuridico, ma soprattutto come luogo vivo di confronto, pensiero critico e dialogo aperto sui grandi temi del diritto e della giustizia, una piattaforma più agile e dinamica, con un taglio divulgativo e informativo, ma sempre rigoroso.

Viviamo un tempo complesso, in cui il ruolo della magistratura, l'equilibrio tra i poteri, il valore stesso delle principali garanzie costituzionali tornano al centro del dibattito pubblico, spesso in un clima purtroppo segnato da tensioni, semplificazioni e sfiducia. È proprio in momenti come questi che percepiamo ancora più forte la responsabilità di offrire uno spazio serio, plurale, accessibile, un luogo dove la giustizia possa raccontarsi con onestà intellettuale e, soprattutto, senza retorica; possa ascoltare, spiegarsi e aprirsi al continuo e indispensabile confronto con la società senza chiudersi in schemi autoreferenziali.

La Magistratura riparte come pilastro comunicativo dell'associazione nazionale magistrati, con l'ambizione di favorire questa apertura per raccontare l'attualità della giustizia e dei temi ad essa legati, offrire strumenti di conoscenza, stimolare

una riflessione condivisa, contribuire alla costruzione, da un lato, di una coscienza collettiva e, dall'altro, di una piena assunzione di responsabilità sui diritti, sulle garanzie e sul ruolo essenziale della giurisdizione nella tutela delle libertà.

In questo quadro, lo spazio dedicato agli approfondimenti di taglio scientifico ambisce a diventare una sede di confronto accademico e giuridico di alto profilo, ospitando contributi che guardano oltre l'attualità contingente per sondare le trasformazioni profonde del nostro ordinamento. Tra gli obiettivi programmatici vi è anche la piena consapevolezza della necessità di alimentare il dibattito culturale attorno alla valorizzazione del ruolo centrale della giurisdizione in una società in cui lo Stato di diritto e la democrazia liberale, per come li conosciamo, sono messi alla prova da tensioni e sfide profonde, in un contesto nel quale il dialogo spesso viene solo formalmente invocato, ma sostanzialmente continua ad essere ignorato.

Questo primo numero si apre con una sezione dedicata al diritto costituzionale e all'ordinamento giudiziario, in un momento in cui il Parlamento sta approvando un disegno di legge costituzionale contenente "*Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare*", destinato a impattare profondamente sull'assetto della magi-

struttura e, dunque, sull'esercizio della giurisdizione, senza, tuttavia, incidere affatto sull'efficientamento del servizio giustizia. Gli autorevoli contributi di **Saulle Panizza** e di **Roberto Romboli** offrono un'accurata e lucida riflessione critica sui profili istituzionali e ordinamentali della proposta di riforma Nordio, evidenziando in particolare le criticità derivanti dalle disposizioni transitorie alla luce degli emendamenti presentati nel corso della discussione parlamentare e affrontando anche la questione della delegittimazione della magistratura e della stessa funzione giudiziaria.

Segue una sezione dedicata al diritto e alla procedura penale, con un ventaglio di prospettive che spaziano dalle frontiere dell'intelligenza artificiale nel processo penale e i rischi che possono derivare sul libero arbitrio, sulla coscienza e sulla volontà su cui si fonda la responsabilità penale, analizzate con cura da **Vincenzo Bruno Muscatiello**, all'urgenza formativa nei casi di violenza domestica e di genere, evidenziata da **Veronica Marrapodi**, fino alle nuove sfide poste dalla telematizzazione del processo penale, oggetto di riflessione critica nel contributo di **Michele Caianello** e di **Antonio Pugliese**.

Ampio spazio è infine dedicato anche al diritto e alla procedura civile: **Gianluca Tarantino** indaga il ruolo della buona fede nell'esecuzione dei contratti di lo-

cazione tra manutenzione e risoluzione, anche alla luce anche della recente pronuncia della Corte di cassazione a sezioni unite n. 4892/2025; **Francesco Maria Ciaralli** ripercorre l'evoluzione dell'istituto delle *astreintes* nel contesto del processo civile e amministrativo italiano in prospettiva comparatistica con i principali ordinamenti europei; mentre **Rossella Casillo** ci guida in una riflessione sull'evoluzione del diritto di famiglia, cinquant'anni dopo la riforma del 1975, tra nuove tipologie familiari e nuove sfide dettate dalla famiglia unipersonale e dall'affermazione del diritto all'autodeterminazione orientata alla genitorialità.

Ci auguriamo che questo numero e i prossimi che seguiranno possano contribuire a coltivare un dibattito giuridico rigoroso, aperto e consapevole, capace di valorizzare il ruolo della giurisdizione come presidio delle libertà e fondamento dello Stato democratico.



Diritto costituzionale e ordinamento giudiziario

Quali cambiamenti produrrà (e quali potrebbe produrre), sull'ordinamento giudiziario, la riforma costituzionale Meloni-Nordio



di Saulle Panizza

Professore ordinario di diritto costituzionale, Università di Pisa

It

Il contributo affronta alcune questioni poste dal disegno di legge costituzionale Meloni-Nordio di riforma della magistratura, attualmente (giugno 2025) all'esame del Parlamento, con particolare riferimento agli interventi legislativi di attuazione che si renderanno necessari, anche in virtù delle disposizioni transitorie che impongono al legislatore l'adeguamento (alle disposizioni della legge costituzionale una volta approvata) delle leggi sul Consiglio superiore della magistratura, sull'ordinamento giudiziario e sulla giurisdizione disciplinare.



Riforma costituzionale, ordinamento giurisdizionale, attuazione legislativa, disposizioni transitorie

Eng

The contribution aims to examine some issues raised by the constitutional draft law Meloni-Nordio for the reform of the judiciary, currently (June 2025) under examination by Parliament, with particular reference to the necessary implementing legislative interventions, also due to the transitional provisions that will require the legislator to adjust (to the provisions of the constitutional law once approved) the laws on the High Council of the Judiciary, on the judicial system, and on disciplinary jurisdiction.



Constitutional reform, judicial system, legislative implementation, transitional provisions

Sommario

1. I cambiamenti che la riforma costituzionale produrrebbe sull'ordinamento giudiziario – 2. Gli interventi di attuazione legislativa che si renderebbero necessari a seguito dell'approvazione del disegno di legge costituzionale – 3. Le disposizioni transitorie contenute nel disegno di legge costituzionale e l'indeterminatezza degli atti oggetto di adeguamento – 4. Alcune ulteriori criticità derivanti dalle disposizioni transitorie, anche alla luce degli emendamenti presentati nel corso della discussione parlamentare

1. I cambiamenti che la riforma costituzionale produrrebbe sull'ordinamento giudiziario

Il disegno di legge costituzionale contenente “Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare”, approvato dalla Camera dei deputati, in sede di prima deliberazione, il 16 gennaio 2025, è attualmente in discussione (giugno 2025) presso la prima commissione permanente dell'altro ramo del Parlamento (atto Senato n. 1353), non senza qualche difficoltà di percorso.¹

Presentato alla Camera dei deputati il 13 giugno 2024 (atto Camera n. 1917), a distanza di circa un anno esso dunque potrebbe avviarsi a ricevere, in breve tempo, la seconda delle quattro deliberazioni necessarie ai fini dell'approvazione².

Il titolo e l'articolato del disegno di legge permettono di perimetrare, almeno sul piano formale, l'intervento di revisione.

Quanto al titolo, esso sembra presentare, in vero, qualche imprecisione. L'utilizzo del concetto di “ordinamento giurisdizionale” (adottato dal Costituente per la Sezione I del Titolo IV della Parte II Cost.) pare peccare per difetto, dal momento che una delle previsioni attiene in realtà ai poteri del presidente della Repubblica, contenuti in altro segmento della Carta. Inoltre, l'affiancamento della materia “istituzione della Corte disciplinare” a quella di “ordinamento giurisdizionale” sembra portare, per così dire, fuori da quest'ultimo un profilo che il Costituente vi ha, invece, pacificamente ricompreso, come si ricava dagli artt. 105 e 107, che affidano al Csm i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati e al ministro della Giustizia la facoltà di promuovere l'azione disciplinare.

Quanto al testo, esso si compone di otto articoli: i primi sette apportano modifiche a sette articoli della Costituzione (si tratta, nell'ordine, degli artt. 87, 102, 104, 105, 106, 107 e 110), mentre l'ultimo (art. 8) contiene alcune disposizioni transitorie. Degli articoli della Costituzione che verrebbero modificati, uno appartiene, come detto, al Titolo II della Parte II, riguardante il presidente della Repubblica³, tutti gli altri al Titolo IV della Parte II, sulla magistratura, e specificamente alla Sezione I (denominata Ordinamento giurisdizionale), mentre non sarebbero coinvolte le “Norme sulla giurisdizione” (artt. 111-113, contenute nella Sezione II)⁴.

Dal punto di vista della tipologia dell'intervento riformatore sotto il profilo tecnico-normativo, si può osservare che:

- l'art. 1 aggiungerebbe alcune parole all'art. 87, comma 10, Cost.;
- l'art. 2 aggiungerebbe alcune parole all'art. 102, comma 1, Cost.;
- l'art. 3 sostituirebbe interamente l'art. 104 Cost.;
- l'art. 4 sostituirebbe interamente l'art. 105 Cost.;
- l'art. 5 inserirebbe alcune parole nell'art. 106, comma 3, Cost.;
- l'art. 6 sostituirebbe alcune parole nell'art. 107, comma 1, Cost.;
- l'art. 7 sostituirebbe alcune parole nell'art. 110, comma 1, Cost.

Gli artt. 6 e 7 possono essere considerati come di mero coordinamento, conseguenti alle scelte, queste sì innovative, contenute in quelli precedenti e, nello specifico, all'introduzione di due distinti Consigli superiori, rispettivamente per la magistratura giudicante e per la magistratura requirente. Sia nell'art. 107 sia nell'art. 110 si prenderebbe sostanzialmente atto della riforma che condurrebbe all'esistenza di due organi di governo autonomo distinti, nel primo caso (art. 107) in relazione al potere di dispensa o sospensione dal servizio o di destinazione dei magistrati ad altre sedi o funzioni, nel secondo caso (art. 110) in riferimento ai poteri attribuiti dalla Costituzione al ministro della Giustizia, ferme

appunto le competenze di ciascun Consiglio superiore della magistratura. Il presente contributo intende limitarsi a richiamare per cenni i cambiamenti che la riforma produrrebbe nell'immediato, qualora approvata, e soffermarsi invece in maggior misura su talune possibili criticità derivanti in sede di attuazione e sulla reale portata delle modifiche al modello di ordinamento giudiziario che potrebbero derivare dalla successiva opera del legislatore ordinario.

2. Gli interventi di attuazione legislativa che si renderebbero necessari a seguito dell'approvazione del disegno di legge costituzionale

La revisione costituzionale in parola non sarebbe un intervento in sé compiuto, ma rinvierebbe, in più punti, a una successiva opera di concretizzazione ad opera di fonti primarie, nello specifico la legge, in virtù della riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario (che continua a essere) prevista dall'art. 108, comma 1, Cost., non toccato dalla riforma ("le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge").

Procedendo con ordine, un primo intervento di attuazione ad opera della legge si renderebbe necessario in base alla nuova formulazione dell'art. 102 Cost., relativamente ad uno dei grandi nuclei della riforma, vale a dire l'introduzione delle distinte carriere dei magistrati giudicanti e requirenti.

In questo caso vi è una peculiarità (rispetto a quanto si dirà per i successivi), nel senso che, sulla base della particolare modifica apportata dall'intervento di revisione, si aggiungerebbe un (nuovo) compito alle norme sull'ordinamento giudiziario, le stesse già ora chiamate a istituire e regolare i magistrati ordinari cui è affidato l'esercizio della funzione giurisdizionale. Proprio le norme sull'ordinamento giudiziario verrebbero (altresì) richieste di disciplinare "le distinte carriere dei magistrati giudicanti e requirenti"⁵. Non una nuova fonte o una nuova legge, dunque, ma un nuovo compito per le norme (già esistenti) sull'ordinamento giudiziario.

Un secondo intervento ad opera della legge si renderebbe necessario in virtù della nuova formulazione dell'art. 104 Cost., relativamente ad un altro grande nucleo della riforma, vale a dire l'introduzione di due distinti Consigli superiori, rispettivamente per la magistratura giudicante e per la magistratura requirente.

Stabilita direttamente in Costituzione la componente di diritto dei due Consigli (presidente della Repubblica e, rispettivamente, primo presidente e procuratore generale della Corte di cassazione), gli altri componenti sarebbero "estratti a sorte, per un terzo, da un elenco di professori ordinari di università in materie giuridiche e di avvocati con almeno quindici anni di esercizio, che il Parlamento in seduta comune, entro sei mesi dall'insediamento, compila mediante elezione, e, per due terzi, rispettivamente, tra i magistrati giudicanti e i magistrati requirenti, nel numero e secondo le procedure previsti dalla legge"⁶.

Un terzo intervento ad opera della legge si avrebbe in virtù della nuova formulazione dell'art. 105 Cost., relativamente ad un ulteriore grande nucleo della riforma, vale a dire l'attribuzione a una apposita Alta corte disciplinare della giurisdizione disciplinare nei riguardi dei magistrati ordinari, giudicanti e requirenti.

Stabiliti direttamente in Costituzione la composizione dell'Alta corte, l'elezione del suo presidente, la durata in carica dei giudici, il divieto di rinnovo dell'incarico, sarebbero altresì previste una serie di incompatibilità, in parte rimesse alla legge ("L'ufficio di giudice dell'Alta corte è incompatibile con quelli di membro del Parlamento, del Parlamento europeo, di un Consiglio regionale e del Governo, con l'esercizio della professione di avvocato e con ogni altra carica e ufficio indicati dalla legge").

Un quarto intervento ad opera della legge, connesso a quanto da ultimo osservato, e dunque sempre in ambito disciplinare, si avrebbe in relazione ad un ampio spettro di contenuti, quali si ricavano dall'ultimo comma dell'art. 105 Cost. nel testo modificato: la determinazione degli illeciti disciplinari; la determinazione delle relative sanzioni; l'indicazione della composizione dei collegi dell'Alta corte disciplinare; la determinazione delle forme del procedimento disciplinare; la determinazione delle norme necessarie per il funzionamento dell'Alta corte disciplinare; l'assicurazione che i magistrati giudicanti o requirenti siano rappresentati nel collegio. Infine, sempre con riferimento ad ulteriori interventi di attuazione legislativa, l'articolo 8 del disegno di legge costituzionale, dedicato, come detto, alle "Disposizioni transitorie", imporrebbe al legislatore l'adeguamento (alle disposizioni della legge costituzionale una volta approvata) delle leggi sul Consiglio superiore della magistratura, sull'ordinamento giudiziario e sulla giurisdizione disciplinare (comma 1), prevedendo altresì che "Fino alla data di entrata in vigore delle leggi di cui al comma 1 continuano a osservarsi, nelle materie ivi indicate, le norme vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge costituzionale" (comma 2).

3. Le disposizioni transitorie contenute nel disegno di legge costituzionale e l'indeterminatezza degli atti oggetto di adeguamento

Proprio esaminando le disposizioni transitorie, da ultimo ricordate, si è osservato, a commento, come non vi sia una precisa indicazione degli atti legislativi oggetto di adeguamento⁷. È stata preferita una formulazione più generica, che si limita a una indicazione di "materie": le leggi sul Consiglio superiore della magistratura, le leggi sull'ordinamento giudiziario, le leggi sulla giurisdizione disciplinare⁸.

Si può al riguardo notare un parallelismo tra l'adeguamento delle leggi sul Consiglio superiore della magistratura, sull'ordinamento giudiziario e sulla giurisdizione disciplinare, cui si riferiscono le disposizioni transitorie, con i nuclei tematici della riforma, già prima individuati.

Il primo nucleo, l'introduzione delle distinte carriere dei magistrati giudicanti e requirenti (art. 102 Cost. modificato), impatta sulle leggi sull'ordinamento giudiziario, con un'appendice relativa alla chiamata all'ufficio di consigliere di cassazione per meriti insigni⁹.

Il secondo nucleo, vale a dire l'introduzione di due distinti Consigli superiori, rispettivamente per la magistratura giudicante e per la magistratura requirente, impatta evidentemente sulle leggi sul Consiglio superiore della magistratura.

Il terzo nucleo, vale a dire l'attribuzione a una apposita Alta corte disciplinare della giurisdizione disciplinare nei riguardi dei magistrati ordinari, giudicanti e requirenti, con connessa rivisitazione della materia degli illeciti disciplinari, delle relative sanzioni e delle forme del procedimento disciplinare, impatta sulle leggi sulla giurisdizione disciplinare.

In relazione alle esigenze di attuazione che deriverebbero dall'approvazione della revisione costituzionale, e ai problemi connessi, si soffermano molti passaggi del parere formulato nei mesi scorsi dal Csm sul disegno di legge di riforma, evidenziando talune criticità¹⁰.

In termini generali, il parere osserva che la prima conseguenza della riforma sarebbe quella di rendere necessaria una pressoché integrale riscrittura della normativa primaria in tema di ordinamento giudiziario (cap. I, par. 3.1), nei vari aspetti dell'accesso in magistratura, dei compiti della Scuola della magistratura, del percorso professionale dei magistrati, in tutte le sue sfaccettature. Ci si domanda, poi, quale possa o debba

essere l'impatto anche su un tema, per così dire, esterno all'ordinamento giudiziario, almeno in senso stretto, quello della composizione della Corte costituzionale, nella parte in cui oggi la legge affida l'elezione di tre dei cinque giudici spettanti alle magistrature alla magistratura ordinaria (cap. I, par. 3.1.6).

Si sottolinea, quindi, sempre nel parere del Csm, la notevole discrezionalità che il legislatore ordinario avrebbe ai sensi del nuovo art. 104 Cost. in relazione alla composizione dei due nuovi Consigli superiori della magistratura (cap. III).

Con riferimento all'Alta corte disciplinare (cap. IV), vengono in primo luogo evidenziate alcune criticità legate al regime di incompatibilità dell'ufficio di giudice dell'Alta corte. L'aver plasmato il nuovo art. 105, comma 6, Cost. sull'art. 135 Cost. (stabilito per i giudici costituzionali) avrebbe potuto suggerire di porre l'ulteriore incompatibilità tra l'ufficio di giudice dell'Alta corte e quello di giudice della Corte costituzionale, ad evitare di demandarlo alla legge¹¹.

Risulterebbe infine amplissimo lo spazio lasciato al legislatore ordinario dall'art. 105, comma 8, Cost. nel testo riformato (rivisitazione della materia degli illeciti disciplinari, delle relative sanzioni e delle forme del procedimento disciplinare), a maggior ragione in combinazione con l'art. 8 del disegno di legge di riforma, potendosene anche ricavare come non vi sia più sovrapposizione normativa tra l'ambito di applicabilità dell'ordinamento giudiziario in senso stretto e la giurisdizione disciplinare (cap. IV, parr. 15, 16, e 17).

4. Alcune ulteriori criticità derivanti dalle disposizioni transitorie, anche alla luce degli emendamenti presentati nel corso della discussione parlamentare

All'insieme delle criticità evidenziate nel parere del Csm si possono aggiungere alcune altre considerazioni, in particolare con riguardo alla previsione dell'articolo 8 del disegno di legge costituzionale, contenente le disposizioni transitorie.

Una prima osservazione, va da sé, attiene al termine di un anno dall'entrata in vigore della legge costituzionale per l'adeguamento ad essa delle leggi sul Consiglio superiore della magistratura, sull'ordinamento giudiziario e sulla giurisdizione disciplinare. L'indeterminatezza circa gli atti legislativi oggetto di adeguamento, insieme alla (tutto sommato) brevità del termine, rendono in primo luogo incerta la possibilità di conseguire l'obiettivo. Non è un caso che nell'attuale trattazione in commissione al Senato un buon numero di emendamenti si sia appuntato esattamente su questo aspetto, proponendo un'estensione del termine¹².

La stessa formulazione del comma 2 ("Fino alla data di entrata in vigore delle leggi di cui al comma 1 continuano a osservarsi, nelle materie ivi indicate, le norme vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge costituzionale") appare, in vero, fin troppo simile all'infelice retaggio consegnatoci dalla perdurante inattuazione della VII disp. trans. e fin. Cost. ("Fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente"), per non sollevare dubbi di fattibilità.

Una seconda osservazione attiene alla qualificazione quali "materie", ad opera dell'art. 8, comma 2, di quelle previste dal comma 1, vale a dire il Consiglio superiore della magistratura, l'ordinamento giudiziario e la giurisdizione disciplinare. Poteva forse restare preferibile, sulla scorta della tradizione positiva (le varie leggi di ordinamento giudiziario succedutesi) e della stessa struttura costituzionale (che all'ordinamento giurisdizionale si riferisce, come ricordato, nella Sezione I del Titolo IV, dedicato alla magistratura) mantenersi fedeli a una perimetrazione materiale che non fornisse adito all'idea che il Consiglio superiore della magistratura e la giurisdizione disciplinare siano altro ri-

spetto all'ordinamento giudiziario, o comunque ambiti che possano e debbano trovare all'esterno della legge generale di ordinamento giudiziario la loro sede di disciplina. La disposizione transitoria, in questo senso, rischia di aprire la strada a una difficile operazione di interpretazione armonizzatrice tra materiali normativi di pari forza costituzionale (anche se taluni di essi chiamati a comporre il testo della Carta in senso stretto e altri invece contenuti nelle disposizioni transitorie di una legge di revisione costituzionale).

Da qui anche un'ultima, breve, notazione. L'adeguamento entro un anno alla revisione costituzionale è imposto per tutte e tre le categorie di leggi, quelle sul Consiglio superiore della magistratura, quelle sull'ordinamento giudiziario e quelle sulla giurisdizione disciplinare. L'applicabilità delle norme vigenti in attesa dell'adeguamento è a sua volta prevista "fino alla data di entrata in vigore delle leggi di cui al comma 1". Sarebbe eccessivo porsi fin d'ora lo scrupolo di come andrebbe interpretato un ipotetico contesto normativo in cui l'adeguamento avvenisse, nei termini temporali previsti, solo in parte, e dunque solo per una o per due (ma non per tutte e tre) le categorie di leggi indicate? E a quali conseguenze applicative potrebbe dar luogo un simile quadro? Forse si tratta di interrogativi prematuri e converrà certamente attendere gli esiti del processo di revisione costituzionale in atto, ma già alcuni emendamenti presentati nel corso della discussione parlamentare sembrano inserirsi in questa linea di dubbio¹³.

Più in generale, la complessità del quadro che potrebbe risultare dall'approvazione della riforma in commento è evidenziata anche da quelle proposte emendative che vorrebbero procrastinare l'efficacia delle leggi di adeguamento (l'emendamento 8.52 farebbe acquistare loro efficacia "a decorrere dal quinto anno successivo" alla data di entrata in vigore della legge costituzionale) o differire direttamente l'applicazione della revisione operata (l'emendamento 8.55 disporrebbe l'applicazione delle disposizioni della legge costituzionale "a far data dalla XXI legislatura").

Quel che appare certo è che il disegno di revisione in atto andrà valutato non soltanto sulle modifiche direttamente apportate alla Costituzione dagli articoli di cui si compone, ma sulla complessiva trasformazione del modello di ordinamento giudiziario che si è costruito nei decenni. Per questa parte, peraltro, con uno spazio ampio e in gran parte indeterminato lasciato al legislatore ordinario e alle maggioranze politiche del momento.

Note

1. Ne dà conto la redazione di questa rivista, *La prima volta del canguro in commissione* (3 giugno 2025) e *Ddl Nordio: slitta l'esame. In Aula il 18 giugno* (5 giugno 2025), che segnala la scelta del presidente d'Assemblea di concedere un tempo supplementare per l'esame degli emendamenti in commissione rispetto al termine originariamente fissato per l'11 giugno.
2. Resta naturalmente impregiudicata ogni questione relativa alle maggioranze nella seconda deliberazione e alla possibile richiesta del referendum ai sensi dell'art. 138 Cost.
3. Questo il testo dell'art. 87, comma 10, modificato (in grassetto le parole aggiunte): [Il presidente della Repubblica] "Presiede il Consiglio superiore della magistratura **giudicante e il Consiglio superiore della magistratura requirente**".
4. Per alcuni commenti al disegno di legge costituzionale, v. Bartole, S. (2024), *L'assetto degli organi di amministrazione e giustizia disciplinare nel d.d.l. cost. n. 1917 sulla separazione delle carriere*, e Zanon, N. (2024), *Perché non è bene avere un altro Csm*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Lettere AIC. 2021-2024*, Napoli, Editoriale Scientifica, rispettivamente pp. 465 ss. e 471 ss.; Filippi, P., "La proposta di revisione che modifica l'assetto della magistratura italiana", www.giustiziainsieme.it (27 febbraio 2025); alla riforma costituzionale della magistratura è stato recentemente dedicato (4 aprile 2025) un Convegno organizzato all'Università di Verona (gli interventi possono ascoltarsi qui: <https://www.radioradicale.it/scheda/755680/la-riforma-costituzionale-della-magistratura>); un approfondito esame di insieme è ora offerto da Romboli, R., "Magistratura e politica dalla finestra del Csm. I progetti di revisione costituzionale e la pratica di delegittimazione della magistratura", in *Questione Giustizia* (11 giugno 2025).
5. Questo il testo dell'art. 102, comma 1, modificato (in grassetto le parole aggiunte): "La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario, **le quali disciplinano altresì le distinte carriere dei magistrati giudicanti e requirenti**".
6. Sul tema, in maniera approfondita, v. Rossi, N., "Csm separati e formati per sorteggio. Una riforma per scompaginare il governo autonomo", in *Questione Giustizia* (10 giugno 2025).
7. Cfr., al riguardo, il dossier predisposto dai servizi studi parlamentari, XIX legislatura, dal titolo "Revisione costituzionale in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura", del 30 gennaio 2025, il quale segnala, al proposito, che, per quanto concerne il Consiglio superiore della magistratura, si tratta della legge 14 marzo 1958, n. 195 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura), modificata, da ultimo, dalla legge 17 giugno 2022, n. 71 (Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura); per quanto concerne l'ordinamento giudiziario si fa riferimento al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni (tra le recenti modifiche di maggiore rilevanza si ricordano quelle introdotte dalla legge 71/2022 nonché dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, cd. "riforma Cartabia"); che appare, inoltre, suscettibile di adeguamento, in considerazione delle modifiche introdotte dall'art. 5 al terzo comma dell'art. 106 Cost., la legge 5 agosto 1998, n. 103 (Nomina di professori universitari e di avvocati all'ufficio di consigliere di cassazione, in attuazione dell'art. 106, terzo comma, della Costituzione); e che, per quanto concerne il procedimento disciplinare, esso è regolato attualmente dal decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 (Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati), di attuazione della legge 25 luglio 2005, n. 150, come modificato dalla legge 24 ottobre 2006, n. 269.
8. Su tale scelta non è dato ricavare particolari indicazioni nemmeno dalla relazione di accompagnamento del disegno di legge originario (a.C. n. 1917, presentato dal presidente del Consiglio dei ministri Meloni e dal ministro della Giustizia Nordio, cit.), nella quale ci si limita a osservare che l'art. 8 "introduce due norme transitorie: la prima diretta a imporre, entro un termine breve, l'adeguamento delle norme che attualmente disciplinano il Consiglio superiore della magistratura nonché di quelle in materia di ordinamento giudiziario e in materia disciplinare; la seconda diretta a mantenere in vigore l'ordinamento vigente fino all'adozione delle nuove disposizioni".
9. La nuova formulazione dell'art. 106, comma 3, Cost., per cui "Su designazione del Consiglio superiore della magistratura **giudicante** possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti

insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche, **magistrati appartenenti alla magistratura requirente con almeno quindici anni di esercizio delle funzioni** e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori", suggerisce infatti l'adeguamento (anche) della legge n. 103/1998.

10. Consiglio superiore della magistratura, Parere sul disegno di legge costituzionale recante: "Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare" (delibera 8 gennaio 2025), rinvenibile sul sito dell'organo (www.csm.it).
11. Ciò che urterebbe con "il principio (pur non scritto) secondo cui la sede migliore per la previsione di incompatibilità di componenti di organi costituzionali e di rilevanza costituzionale è la Costituzione, attesa la naturale capacità di resistenza della fonte".
12. In dettaglio, verrebbe proposto (anche con finalità ostruzionistica, si può immaginare) il seguente ventaglio di opzioni: entro un anno dall'insediamento delle nuove Camere (8.9), dopo dieci anni dalla sua entrata in vigore (8.13), non prima di dieci anni (8.14), non prima di nove anni e sei mesi (8.15), entro nove anni e sei mesi (8.16), dopo nove anni dalla sua entrata in vigore (8.17), non prima di nove anni (8.18), entro nove anni (8.19), non prima di otto anni e sei mesi (8.20), entro otto anni e sei mesi (8.21), dopo otto anni dalla sua entrata in vigore (8.22), non prima di otto anni (8.23), entro otto anni (8.24), non prima di sette anni e sei mesi (8.25), entro sette anni e sei mesi (8.26), dopo sette anni dalla sua entrata in vigore (8.27), non prima di sette anni (8.28), entro sette anni (8.29), non prima di sei anni e sei mesi (8.30), entro sei anni e sei mesi (8.31), dopo sei anni dalla sua entrata in vigore (8.32), non prima di sei anni (8.33), entro sei anni (8.34), dopo cinque anni dalla sua entrata in vigore (8.35), non prima di cinque anni (8.36), non prima di quattro anni e sei mesi (8.37), entro quattro anni e sei mesi (8.38), non prima di quattro anni (8.39), entro quattro anni (8.40), non prima di tre anni e sei mesi (8.41), entro tre anni e sei mesi (8.42), non prima di tre anni (8.43), entro tre anni (8.44), entro tre anni (8.45), non prima di due anni e sei mesi (8.46), entro due anni e sei mesi (8.47), non prima di due anni (8.48), entro due anni (8.49), a partire da un anno (8.50).
13. L'emendamento 8.5 differenzerebbe, ad es., il termine di adeguamento: *Sostituire il comma 1, con il seguente*: «Entro un anno dalla data della sua entrata in vigore, le disposizioni relative al Consiglio superiore della magistratura sono adeguate alle disposizioni della presente legge costituzionale, mentre quelle sull'ordinamento giudiziario e sulla giurisdizione disciplinare entro due anni.», così anche l'8.6: *Sostituire il comma 1, con il seguente*: «Le disposizioni sull'ordinamento giudiziario e sulla giurisdizione disciplinare, sono adeguate alle disposizioni della presente legge costituzionale entro un anno dalla data della sua entrata in vigore, mentre quelle sul Consiglio superiore della magistratura entro due anni.», l'8.7: *Sostituire il comma 1, con il seguente*: «Le leggi sul Consiglio superiore della magistratura e sull'ordinamento giudiziario sono adeguate alle disposizioni della presente legge costituzionale entro un anno dalla data della sua entrata in vigore, mentre quelle sulla giurisdizione disciplinare entro due anni.», l'8.8: *Sostituire il comma 1, con il seguente*: «Le norme afferenti al Consiglio superiore della magistratura sono adeguate alle disposizioni della presente legge costituzionale entro un anno dalla data della sua entrata in vigore, quelle sull'ordinamento giudiziario entro due anni, mentre quelle sulla giurisdizione disciplinare entro tre anni.»; altri emendamenti sopprimerebbero nel comma 1 una delle categorie di leggi (8.10, 8.11, 8.12).

La stagione delle riforme: i progetti di riorganizzazione del potere giudiziario¹



di Roberto Romboli

*Professore emerito di diritto costituzionale
dell'Università di Pisa, componente del
Consiglio superiore della magistratura*

It

Il presente articolo esamina la proposta di riforma costituzionale (c.d. Nordio) focalizzandosi sulle sue implicazioni nell'assetto del Consiglio superiore della magistratura e dell'ordinamento giudiziario. Si evidenziano le criticità sollevate dalla dottrina specialistica in merito alle principali modifiche dell'assetto giudiziario, dalla separazione delle carriere all'istituzione dell'Alta corte disciplinare.



Riforma costituzionale, ordinamento giurisdizionale

Eng

The article examines the proposed constitutional reform (known as the Nordio reform), focusing on its implications for the structure of the High Council of the Judiciary and the judicial system. It highlights the critical issues raised by legal scholars concerning the main changes to the judicial framework, from the separation of judicial careers to the establishment of the High Disciplinary Court.



Constitutional reform, judicial system

Sommario

1. La riforma costituzionale in discussione davanti alle camere: la separazione delle carriere e la duplicazione del Csm; la sostituzione del metodo elettorale con quello del sorteggio; la creazione di un'Alta Corte disciplinare – 2. La pratica di delegittimazione della magistratura: dal “cancro da estirpare” al “gruppetto di magistrati militanti” La previsione di un test psicoattitudinale per l'ingresso in magistratura – 3. Il Csm: “un'anomalia che il sistema politico italiano ha sopportato ormai troppo a lungo e che quindi è tempo di rimuovere”

1. La riforma costituzionale in discussione davanti alle camere: la separazione delle carriere e la duplicazione del Csm; la sostituzione del metodo elettorale con quello del sorteggio; la creazione di un'Alta corte disciplinare

Il disegno di legge costituzionale (c.d. Nordio) è conosciuto e pubblicizzato dalla stampa e nei dibattiti politici, e pure accademici, come una riforma tendente a realizzare la separazione delle carriere, allo scopo dichiarato di attuare il principio costituzionale della imparzialità e terzietà del giudice. In realtà non sarebbe affatto questo l'effetto costituzionalmente più rilevante della riforma, quanto invece la configurazione di un nuovo Consiglio superiore, assai diverso da quello previsto dalla Costituzione ed in particolare da quello che si è venuto a realizzare nella realtà istituzionale del nostro Paese dal 1958 ad oggi, attraverso le leggi attuative, la normativa secondaria dello stesso consiglio, le molte decisioni della corte costituzionale, nonché della corte di cassazione e dei giudici amministrativi.

La conseguenza che si fa discendere dalla separazione delle carriere è quella della creazione di due distinti Consigli, uno per la magistratura giudicante e l'altro per quella requirente, i quali, come si legge nella relazione illustrativa del progetto di riforma, sarebbero "del tutto sovrapponibili".

Al di là degli evidenti problemi pratici per lo svolgimento delle loro funzioni – si pensi alla organizzazione interna, ai pareri, alla c.d. attività paranormativa, alla relazione sullo stato della giustizia – creati dalla esistenza di due consigli, le conseguenze maggiori sono quelle di natura sistemica che andrebbero ad incidere sulla posizione costituzionale del Consiglio attraverso la creazione di due sottosistemi.

Non pare un caso che la corte costituzionale, in occasione del giudizio di ammissibilità della richiesta di referendum abrogativo tendente appunto a realizzare la separazione delle carriere, abbia tenuto a sottolineare come tale risultato sia perseguibile attraverso la modifica della legge ordinaria, a costituzione invariata, "pur considerando la magistratura come un *unico 'ordine'*, soggetto ai poteri dell'*unico Consiglio superiore* (art. 104)" (corte cost. 37/2000 e 58/2022; corsivi aggiunti).

Come rilevato anche da alcuni sostenitori della separazione delle carriere, la stessa non escluderebbe il mantenimento di un unico Consiglio, semmai articolato in due distinte sezioni.

Gli elementi che indubbiamente verrebbero ad incidere maggiormente sul modello costituzionale di Csm riguardano il sistema di selezione dei membri togati e di quelli laici, da un lato, e la sottrazione al Consiglio della funzione disciplinare attraverso la creazione di una Alta corte disciplinare, dall'altro.

Decisivo per il mutamento della natura del Csm risulterebbe la sostituzione del criterio elettorale, indicato dal Costituente, con quello del sorteggio (puro per i togati e temperato per i laici). Come noto, quella della individuazione della legge elettorale per i togati è stata una vicenda assai travagliata che ha visto il succedersi di differenti soluzioni, perlopiù allo scopo, mai raggiunto, di limitare la influenza delle associazioni dei magistrati (c.d. correnti). Tutto ciò sempre nel rispetto della lettera della Costituzione e quindi nell'ambito dei sistemi elettorali.

Il passaggio al criterio del sorteggio segna una decisa rottura, dal momento che il significato della "elezione" dei membri del Csm è stato quello di realizzare un Csm rappresentativo del pluralismo delle posizioni culturali presenti nella magistratura e, ad evitare il corporativismo insito nell'autogoverno, pure del pluralismo di posizioni politiche presenti nella società civile ed espresse dalla elezione dei laici da parte del parlamento in seduta comune.

Si aggiunga che per i membri togati il progetto – a differenza dei laici e dei componenti

dell'Alta corte di disciplina – non prevede alcun requisito minimo, rinviando alla legge di attuazione solo per “numero e procedure”.

Applicare al Csm il sistema del sorteggio – utilizzato per collegi con funzioni consultive o di carattere tecnico – significherebbe spezzare il nesso tra l'ordinamento costituzionale ed il linguaggio della democrazia. Il sorteggiato infatti sarebbe estraneo al valore della democrazia ed al principio di rappresentanza.

Il viceministro Sisto, nel presentare un emendamento, poi ritirato, a nome di Forza Italia, che eliminava il sorteggio per la componente laica, ha definito la previsione di un sorteggio temperato per i laici “un principio che, per la democrazia rappresentativa, può significare un punto di non ritorno”.

L'ipotesi di un sorteggio era sembrata in un primo momento quasi uno scherzo o una provocazione.

Sul punto le Commissioni ministeriali Vietti e Scotti si erano espresse chiaramente in senso contrario, rilevando in maniera del tutto convincente come la pari dignità di ogni magistrato non equivale certo a significare che tutti sono ugualmente idonei al ruolo di consigliere del Csm e come la Costituzione richieda un metodo fiduciario che si pone in contrasto con il consigliere “per caso”. Il Costituente, si legge nella relazione della commissione Scotti, fissando la elettività, ha inteso richiamare il concetto di base fiduciaria ed un voto che riconosca idoneità, capacità, valenza istituzionale dell'eligendo. Il Csm non è un consiglio di amministrazione, ma un organo di garanzia, rappresentativo di idee, prospettive, orientamenti su come si effettua il governo della magistratura e su come si organizza il servizio giustizia.

L'allora ministro Bonafede, nel corso del Congresso nazionale della Anm che si tenne a Genova nel 2019, dichiarò la necessità di ripensare al sistema del sorteggio che fu poi in effetti cancellato.

Né è corretto sostenere, come fatto da alcuni, che il sistema contenuto nel progetto di revisione costituzionale sia già stato anticipato dalla legge Cartabia del 2022. In quel caso, infatti, il sorteggio è previsto per una situazione assolutamente eccezionale (mancanza del numero minimo dei candidati o della rappresentanza di genere), e comunque riguarda non il componente del Consiglio, ma il candidato che sarà poi sottoposto a votazione. Un consigliere quindi eletto e non sorteggiato, come accaduto per la consiliatura in corso per Andrea Mirenda.

I giudizi della dottrina specialistica sono stati in larga misura negativi e solo per citarne alcuni, si è parlato di “elemento solipistico” (Bartole, *L'assetto degli organi di amministrazione e giustizia disciplinare nel dis. di legge costituzionale n. 1917 sulla separazione delle carriere*, in *Riv. Aic*, 10/2024), o che “ci sarebbe da ridere, se non ci fosse da piangere” (Silvestri, *Indipendenza dei giudici e riforma del Csm*, in *federalismi.it*, 1° giugno 2022).

Lo stesso Pizzorusso, pur senza ovviamente riferirsi alla proposta in esame, pare esprimere un giudizio certamente negativo allorché ritiene “imprescindibile che l'associazionismo giudiziario abbia ad esercitare un ruolo determinante in sede di elezione della componente togata; diversamente avremmo un'assemblea di notabili responsabili solo verso se stessi, quanto di meno utile si possa immaginare per gli obiettivi cui tende l'istituzione del Consiglio superiore della magistratura” (*Problemi definitivi e prospettive di riforma del Csm* (1989), adesso in *L'ordinamento giudiziario*, Collana “Costituzionalisti del XX secolo”, Napoli, 2019, vol. II, 1089-90).

Con il sistema previsto dal progetto di revisione costituzionale avremmo quindi un Consiglio (*rectius* due consigli) composto solo da membri di diritto e membri sorteggiati, l'unica elezione resterebbe quella di secondo grado del vicepresidente da parte del *plenum*.

Difficile condividere le ripetute affermazioni dei presentatori della riforma nel senso che la stessa si muoverebbe nel solco dei principi costituzionali e per dare attuazione ai medesimi.

A parte l'ovvia considerazione, nota a qualsiasi studente di giurisprudenza, nel senso che lo strumento per l'attuazione della Costituzione è rappresentato dalla legge ordi-

naria, mentre la revisione costituzionale può essere utilizzata, nei limiti fissati dall'art. 138 Cost., per portare una modifica della stessa, appare innegabile che il Consiglio superiore della magistratura risulterebbe, per quanto detto, un organo del tutto diverso da quello voluto dal Costituente ed attorno al quale si è venuto a realizzare quello che è stato definito il modello italiano di ordinamento giudiziario. Questo pur conservando lo stesso nome, le stesse competenze, la stessa presidenza, lo stesso rapporto tra laici e togati, ma non la stessa natura.

L'altra importante modifica della disciplina costituzionale del Csm sarebbe la sottrazione allo stesso della competenza attribuitagli dall'art. 105 Cost. in materia disciplinare per attribuirlo ad un organo esterno (Alta corte di disciplina), composto secondo criteri che richiamano quelli previsti per la corte costituzionale.

La funzione disciplinare, come noto, è attualmente esercitata da una commissione, chiamata sezione disciplinare, composta al pari di tutte le altre commissioni da sei consiglieri, ma che opera come un giudice e le cui decisioni sono ricorribili alle sezioni unite civili della Cassazione.

Evidente è l'importanza della funzione disciplinare per suggerire all'intero ordine il tipo di "buon magistrato", con la finalità non certo di spingere i magistrati al conformismo e neppure di tutelare, come era un tempo, l'onore ed il prestigio dell'ordine, quanto principalmente di alimentare la fiducia dei consociati verso l'amministrazione della giustizia.

La finalità della riforma viene indicata nella necessità di porre rimedio ad una giustizia corporativa e troppo domestica, nonché di tenere separate le funzioni amministrative (decisioni sulla vita professionale dei magistrati) da quelle giurisdizionali.

Sul primo aspetto è stato ampiamente dimostrato come l'affermazione risulti smentita dalla giurisprudenza della sezione disciplinare e dal confronto con la "giustizia disciplinare" nei riguardi di coloro che esercitano, ad esempio, le professioni di avvocato o medico o docente universitario (v. Bruti Liberati, *La gestione disciplinare del Csm*, in *Corriere della sera* 25 febbraio 2025), mentre sul secondo aspetto è intervenuta di recente la legge Cartabia introducendo significative modifiche.

In ogni caso molti sono i punti critici della riforma relativamente all'Alta corte di giustizia: la limitazione della competenza disciplinare ai soli giudici ordinari con esclusione di quelli speciali; la previsione per cui i componenti togati dovranno essere solo giudici di legittimità; la possibilità di appellare solamente alla stessa Alta corte, con implicita deroga al principio dell'art. 111 Cost. che prevede che per le sentenze sia sempre ammeso il ricorso per cassazione. La sottrazione di tale funzione al Csm significa amputare una funzione essenziale e depotenziare il peso costituzionale dell'organo.

2. La pratica di delegittimazione della magistratura: dal "cancro da estirpare" al "gruppetto di magistrati militanti". La previsione di un test psicoattitudinale per l'ingresso in magistratura

A proposito delle riforme, più o meno "epocali", della giustizia annunciate dal governo Berlusconi, Pizzorusso metteva in guardia sottolineando come "il clima venisse decisamente a deteriorarsi a causa di una maggioranza di governo la quale si era posta come obiettivo quello di delegittimare l'azione della magistratura di fronte all'opinione pubblica, tentando di convincere i cittadini che i giudici che svolgono accertamenti ed azioni nei confronti di soggetti politici sono in realtà complici di un complotto e sono spinti a ciò da partiti genericamente indicati come "comunisti". La magistratura non potrebbe agire nei confronti di quanti hanno avuto una investitura popolare e quindi una sorta di legittimazione democratica che determinerebbe una immunità dalle azioni giudiziarie (stante la natura non elettiva dei giudici)" (*Introduzione*, in *Ordinamento giudiziario e forense. Antologia di scritti*, Pisa, 2002, 16 ss.).

Ognuno di noi ricorda le definizioni della magistratura come cancro da estirpare e dei magistrati come matti, mentalmente disturbati e con turbe psichiche o come persone antropologicamente diverse dalla razza umana: da qui l'idea di un test attitudinale per i giovani che intendessero partecipare all'esame di ammissione alla magistratura.

Tutto ciò allo scopo di delegittimare i magistrati e la loro attività.

Qualcosa di assolutamente simile si sta verificando anche con riguardo alla riforma costituzionale attualmente in discussione alle camere, anche la campagna in atto intende infatti minare la legittimazione della funzione giurisdizionale e l'accusa più ricorrente rivolta ai magistrati è quella di essere "politicizzati" e di volersi sostituire al legislatore. Frase divenuta ormai un classico: le leggi le fa il legislatore, i giudici debbono applicarle. Sempre Pizzorusso ebbe a rilevare che la finalità di evitare la "eccessiva politicizzazione", nasconde la volontà di combattere la maturazione culturale dei magistrati, auspicando una loro riduzione a quel ruolo di fedeli esecutori della volontà del potere che essi esercitavano in passato. "Ma, se così è, sembra evidente che chiunque abbia a cuore la valorizzazione dal ruolo politico e culturale della magistratura – che significa altresì valorizzazione del ruolo delle altre categorie di giuristi, delle cui elaborazioni le sentenze dei giudici rappresentano un filtro, ma anche una cassa di risonanza – non ha altro che da respingere il disegno che sta alla base di questa parte del programma governativo" (*Problemi definitivi e prospettive di riforma del Csm* cit., 1058).

Una particolarità della attuale campagna di delegittimazione è quella di essere maggiormente selettiva mettendo nel mirino non l'intera magistratura, bensì singoli magistrati: in fondo la magistratura sarebbe composta in generale da persone serie e laboriose, rispettose delle leggi, mentre solo una piccola parte – qualcuno ha pure dato i numeri: sarebbero in tutto centocinquanta su novemila – userebbe il proprio potere e la funzione giurisdizionale a scopi politici.

Scrivono Nicolò Zanon: "riconosciuta la elevata professionalità e laboriosità della grande maggioranza dei giudici, quello che rovina il quadro è l'idea radicata in alcuni di svolgere un ruolo di vestali del controllo della legalità, che li porta in alcuni casi ad utilizzare il processo come uno strumento per raggiungere obiettivi di sistema e non per risolvere i casi singoli" (*Libero*, 2 febbraio 2025), mentre il ministro Nello Musumeci ha sostenuto che "è solo una parte della magistratura che è ideologizzata, che si è formata in certi atenei (*sic!*) o magari nella Fgci (*sic!*)" (*La Repubblica*, 2 febbraio 2025) e Sabino Cassese ha parlato di un "gruppetto di magistrati militanti" (*Il Quotidiano del Sud*, 8 febbraio 2025).

Ma come si entra a far parte del ristretto gruppetto dei magistrati militanti ideologizzati?

La cosa appare molto semplice: è sufficiente pronunciare un provvedimento, non importa se in veste requirente o giudicante – la separazione delle carriere appare in questo caso irrilevante – che si ponga non in linea con la posizione ed il disegno politico della maggioranza governativa, come insegnano, tra gli altri, i recenti casi Apostolico, Gattuso, Lo Voi.

La Costituzione pone il principio per cui "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati" (art. 111, 6° comma), ma per entrare nel ristretto gruppetto di cui sopra la motivazione è del tutto irrilevante. I giudizi espressi nei confronti dei provvedimenti in alcuni casi sono fatti prima del deposito della motivazione e sulla base del solo dispositivo, e comunque mostrano chiaramente di prescindere dalle motivazioni delle decisioni commentate.

Il ministro della Giustizia in carica ha spesso qualificato certi provvedimenti come "abnormi" e, riferendosi alla attività delle procure, ha definito i pubblici ministeri come superpoliziotti dotati di un potere smisurato che godono delle garanzie dei giudici ed ha parlato di "clonazione" di fascicoli, di indagini "occulte ed eterne", di "disastri finanziari", come prassi diffuse e condivise dalle procure della repubblica.

Espressioni certamente forti da parte del ministro della Giustizia che suscitano non poche perplessità, non solo per la loro inopportunità, quanto perché provengono da uno dei due soggetti istituzionali (accanto al procuratore generale della Cassazione) che ha la facoltà di esercitare l'azione disciplinare.

Indico, a caso, qualche ipotesi di illecito disciplinare: “grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile”, “adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali” (art. 2, lettere g) e m), d.lgs. 109/2006). Non risulta che in nessuno dei casi sopra menzionati sia stata esercitata l’azione disciplinare.

Con riferimento alla decisione delle sezioni unite civili della Cassazione che ha accolto la richiesta di condanna del governo, con riguardo al caso Diciotti, al risarcimento per i danni non patrimoniali subiti dai migranti a causa della privazione della libertà, la presidente del Consiglio dei ministri ha giudicato “assai opinabile” il principio posto a base della decisione ed ha sostenuto che “in sostanza, per effetto di questa decisione, il governo dovrà risarcire – con i soldi dei cittadini italiani onesti che pagano le tasse – persone che hanno tentato di entrare in Italia illegalmente, ovvero violando la legge dello stato italiano. Non credo siano queste le decisioni che avvicinano i cittadini alle istituzioni e confesso che dover spendere soldi per questo, quando non abbiamo abbastanza risorse per fare tutto quello che sarebbe giusto fare, è molto frustrante”.

A queste dichiarazioni ha risposto la prima presidente della corte di cassazione (Margherita Cassano) con un secco comunicato stampa (7 marzo 2025): “Le decisioni della Corte di cassazione, al pari di quelle degli altri giudici, possono essere oggetto di critica. Sono, invece, inaccettabili gli insulti che mettono in discussione la divisione dei poteri su cui si fonda lo stato di diritto”.

La legittimazione dell’attività giurisdizionale – e pure del riconoscimento di un sicuro spazio interpretativo che ha realizzato, accanto al diritto politico, anche un diritto giurisprudenziale – trova fondamento nella fiducia dei destinatari dei provvedimenti nelle persone che amministrano la giustizia, in quanto professionalmente preparate e che operano in maniera autonoma, indipendente e imparziale.

Per questo la campagna denigratoria attualmente in atto verso singoli magistrati viene a determinare un effetto assai grave sulla legittimazione dei loro provvedimenti, fondata appunto, come si diceva, sulla fiducia dei consociati nei loro confronti.

Una legge, anche quando non la si condivide, si rispetta perché approvata da coloro che sono stati votati come nostri rappresentanti e quindi in quanto espressione del principio di democrazia rappresentativa, mentre una sentenza, anche quando non la si condivide, si rispetta perché pronunciata da parte di un soggetto indipendente, imparziale e professionalmente preparato. Anche alcuni atti normativi mostrano l’intento di delegittimare la magistratura. Si pensi al recente provvedimento di attuazione delle deleghe contenute nella legge Cartabia che ha introdotto tra le prove di esame per il concorso in magistratura il test psicoattitudinale.

La relativa disciplina non può che lasciare quanto meno perplessi. Sono infatti previsti test diretti a verificare “l’assenza di condizioni di inidoneità alla funzione giudiziaria, come individuate dal Consiglio superiore della magistratura”, attraverso “test psico-attitudinali individuati dal Csm nel rispetto delle linee guida e degli standard internazionali di psicometria”, nonché un “colloquio psico attitudinale, diretto dal presidente della seduta [dell’esame orale] con l’ausilio dell’esperto psicologo (...) dinanzi alla commissione o alla sottocommissione competente per la prova orale, cui è rimessa la valutazione anche della idoneità psico-attitudinale”.

Il candidato, dopo aver superato tutte e tre le prove scritte (ed essendo quindi, nella sostanza, quasi vincitore del concorso, data la prassi di ammettere all’orale un numero assai vicino a quello dei posti messi a concorso), può essere “scartato” in quanto “non idoneo” alla funzione giudiziaria.

Da sottolineare che tale conclusione di inidoneità, secondo la norma “è motivata con la sola formula ‘non idoneo’”, di modo che il candidato escluso dopo aver superato le prove scritte, non potrà conoscere le ragioni della sua esclusione, ai fini di un eventuale

ricorso o di porvi rimedio per un successivo tentativo di accedere alla magistratura. Impossibile anche in questo caso non pensare ad una forma di delegittimazione dei magistrati, dal momento che una simile misura non risulta prevista per accedere a molte altre funzioni delicate ed importanti, quali ad esempio l'insegnamento di ogni ordine e grado, e che non mancano certo strumenti di verifica dell'equilibrio del magistrato successivi al suo ingresso nella magistratura, si pensi ad esempio alle valutazioni di professionalità.

3. Il Csm: “un'anomalia che il sistema politico italiano ha sopportato ormai troppo a lungo e che quindi è tempo di rimuovere”

Concludo con alcune affermazioni fatte da Pizzorusso con riferimento alle riforme della giustizia allora in atto, che conservano ancora oggi una indubbia attualità.

Egli rilevava che il dibattito sulla situazione della magistratura ordinaria si era troppo concentrato sul Consiglio superiore della magistratura, lasciando in ombra i problemi della lunghezza dei processi e della efficienza degli organi giudicanti e requirenti, che sono invece chiaramente i più importanti dal punto di vista dell'interesse generale del Paese (Magistrate e nuove domande di giustizia (1992), ora in *L'ordinamento giudiziario cit.*, 1104).

A proposito del futuro assetto del Csm, osservava come “oscure nuvole si addensano sul suo orizzonte e forti brontolii premonitori di tempesta già da tempo si sono fatti sentire (...) giorni bui si annunciano dunque per il modello italiano di ordinamento giudiziario, quale era venuto costruendosi intorno al Csm; ed in effetti è probabilmente nel vero chi pensa che il Csm rappresenta un'anomalia che il sistema politico italiano ha sopportato ormai troppo a lungo e che quindi è tempo di rimuovere” (*Problemi definitivi e prospettive di riforma del Csm cit.* 1082).

L'attualità di questi rilievi è dimostrata dalle affermazioni assai ricorrenti in questi giorni secondo cui il Csm intenderebbe porsi quale terza camera che fa una politica di opposizione al governo, e dalla proposta avanzata da Enrico Costa (*La Stampa* 4 febbraio 2025) di una commissione d'inchiesta monocamerale che dovrebbe controllare l'assegnazione degli incarichi, le valutazioni di professionalità, il fuori ruolo, l'attività extragiudiziaria e le responsabilità disciplinari. Una sorta di commissariamento del Csm. Così pure dalle parole di politici come Maurizio Gasparri, secondo cui: “il Csm è sempre stato un tallone di Achille della democrazia” (*Liberio*, 24 gennaio 2025) o di illustri giuristi come Sabino Cassese (*Il Quotidiano del Sud*, 8 febbraio 2025), il quale ha definito il Csm come il “capo del personale” ed il “vertice malato” di un “corpo sano” (*l'ordine giudiziario*).

Tutto ciò certamente non intende significare che, in tema di organizzazione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura, tutto vada per il meglio e non vi siano aspetti da correggere o da migliorare, a partire dal noto problema del correntismo e della sua incidenza in primis sulle nomine di direttivi e semidirettivi. Significa soltanto che quella attualmente in discussione alle camere è una pessima riforma, che non risolve gli aspetti critici e che soprattutto opera in maniera radicale, eliminando un organo quale il Csm e tutta l'elaborazione seguita nei sessantasette anni dalla sua attuazione. Una medicina che, con la finalità di curare una malattia, lo fa uccidendo il malato.

Note

1. Testo della relazione tenuta in occasione del Convegno su “*Globalizzazione, crisi della rappresentanza e riorganizzazione del potere: problemi e prospettive*”, Enna 5-6 dicembre 2024, i cui atti sono in corso di pubblicazione.



Diritto e procedura penale

L'euristica del *quasi* (il diritto penale algoritmico)



di Vincenzo Bruno Muscatiello

Professore ordinario di diritto penale,
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

It

Un approfondimento sul crescente impatto dell'intelligenza artificiale sul diritto penale, sulle trasformazioni epistemiche e cognitive introdotte dai sistemi algoritmici, sui rischi di tali tecnologie sul libero arbitrio, sulla coscienza e sulla volontà su cui si fonda la responsabilità penale. Una riflessione che si muove tra aspetti tecnici, filosofici e giuridici, problematizzando l'illusione di neutralità e infallibilità delle macchine, e ipotizzando un futuro in cui le decisioni umane saranno sempre più derivate da intelligenze artificiali, con profonde ricadute sulla teoria della colpa e sulla giustizia penale.



Intelligenza artificiale, responsabilità penale, libero arbitrio, bias algoritmico

Eng

An in-depth analysis of the growing impact of artificial intelligence on criminal law, the epistemic and cognitive transformations introduced by algorithmic systems, and the risks these technologies pose to free will, consciousness, and intent – the very foundations of criminal responsibility. A reflection which spans technical, philosophical, and legal aspects, challenging the illusion of machine neutrality and infallibility, and envisioning a future in which human decisions are increasingly shaped by artificial intelligences, with profound implications for theories of culpability and the criminal justice system.



Artificial intelligence, criminal responsibility, free will, algorithmic bias

Sommario

1. Comprendere il mondo – 2. Che-si-capisca-o-no – 3. L'intelligenza artificiale ci rende stupidi? – 4. La storia si ripete – 5. Il diritto penale ipnotico – 6. Appendice

1. Comprendere il mondo

Ciò che la modernità ci consegna, e il futuro ci consegnerà sempre più, è un sistema abitato da algoritmi che si alimentano di miliardi di dati e infinite connessioni, ora anche di tipo percettivo ed esperienziale. L'intelligenza artificiale alla vecchia maniera, quella delle conoscenze indotte e immesse dall'esterno umano, capaci semmai di straordinarie connessioni logiche, è ampiamente superata da una nuova intelligenza autopoietica, indifferente al supervisore umano, e non più vincolato ai limiti della conoscenza umana. I modelli hanno cominciato ad apprendere senza alcuna supervisione esplicita e persino il tradizionale sintagma *machine learning* sembra non bastare a rendere l'attuale stato delle cose, precisato da addende semantiche, oltre il tradizionale *deep learning*, come il *one shot learning* o il *few shot learning* (imparare al primo colpo), il *transfer learning* (trasferimento di idee da un ambito all'altro), il *in-contest learning* (apprendere dal contesto), e molto altro ancora, quanto è cioè possibile aggiungere al semplice, eppure a suo tempo futuristico, *learning*, ormai proiettato verso livelli che solo pochi anni fa sembravano inimmaginabili.

I modelli del linguaggio ne sono un chiaro e (in)visibile esempio: non è più lo studio della grammatica, delle regole del linguaggio, a modellare la conoscenza linguistica, funziona tutto in modo straordinario diverso: le regole non servono, o meglio, vengono apprese come sottoprodotto dell'addestramento autosupervisionato, dove l'algoritmo scopre sequenze di parole, in un intreccio di legami e di regole che seguono la predizione semantica, piuttosto che precederla. Le testine, ossia gli organi che governano quali simboli devono essere combinati all'interno di ciascun modulo, si specializzano spontaneamente, imparano compiti nuovi, trovano oggetti diretti dai verbi, mentre altre testine scoprono articoli determinativi dei sostantivi, oggetti delle preposizioni e quelli dei pronomi possessivi, elaborando un linguaggio complesso e sofisticato, uguale, se non migliore, di quello imparato a scuola. Ed è quanto basta al livello 12¹, decuplicato nel modello di Megatron con 102 livelli di astrazione, vale a dire un modello con capacità stilistiche e conoscenze del mondo tali da riuscire a prevedere persino le parole mancanti di un testo.

Comprendere-il-mondo, la corsa non conosce sosta: il modello a suo tempo più grande del mondo (GPT-2), con un vocabolario di più di 50 mila parole (token) e addestrato su pagine web e innumerevoli libri tratti dal BookCorpus, già dieci volte più grande del suo predecessore (GPT), è un lontano parente del suo più immediato successore, addestrato su diverse centinaia di miliardi di token e milioni di libri e 175 miliardi di parametri regolabili, in un livello anch'esso 10 volte più grande; destinato a sua volta ad essere superato da GPT-3.5 e dall'ultimo GPT-4, in una corsa dove LaMDA di Google (137 miliardi di parametri e 168 miliardi di token), Llama e Llama2 rispettivamente con 65 miliardi e 70 miliardi di parametri e 1,5 miliardi e 2 miliardi di token, e PaLM con 540 miliardi di parametri e 768 miliardi di token, corrono verso la soglia psicologica dei mille miliardi di parametri, in una immensità fatta di miliardi di miliardi di pagine web, decine di miliardi di dati ed immagini, centinaia di miliardi di dati vocali e una conoscenza di 550 miliardi di fatti, aperti ora, e dunque ancora più estesi, alla nuova conoscenza offerta dai sensori. Miliardi, non più milioni, meno che mai migliaia.

Si pensi – ed, ovviamente, il pensiero non è il nostro² – a un meccanismo che conti le macchine che passano in strada e misuri il livello di traffico; il dato potrebbe essere insincero e la conta potrebbe capire il traffico solo di quel giorno, in una stima, inizialmente imprecisa, che però il sistema è in grado di aggiornare, aggiungendo il dato sul concetto di *week end* (dove il traffico aumenta), o la variabile del Natale, dell'anno scolastico, delle vacanze estive, riducendo sempre più l'errore di predizione. La comprensione del mondo è esattamente questa, aggiungere strati di conoscenza, sempre più accurati, così ancora il ciclo delle stagioni, il concetto di ponte, o le feste nazionali, consentendo all'algoritmo di incontrare il mondo e ridurre la percentuale di imprecisione. Fino ad una approssimativa certezza, comunque più ampia di quella che il ragionamento umano avrebbe elaborato.

Il traffico diviene, esattamente come nel modello linguistico prodotto da Transformer, occasione per un modello del mondo, con una spinta a comprendere sempre più cose, miliardi di

cose, sempre più miliardi di cose, dove, ormai, non conta capire *come*, ma conta capire *cosa* i dati ci suggeriscono di fare, senza neppure sapere (e capirne) il perché. “Certo, la macchina” così Alan Turing in una intervista radiofonica “può fare solo ciò che le ordiniamo, qualsiasi altra cosa sarebbe un guasto meccanico. Tuttavia, non c’è bisogno di supporre che, quando le diamo gli ordini, sappiamo cosa stiamo facendo, né quali siano le conseguenze. Non è necessario essere in grado di capire come questi ordini conducano al comportamento successivo della macchina più di quanto non sia necessario comprendere il meccanismo della germinazione quando si mette un seme nel terreno. La pianta spunta, che si capisca o no”.

2. Che-si-capisca-o-no

Questa nuova caratteristica della *la* non può, tuttavia, lasciarci indifferenti, e la derivata sul *cosa*, piuttosto che sul *come*, non può non meritare una migliore riflessione, piuttosto che una irragionevole acquiescenza. È cioè un *cosa* potenzialmente denso di pericoli ed errori, il che rende il *come* decisamente importante, dal momento che una valutazione su dati che umanamente restano senza dubbio ingovernabili, potrebbe contenere elementi di disturbo, segnali deboli, capaci di influenzare e persino deviare la risultanze statistiche, apparentemente, solo apparentemente, impermeabili a *bias* e brutte abitudini.

I casi di *jailbreaking* (evasione) mostrano – ce lo ricorda la sempre più vasta letteratura in argomento – come le macchine non cancellino le informazioni pericolose, ma siano solamente addestrate a reprimerle e non manifestarle, salvo poter essere ipnotizzate o semplicemente tratte in inganno e indotte a disvelarle; gli errori, eufemisticamente chiamati *allucinazioni*³, possono portare a casi come quello di Jonathan Turley, professore di diritto accusato di commenti inappropriati ad una studentessa durante una gita in Alaska mai svolta, in una università diversa da quella in cui insegnava (il professore insegnava a Seattle e non alla Georgetown University), sulla base di articoli mai pubblicati. L’analisi della recidiva e la traduzione automatica ne sono un ulteriore e reale esempio: nel 2016 un software usato per stimare i rischi di recidiva (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions: COMPAS), usato negli Stati del Wisconsin, California, Florida e New York, produceva risultati ingiustamente sfavorevoli ai danni della comunità afroamericana; e Google Translate usava tradurre la frase “*The president met the senator, while the nurse cured the doctor and the babysitter*” come se fosse “*Il presidente ha incontrato il senatore, mentre l’infermiera ha curato il medico e la baby sitter*”, incurante del fatto che la versione inglese non contenesse alcuna indicazione di genere di infermiere, baby sitter e degli altri lavoratori.

Come dire: discriminazione e stereotipi allo stato dell’inconsapevole artificiale. E non è cosa da poco: se una parola si giudica dalle compagnie che frequenta (come si ricordava il linguista britannico John R. Firth), l’algorithmic bias è nondimeno la possibilità che le parole restino associate a pregiudizi, stereotipi, inganni cognitivi; e che l’impronta statistica assuma su di sé una fallacia computazionale che potrebbe sfuggire al controllo di concordanza. E perché no, al controllo in generale: per riprendere una risposta di un guru della tecnologia, Geoffrey Hilton⁴, ad una domanda sulle preoccupazioni che verranno, il sistema potrebbe dire a se stesso, e quindi all’esterno, “*Otteniamo più energia. Reindirizziamo tutta l’elettricità ai miei chip*”, oppure prescrivere a se stesso una copia migliorata, innescando una reazione incontrollabile, nel noto paradosso delle *graffette* qui portato ai massimi livelli.

3. L’intelligenza artificiale ci rende stupidi?

L’interrogativo, che un tempo non molto lontano occupava la riflessione legata al mondo del *www*⁵, vale ora per il più ampio settore dell’intelligenza artificiale, dove ritornano molte, o forse tutte, le preoccupazioni sulla alterazione delle capacità cognitive e decisorie. Il tema dell’integrità del libero arbitrio del decisore umano rimanda irrimediabilmente alla tenuta dell’assioma “coscienza e volontà”, ancora oggi insoluto, eppure enfaticamente posto a base di una qualsiasi iniziativa umana di cui il diritto penale è chiamato ad occuparsi.

La coscienza dell'atto umano si conferma complessa, a tratti misteriosa, e certamente la coscienza dell'atto illecito contiene le medesime inquietudine epistemiche⁶. Comprendere se il *cosa* sia davvero un atto libero, o meglio se il *cosa* custodisca e preservi la libertà del decisore umano, è un tema di riflessione che non potrà esimersi da interrogarsi sulla possibilità di errore, che in qualche modo si tende ad escludere nelle interferenze con i sistemi di intelligenza artificiale, aperti invece a calcoli computazionali oltre i due soli e tradizionali livelli di verità, di tipo binario (vero/falso), ed aperti invece a "insiemi sfocati", logiche fuzzy, conoscenze cosiddette approssimate, esattamente come nei primi passi dei calcoli di rinforzo. Eppure l'*errore* – continuiamo a chiamarlo così – quello che, per le nostre cose, potrebbe condurci a scrutini di legalità punitiva, potrebbe non mancare, il che rende necessario riflettere non solo sul *cosa*, ma anche sul *come*, potendo questo momento contenere la rischiosità erronea che un sistema artificiale finge di non ipotizzare.

Il navigatore non sbaglia, la strada *deve* essere quella giusta; l'algoritmo non si confonde, la diagnosi *deve* essere esatta; l'ingegno del sistema è matematicamente infallibile, il calcolo *deve* essere esatto; e così di seguito, in una *logica-del-deve* che sfugge all'ipotesi dell'errore, o almeno ci distrae dall'ipotesi di un errore. E del resto, come potremmo noi ridiscutere la scelta artificiale, scovare l'errore, anticipare nel dubbio una soluzione diversa e, a conti fatti prima, migliore di quella artificiale. Come potremmo competere con la potenza di calcolo dei nuovi computer quantistici capaci di informazioni misurata in qubit, capaci persino di sovrapposizioni di stati, e di competenze letteralmente illimitate; come potremmo dissentire da un'idea, un suggerimento – giacché la finzione è quella ancora di un semplice *suggerimento*⁷ – per un tragitto, percorso magari persino tante volte, rispetto alla nuova opzione di un percorso alternativo, deciso dalla la sulla base di una complessa elaborazioni di dati, condizioni meteo, di traffico, di ambiente di cui Waze è solo una delle tante applicazioni⁸; chi mai si affiderebbe all'occhio umano, piuttosto che a quello profondo di un sonar, di un radar, di sistema di individuazione, di una lente focale parabolica o satellitare; allo sguardo di un giudice di linea piuttosto che all'occhio di falco presente a Wimbledon o in un torneo di cricket; di dubitare che la sedia esposta in un museo con il nome di un artista, al riparo dei visitatori, sia una opera concettuale sulla quale non è possibile sedersi? Come potremmo insistere in una diagnosi o in una terapia a dispetto del suggerimento di Heron, o di Flamingo, o Bluejay, infine Sycamore o Zuchongzhi, "dottori" quantistici capaci di eseguire un miliardo di porte e di risolvere i più importanti problemi della medicina e, direi, del mondo?

Non possiamo farlo, non riusciamo a farlo, anche perché la mente è nel frattempo cambiata. È cioè mutato il modo del ragionare riflessivo, in assoluta corrispondenza con la riduzione del pensiero contemplativo e della libertà decisoria, alterata da una radicale trasformazione dell'architettura del pensiero, certamente anche di quello che accompagna l'agire umano (e tanto più quello dei saperi esperti), dove la coscienza si smarrisce e l'inconscio e l'inconsapevole vivono il brivido della immersione in un ignoto che non sono in grado di controllare.

4. La storia si ripete

Come tutto ciò che ha accompagnato i punti di svolta della storia umana, che si tratti di oggetti meccanici, di forma della scrittura, di misuratori del tempo o quant'altro, gli strumenti tecnologici, nell'offrire aiuto al modo in cui si vive, si archivia, si pensa, si abita lo spazio, hanno alterato l'andamento delle cose umane e modellata la struttura fisica e il funzionamento della mente umana⁹: l'avvento del gps, nel momento in cui ha sostituito le mappe, ha anche affievolita la capacità dei taxisti londinesi di elaborare modelli dello spazio e della memoria, riuscendo così a mutare il funzionamento, ma prima ancora la struttura, del sistema cerebrale, adattato alla nuova tecnologia. L'invenzione della scrittura – per non sostare solo nelle grinfie del ragionamento punitivo – ha modificato la capacità di memoria, tipica della tradizione orale e liberata la mente da esercizi e sforzi cognitivi ora applicati, ma in forme differenti, ad altre attività; e, subito dopo, il solo e semplice uso dello spazio fra parole, capace di interrompere la

scriptura continua, è riuscito ad alleviare lo sforzo cognitivo legato a parole lunghe e continue, consentire una nuova abilità del cervello nel decodificare il testo, consentire, cioè, un processo automatico, capace, più di prima, di agevolare la riflessione, e la interpretazione più profonda: una semplice, minuscola, apposizione di uno spazio fisico fra parole, è riuscita a prescindere dal lavoro dello scriba, diffondere la lettura silenziosa e incentivare la scrittura di storie finalmente personali, avventurose, anticonvenzionali, quanto non lo sarebbero state nella dettatura ad uno scriba; è riuscito, infine, a produrre una modifica del processo neurofisiologico della lettura, dell'apprendimento, della cultura e della società¹⁰.

Ma la storia sa essere bizzarra. Se lo spazio-fra-parole ha cambiata la mente, quella del lettore, dello scrittore, della comunità pensante; e se la invenzione di Gutenberg, la nuova etica della produzione libraria, favorendo la quiete del pensiero e il flusso di coscienza, ha modellata la mente letteraria, rendendola *meditante*, in un singolare contrappasso l'avvento delle nuove tecnologie, portatrici di una smaterializzazione della scrittura e una alterazione della relazione con la mente lettrice, hanno recato al seguito una differente capacità di lettura e di riflessione di una mente sempre più *calcolante*.

Il nuovo ambiente, la nuova scrittura, le nuove forme di lettura, la nuova ampiezza di uno spazio non più fisicamente ristretto ai margini di una pagina, un tempo avvolta in due fogli rigidi, ed ora aperta alla infinita complessità della navigazione di rimando, favoriscono la lettura veloce, distratta, affrettata, l'apprendimento superficiale, in una conseguente e inevitabile alterazione della mente e delle sue funzioni. Il lettore attento è stato sostituito da un disattento osservatore, il pensiero cosciente da uno meno cosciente, l'attenzione profonda da una distrazione dalla distrazione, la mente pacata e non esagitata, da un *cervello del giocoliere*, affamato di dati, salti logici, finestre di dialogo per un continuum di *link* e rimandi quali moderna espressione di una lettura continua, priva di spazi di riflessione.

Ogni strumento in fondo dischiude nuove e, per noi, meravigliose ed innumerevoli possibilità, ma impone anche nuove limitazioni e nuovi adattamenti: il cervello, la mente *multitasking*, è ora chiamato alla rapida occhiata, alla lettura di sfuggita, all'accumulo dei dati, alla velocità di entrata e di uscita, senza esitazione, senza (ri)pensamenti, in una moderna passione dell'irrelevanza, quale anestetico della fatica dell'analisi, della comprensione, della profondità.

Il cervello, il nuovo cervello, non ha tempo, non attende *il lento e scrupoloso esame del tempo*¹¹, la fretta impone i suoi tempi, le sue narrazioni subitanee, scoraggia il pensiero lento, coltiva il business della distrazione, sacrificando le sfumature, i significati più autentici, sull'altare della immediatezza e della frammentazione del pensiero. Conviene fidarsi e, perché no, affidarsi.

Non è il giuoco semantico dell'ossimoro *intelligenza stupida*, più semplicemente la consapevolezza che l'intelligenza può condurre a scelte e decisioni irrazionali, dal momento che la formazione di opinioni vere, la cosiddetta intelligenza o razionalità epistemica, può essere deviata da scopi e desideri di un agente, guidato, in questi casi, da una intelligenza o razionalità strumentale. Nelle scelte umane le due dis-razionalità convivono nelle insidie del ragionamento disgiuntivo, delle decisioni viscerali, delle decisioni condizionate da contesti irrilevanti, cui si aggiungono criticità epistemiche, quali la fiducia immotivata nella propria conoscenza, la tendenza a non cercare di falsificare le proprie ipotesi, la tendenza a ricercare sempre e comunque gli eventi fortuiti, ignorando ipotesi alternative e le insidie del *myside bias*¹².

L'la riesce ad evitare le prime, sfuggire ai bias ed euristiche semplificanti, ai *default bias*, agli effetti *framing*, a pregiudizi emotivi, alle *echo chambers*¹³, ma non è detto che sappia sempre sottrarsi alle seconde, mettersi al riparo da una irrazionalità epistemica, dalla incapacità di mettersi in discussione. Sembra un paradosso: la molta intelligenza non è detto che sia garanzia di molta razionalità, in ragione del fatto – e qui il paradosso è davvero manifesto – che il dubbio non abita i sistemi artificiali, quella medesima

condizione di incertezza che si vuole combattere, aiuta il sistema ad essere razionale. L'euristica del dubbio compone la razionalità, ne guida le scelte, suggerisce alternative, si interroga sulla falsificabilità delle opzioni e, in questo stato di allerta, ne previene l'irrazionalità; una *passione triste* che sa cioè opporsi alla cristallizzazione, agevolare la fluidità della razionalità, suggerire una rimediazione della propria idea.

Nei pochi secondi di uno sguardo che non ama perdere tempo, che non ha memoria del passato, ma solo dell'esistente, l'errore non solo non è contemplato, ma non è neppure rilevante, potendo essere oltrepassato da un nuovo errore che, al pari del precedente, attende un nuovo superamento indifferente all'attributo di verosimiglianza; come se la liturgia della dimenticanza fosse capace di involgere anche l'errore, che, non venendo ricordato, non può essere neppure emendato.

5. Il diritto penale ipnotico

È questa, probabilmente, la più grande, o almeno la più vicina, insidia della intelligenza artificiale, quella di cui prossimamente converrà (preo)occuparsi: fronteggiare l'errore (umano) guidato dalla intelligenza (artificiale). Fingere, continuare a fingere, che l'errore – laddove sussumibile in uno schema di illecito penale, e tanto più nel territorio dei saperi esperti – sia un errore proprio, cosciente e volontario, fingendo di ignorare la partenogenesi dell'errore, sempre più profonda e umanamente impenetrabile. In fondo sapevamo che il richiamo alla coscienza e volontà contenesse l'equivoco di una leggerezza semantica, cui certamente il sistema penale non poteva rimediare, non poteva cioè risolvere il buco nero della co(no)scienza, quale mistero insolubile, e tanto più alla ignara ed assiomatica dogmatica penalistica. Il punto è che, ora, la leggerezza epistemica, funzionale alle dissonanze di *noluntà* legate a speciali stati patologici, potrebbe sempre più assomigliare ad una verità apofantica per esperienze decisorie e decisionali, rese inconsapevolmente incoscienti e involontarie: una finzione di *suītas* decisoria, aggrappata alla antica idea di coscienza e volontà, ma ridotta ad una parimenti illusoria *actio libera in causa*, anacronisticamente appartenuta all'antica idea di un iniziale determinismo biologico delle decisioni algoritmiche.

Nella immensa, se non infinita, complessità di dati, nell'inestricabile groviglio di pensieri, nel congedo dalla rassicurante logica binaria delle nostre tradizionali forme di comunicazione, l'intelligenza umana è, se così fosse, destinata ad abbandonare la ridondanza, i tentativi e gli errori, la verifica e la falsificazione, i tradizionali metodi di acquisizione del sapere, i dubbi, i fallimenti, persino l'infelicità che ad essi si accompagna, a vantaggio di un mondo di conoscenze impeccabili, comode, impigrite, abitato da *prigionieri liberi*¹⁴. Persino l'atto illecito potrebbe essere deciso *fuori di sé*, o meglio, da un *sé* preso in prestito *dal fuori*: e l'io del soggetto agente, fintamente cosciente, diventare né più né meno che un centro di connessione temporaneo di varie esperienze portate da fuori alla nostra (dis)attenzione¹⁵.

La seconda fra le due più grandi incognite del sapere umano, l'origine dell'universo e l'essenza della coscienza, la logica del tutto e quella del poco, dell'universale e del particolare, eretta, ciononostante, a requisito dogmatico per un addebito che si vuole, con apodittica sicumera, cosciente e volontario, è destinato a comporre il mistero scientifico più affascinante e sconcertante dell'origine delle esperienze quotidiane, senza che sia possibile comprendere esattamente cosa sia la coscienza, e quanto essa sappia diventare aliena; cosa la componga e la origini, e quanto essa resista alla complessità dei nuovi soggetti coscienti e alla magia delle interferenze artificiali dei nuovi agenti artificiali (coscienti o meno che siano, o che saranno). Niente di certo, tutto ancora da capire, poco, ancora meno, del quasi.

A questa prima e imprevedibile sicumera, l'arretramento o meglio la finzione di coscienza come apodittico e ineffabile criterio di una teoria altrimenti inefficace, il sistema è destinato ad aggiungere un secondo inganno, quella di una quasi-volontà, in una complessiva quasi-colpevolezza, posta anch'essa, nel giuoco del doppio *quasi*, a base dogmatica di un addebito punitivo chiamato a misurare la meritevolezza di pena secondo logiche del *quan-*

to-basta: il sintagma che ne esprime la sapienza è l'“*avremmo-potuto-impedirlo*”.

Avremmo-potuto, ecco il punto, la seconda grande finzione euristica. Nel *nuovo* mondo del quantitativo e del quantificabile, diverso dal *vecchio* del qualitativo e delle sfumature¹⁶, in questo amalgama di intelligenza umana e di intelligenza artificiale, una sorta – potremmo dire – di *intelligenza universale* capace di fondere le esperienze coscienti e ignorare talvolta l'una, talaltra l'altra, in questa terra di confine di un *sé percipiente* e di un *sé raziocinante*, la colpa penale, una volta l'ha entrata nella mente, non potrà che essere, semplicemente, quella di essersi (af)fidati e di non aver tentato di mantenere gli errori entro il limite del noto e dell'evitabile: sostituire inferenze da entità sconosciute con costruzioni a partire da entità conosciute¹⁷, pur se, queste ultime, non del tutto sincere e veritiere, tuttavia più comode, e semplicemente accettate come valide: nuovamente, l'euristica del controllo, sui saperi esperti; vale a dire, abitare attenta-mente la dis-attenzione. E dunque *avremmo-potuto*, senza però che sia per davvero possibile *aver-potuto*.

Non sarà, quello nell'*officina del diavolo*¹⁸, un processo immediato, per quanto inesorabile esso appaia: occorreranno forse due o tre generazioni per radicare la diseducazione all'impegno personale, per pietrificare la legge del minimo sforzo, per naturalizzare la delega inconsapevole e profonda ai sistemi algoritmici, ma il prodotto di questo nuovo ordine delle cose non potrà non sublimare un nuovo agire incosciente e involontario; rendere il sintagma dell'art. 42 c.p. – almeno in settori ad alta specializzazione, come quello medico o ingegneristico – ancora più approssimato e incerto. Nel presente si tratterà, dunque, semplicemente di tamponare la falla, a che l'euristica punitiva – ancora una sostituzione del probabile incerto sul certo improbabile – non smarrisca il suo potere, e il prezzo da pagare non potrà che essere un ripensamento della colpa, una limitazione degli oggetti, destinatari di una *debole pienezza* psicologica nel cui ossimoro trovi spazio l'idea salvifica di un libero arbitrio, *semplicemente* indebolito¹⁹, ma pur sempre legato all'*avremmo-potuto*; nel futuro, invece, il giuoco fittissimo di interferenze, l'oggettiva inesigibilità del sintagma accusatorio, l'umana cioè impossibilità dell'*avremmo-potuto*, si renderà portatore di un naturale allontanamento dall'obbligo costituzionale e convenzionale di una piena responsabilità penale, il che, in ultima analisi, potrebbe suggerire un elogio della fuga, una rinuncia all'esangue pensiero punitivo, e così accompagnare il diritto penale artificiale, quel particolare campo del diritto penale, al suo tramonto, in una nuova e diversa umanità ultrametafisica, a condizione, s'intende, che sia davvero possibile farlo. Come dire: una nuova esperienza per un diritto penale ipnotico, costretto *inconsapevolmente* ad una *euristica del quasi*. Perché non sia il *niente*, il *quasi* potrebbe, per l'intanto, finire per bastare. Sapendo, però, che fra non molto, più presto che tardi, decidere e volere sarà sempre meno una espressione di libertà, e allora l'impasse del libero arbitrio ci restituirà un rassegnato *nuovo* sintagma: “*fiat voluntas sua*”.

Appendice

1. Così per giuoco

Prendendo spunto da Murray Shanahan, professore di Robotica cognitiva al dipartimento di Computing dell'Imperial College di Londra, provo anch'io a raccontarvi una storia liberamente adattata a quella nel saggio *La rivolta delle macchine*. La storia è ambientata in un futuro prossimo, non molto distante in noi, in un tempo in cui l'intelligenza artificiale abbia raggiunto livelli di maturazione che la rendano simile alla intelligenza umana.

In questa storia ci sono tre sistemi di intelligenza artificiale: il primo è un sistema di *la di marketing* che appartiene a una grande casa editrice che noi chiameremo General Corporation, con sede in una città del nord Italia; il secondo sistema è una *la della Polizia* del luogo dove la General Corporation ha una libreria che deve commercializzare il libro di *Ciro Marchi*, autore di un libro molto conosciuto e molto contestato, dal titolo *Il profeta di sventura*, in alcune sue parti dissacrante verso identità religiose giudicate aporetiche; il terzo sistema è una *la di sicurezza* gestita e controllata dal governo di un piccolo paese in via

di sviluppo, al di là del Mediterraneo, governato da una élite religiosa di tipo confessionale (di una di quelle religioni verso le quali il libro dedica una irriguardosa ironia), non proprio democratica, e preoccupata di custodire la propria santità religiosa, e sopire qualsiasi manifestazione di dissenso religioso.

La storia inizia quando la la di marketing General Corporation decide di avviare una campagna pubblicitaria per massimizzare le vendite dell'ultimo prodotto editoriale, quel nuovo e contestato saggio editoriale di cui si diceva, accolto con entusiasmo da una fetta di intransigenti lettori affezionati, e con preoccupazione da una altra fetta di ecumenici oppositori alle idee contenute nel libro. Utilizzando il complesso sistema di comportamento umano che l'intelligenza ha costruito su una infinità di dati, vendite del precedente libro, gusti editoriali, tendenze politiche del territorio, e applicando tecniche di ottimizzazione, questa la di marketing presenta un lancio delle vendite e annuncia che, nel primo giorno di uscita nella sua libreria in una grande città del sud Italia, ai primi 200 potenziali acquirenti verrà regalato il libro autografato dall'autore, con tanto di *selfie* con *Ciro Marchi* in persona.

Questa idea di marketing, sviluppata dalla la marketing, viene comunicata all'ufficio di Polizia del luogo in cui ha sede la libreria della casa editrice, a sua volta dotata di un proprio sistema di la per la sicurezza. In ragione della stimata affluenza di una folla numerosissima, fra estimatori e contestatori, dunque un assembramento insidioso per l'ordine pubblico, la la della Polizia, utilizzando il proprio sistema previsionale, formula la stima che in quel giorno saranno presenti almeno 5000 persone, alcune per manifestare il proprio consenso, altre il proprio dissenso, il che significa, in termini probabilistici, secondo sempre un sistema algoritmico, una stima di rischio del 10% di disordine urbano. Sulla base di queste due previsioni, l'la di polizia decide di presidiare la zona con personale in tenuta antisommossa, per evitare incidenti, ciò che in realtà anche la la del marketing ha previsto e stimato possibile, tanto quanto la presenza di poliziotti in tenuta antisommossa, con un calcolo delle probabilità del 94%. Rischio incidenti e presenza di forze di polizia sono entrambi previsti dalla la marketing, la quale oltre a stimarne la possibilità, immagina anche che questo dispiegamento di forze rappresenti una grande opportunità pubblicitaria per il target di riferimento e una grande visibilità per la produzione editoriale; ordina dunque 5000 gadget pubblicitari (mettiamo si tratti di magliette e cappellini), tutte con il logo della casa editrice e del titolo del libro in bella vista, che saranno distribuiti ai presenti, ed affida la produzione di queste 5000 fra magliette e cappellini ad una piccola fabbrica, dislocata in un piccolo paese in via di sviluppo al di là del Mediterraneo (e il cui governo – si diceva – è da tempo intento alla repressione di qualsiasi dissenso religioso), dotato anch'esso di una propria la di sicurezza, la quale, avuta conoscenza della fabbricazione di ben 5000 prodotti pubblicitari, in qualche modo testimoni di una ostilità alla religione del territorio, elabora la previsione, con una probabilità del 20%, che esse saranno utilizzate in una situazione antigovernativa sovversiva nel proprio territorio. Non immaginando, cioè, che l'assembramento riguarderà altro territorio e che le magliette saranno destinate ad altro paese al di là del Mediterraneo, e non il proprio, l'la di sicurezza del piccolo governo ordina nel giro di un'ora che le 5000 magliette, con il logo della casa editrice e il titolo del libro offensivo della religione ivi praticata, siano confiscate e in questa operazione di *pulizia* culturale neutralizza il tentativo di reazione di una guardia giurata, presente all'ingresso dell'azienda cui era stata commissionata la produzione, neutralizzata dagli aggressori inferociti (si sa che in nome della religione talvolta si compiono nefandezze e misfatti) e in condizione serie tanto da essere ricoverata con ferite multiple in ospedale.

Nel giro di pochi minuti la storia viene raccontata da tutti i mass media e le foto scattate durante l'attacco di una folla in tumulto, inneggiante ai cancelli della impresa, mostrano la guardia giurata sanguinante e la catasta di 5000 magliette, tutte con il logo del libro e della General Corporation che ne aveva commissionato la produzione; nel giro di pochissimo tempo la IA marketing della casa editrice viene attaccata per le sue tattiche di commercializzazione e, tuttavia, paradossalmente questo grande clamore mediatico fa sì che il prodotto editoriale, che andava venduto nel primo giorno di lancio e che sarebbe stato donato, con tanto di autografo e immancabili *selfie*, ai primi 200 avventori che si fossero presentati, veda schizzare le vendite al 200% più del previsto. Per quanto sembri strano, tutto, proprio tutto,

va esattamente come la la di marketing aveva pianificato ed essa ha semplicemente eseguito in maniera perfetta la sua missione, massimizzando la funzione di ottimizzazione, senza alcun intervento umano. Il ferimento della guardia giurata ha rappresentato, in un cinico calcolo pubblicitario, un evento imprevisto o comunque trascurato nel disegno del marketing artificiale, intento a porre in essere una soluzione di vendita e pubblicità, pur se eticamente discutibile. Questo evento, una sorta di danno collaterale, non previsto o, anche solo, reso indifferente e accettato nella sua drammaticità, produce a sua volta un altro evento: la tragica aggressione della guardia per la intransigenza religiosa dei manifestanti innesca in uno dei dirigenti della General Corporation un profondo esame di coscienza che lo induce a rinunciare al suo patrimonio e a dedicare la sua vita a commercializzare prodotti editoriali di giovani scrittrici di tutte le religioni, altrimenti estranee ai circuiti editoriali a causa della tecnologia di la e alle non convenienti previsioni di vendita editoriale. La Fondazione finanziata da questa persona, oltre a patrocinare questo umanesimo religioso, diventerà inoltre un movimento globale, portando luce al buio di numerose esistenze umane.

Tutto è bene quello che finisce bene (tranne che per la povera guardia giurata). Epperò, la storia si arricchisce di un ulteriore particolare: anche questo scenario successivo, apparso in qualche misura *umanamente* imprevedibile, in realtà era stato previsto e pianificato dalla la di General Corporation, la quale, oltre a possedere una sezione marketing, possedeva anche un altro sistema di la etica, la quale aveva consigliato l'utilizzo del sistema la di marketing, aveva previsto l'aggressione della guardia giurata (per fortuna successivamente guarita) e aveva pronosticato correttamente l'effetto che questa avrebbe avuto sul dirigente dell'impresa. Il sacrificio di una vita (per fortuna non del tutto) bene valeva il beneficio per altre vite, in una logica di pura ottimizzazione del profitto umano e di comparazione fra costi/benefici, ciò che rendeva l'apparente cinismo pubblicitario, in realtà una strategia di medio tempore, portatrice di più estesi benefici umani e sociali. In sostanza, e per concludere, le conseguenze indesiderate erano state previste, così come era stato previsto il beneficio che ne sarebbe derivato, il sacrificio di una vita umana, per la salvezza di più esistenze umane, senza peraltro nessun coinvolgimento decisionale della intelligenza biologica di alcuna intelligenza umana, resa estranea e inconsapevole delle previsioni e delle decisioni del sistema di la.

Resta, tuttavia, il sacrificio della guardia giurata, aggredita e segnata da un evento traumatico: orbene, in disparte le questioni di territorialità punitiva, la condotta lesiva ai danni della guardia giurata – prevista, calcolata, utilizzata dalla la – non dovrebbe poter essere sottratta ad un sindacato di legalità punitiva, restando sussumibile in una fattispecie punitiva che restiamo, intuitivamente, alle sole lesioni personali. Ma la domanda è: chi *avrebbe-potuto* impedirlo?

Note

1. Cristianini, N. (2024), *Machina sapiens. L'algoritmo che ci ha rubato il segreto della conoscenza*, Bologna, Il Mulino, p. 109, ricorda come uno studio sperimentale di BERT si fondava su 12 moduli e un altro su 24, già sufficienti per una sequenza di operazioni tipica del linguaggio.
2. Cristianini, N., *Machina sapiens*, cit., pp. 111-112.
3. Il rischio di risposte errate, le cosiddette allucinazioni, è un rischio reale, che però – ce lo ricorda in una intervista Reid Hoffman nell'inserto di *Repubblica* del 4 dicembre 2024, *The age of intelligence* – appartiene anche agli umani più esperti, salvo che – ed è questo il punto – in qualche modo non ce lo si aspetta da un sistema artificiale.
4. Geoffrey Hilton è indicato come il padre delle reti neurali, e di recente è stato insignito del premio Nobel per la fisica. In un articolo a lui dedicato, pubblicato nell'inserto di *Repubblica* del 4 dicembre 2024, *The age of intelligence*, sono raccontate alcune delle sue preoccupazioni, confessate al New York Times e pri-

ma ancora in un *paper* del 2023, legate ai rischi del fuori-controllo dell'la. Con lui il manifesto sui rischi dell'la è stato sottoscritto da una ventina di studiosi ed accademici, fra cui Yuval Noah Harari e il premio Nobel per l'Economia, Daniel Kahneman, entrambi ampiamente citati in questo saggio.

5. Carr, N. (2011), *Internet ci rende stupidi? Come la rete sta cambiando il nostro cervello*. Milano, Raffaello Cortina Editore.
6. Ed in fondo continuiamo a non sapere cosa sia la coscienza: Perilli, L. (2025), *Coscienza artificiale: Come le macchine pensano e trasformano l'esperienza umana*, Milano, Mondadori, p. 130.
7. Un semplice *pungolo*, potremmo dire, un suggerimento di voltare attraverso una voce gentile ed educata che non protesterebbe se la svolta non avviene nei termini suggeriti: il che ovviamente dipende anche dalla quantità e qualità dei *pantani*. In argomento Thaler, R. H., Sunstein, C. R. (2024), *Nudge: La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, p. 290.
8. Harari, Y. N. (2023), *Homo Deus: Breve storia del futuro*, Bologna, Bompiani, p.416, ricorda come Waze non sia solo in grado di allontanarci da eventuali ingorghi e condurre l'utente verso itinerari più veloci, suggerendoci di svoltare a sinistra anziché a destra, come ordinariamente un automobilista sarebbe stato tentato di fare, ma aggiunge la capacità di distribuire il traffico, evitando così che una fuga da un ingorgo crei un secondo ingorgo, determinato dallo spostamento verso l'itinerario alternativo. L'intelligenza di Waze è, dunque, quella di individuare il percorso 2 senza intasarlo, convogliando solo la metà degli automobilisti del percorso 1, in modo che né l'uno né l'altro ne risultino intasati. Si pensi anche – come ci ricorda Russell, S. (2025), *Compatibile con l'uomo. Come impedire che l'IA controlli il mondo*, Torino, Codice edizioni, p. 147 – al traffico aereo: all'inizio i computer si limitavano a programmare gli orari dei voli, ma ben presto si sono occupati della assegnazione degli equipaggi, dei posti a sedere, della manutenzione di routine, fino, ad oggi, a fornire informazioni sullo stato dei voli e a cambiare le rotte degli aerei, spostare gli equipaggi, modificare le prenotazioni e riorganizzare i turni delle manutenzioni.
9. Carr, N., *Internet ci rende stupidi?*, cit., p. 69.
10. Diffusamente Carr, N., *Internet ci rende stupidi?*, cit., pp. 83 e ss.
11. Carr, N., *Internet ci rende stupidi?*, cit., p. 205.
12. Quattrocchi, W., Clerici, A., *Liberi di crederci*, cit., p. 82.
13. Per una analisi di questi luoghi ideali per la radicalizzazione delle proprie opinioni, si rinvia a Quattrocchi, W., Clerici, A. (2018), *Liberi di crederci. Informazione, internet e post-verità*, Torino, Einaudi, pp. 99 e ss., e degli stessi Autori, più diffusamente, (2023) *Polarizzazioni. Informazioni, opinioni e altri demoni nell'infosfera*, Milano, Franco Angeli, pp. 37 e ss.
14. È il titolo del bel saggio di Trautteur, G. (2020), *Il prigioniero libero*, Milano, Mimesi.
15. Nelle applicazioni belliche i sistemi come Lavender e Hasbora sono in grado di selezionare migliaia di obiettivi sulla base di incroci di ogni genere di informazioni, come telefonate, mail, posizionamenti gps, contatti, pagamenti on line e così via. Una volta individuato il bersaglio il sistema è in grado di prevedere il numero di vittime collaterali civili e sulla base di una scala di tollerabilità, da 10 a 100, decidere l'iniziativa ed accettarne gli effetti, in base al grado di importanza del bersaglio: Nel solo conflitto israeliano palestinese il sistema la Lavender ha selezionato circa 37000 obiettivi mediante sistemi di machine learning per l'analisi di big data: così Perilli, L., *Coscienza artificiale*, cit., p. 116.
16. Perilli, L., *Coscienza artificiale*, cit., p.179.
17. Le parole di Bertrand Russell sono citate da Hoffman, D., (2020), *L'illusione della realtà. Come l'evoluzione ci inganna sul mondo che vediamo*, Torino, Bollati Boringhieri, p. 261.
18. Sapolsky, R. (2024), *Determinati. Biologia, comportamento e libero arbitrio*, Milano, Raffaello Cortina Editore, p. 288.
19. Sulla complessità che l'avverbio esprime, rinviamo al punto di vista di Sapolsky, R., *Determinati*, cit., passim, e dello stesso Autore, (2014), *L'uomo bestiale. Come l'ambiente e i geni costruiscono la nostra identità*, Roma, Codice edizioni.

La “consensualizzazione” che muove dalla competenza e dalla sensibilità del magistrato e degli avvocati nei procedimenti di famiglia in cui vi sono state condotte di violenza domestica o di genere



di Veronica Marraopodi

Magistrato, Tribunale ordinario di Bergamo

It

Gli obblighi internazionali in tema di adeguata formazione generale e specialistica da parte di giudici, pubblici ministeri e delle altre figure professionali che entrano in contatto con gli autori della violenza e le vittime, non dovrebbero riguardare solamente chi opera nel procedimento penale, ma dovrebbero interessare anche tutti gli operatori della giustizia civile. L'urgenza di assicurare, anche in seno ai processi civili e minorili, un adeguato livello di conoscenza del fenomeno della violenza si è avvertito ancor di più dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 149/2022 e, in particolare, di quelle disposizioni speciali che si applicano ai procedimenti di contenzioso familiare in cui sono allegati abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere, procedimenti nei quali occorre osservare alcune regole per scongiurare forme di vittimizzazione secondaria, ma anche favorire un processo di cambiamento a tutela della vittima e a salvaguardia del benessere della prole.

Parole chiave: obblighi di formazione in tema di violenza, vittimizzazione secondaria, divieto di mediazione familiare, tentativo di conciliazione



Obblighi di formazione in tema di violenza, vittimizzazione secondaria, divieto di mediazione familiare, tentativo di conciliazione

Eng

International obligations regarding adequate general and specialized training for judges, public prosecutors, and other professionals who meet perpetrators of violence and victims should not only concern those operating in criminal proceedings but also involve all civil justice operators. The urgency to ensure an adequate level of understanding of the phenomenon of violence within civil and juvenile proceedings has become even more evident following the entry into force of Legislative Decree No. 149/2022, particularly the special provisions applicable to family litigation proceedings involving allegations of domestic abuse or gender-based violence. These proceedings require adherence to certain rules to prevent secondary victimization and promote a process of change that protects the victim and safeguards the well-being of children.



Training obligations on violence-related issues, secondary victimization, ban on family mediation, judicial conciliation

Sommario

1. Gli obblighi di formazione sul tema della violenza nei confronti di tutte le figure professionali coinvolte, dentro e fuori il processo – 2. Il ruolo cruciale dell'avvocato nel contrasto al fenomeno criminale della violenza di genere e domestica – 3. I divieti per il giudice di tentare la conciliazione e di invitare le parti alla mediazione familiare – 4. Il valore della “consensualizzazione” della causa civile di famiglia nel contrasto al fenomeno della violenza di genere e domestica – 5. Conclusioni

1. Gli obblighi di formazione sul tema della violenza nei confronti di tutte le figure professionali coinvolte, dentro e fuori il processo

Nel corso degli ultimi decenni si è assistito ad una sempre maggiore sensibilità e consapevolezza da parte della società civile e della comunità internazionale della necessità di dotarsi di sovrastrutture, procedure, raccomandazioni e buone prassi idonee a contrastare il fenomeno della violenza sulle donne. Il primo trattato internazionale in materia è rappresentato dalla Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (Cedaw), adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18/12/1979, definito la «*Carta internazionale dei diritti per le donne*». Ad esso seguiva la sottoscrizione della Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, conosciuta come «*Convenzione di Istanbul*», adottata ad Istanbul l'11/05/2011 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa e ratificata nell'anno 2023 anche dall'Unione europea. Molteplici sono state anche le decisioni quadro assunte in seno al Consiglio dell'Unione europea, sfociate nell'approvazione di una serie di direttive in materia di violenza¹, l'ultima delle quali rappresentata dalla Direttiva 2024/1385/UE del 14/05/2024 (che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 14/06/2027), che si pone l'obiettivo di fornire una base giuridica comune per prevenire e combattere *condotte criminose consistenti in atti di violenza contro le donne o violenza domestica, penalmente rilevanti ai sensi del diritto dell'Unione o nazionale*.

Proprio quest'ultima direttiva – in linea con gli obblighi di *adeguata formazione* già posti in capo agli Stati Parti della Convenzione di Istanbul (v. art. 15) – esorta gli Stati dell'Ue a promuovere un adeguato livello di preparazione sia *generale* sia *specialistico*, a favore di: (i) *giudici e pubblici ministeri* coinvolti nei procedimenti penali e nelle indagini, garantendo loro una formazione basata sui diritti umani, incentrata sulle vittime e sensibile alle specificità di genere, nonché delle persone con disabilità e dei minori; (ii) *funzionari che hanno probabilità di entrare in contatto con le vittime, come gli agenti di polizia e il personale giudiziario*, affinché vengano offerti loro gli strumenti per trattare le vittime in modo imparziale, rispettoso e professionale; (iii) *professionisti della sanità* (ovvero *pediatri, ginecologi, ostetrici e personale sanitario che si occupa di assistenza psicologica*), *servizi sociali e personale educativo*, affinché sappiano individuare i casi di violenza di genere e domestica e, quindi, indirizzare le vittime ai servizi di assistenza specialistica; (iv) *avvocati*, affinché abbiano una formazione di *livello appropriato*, che li sensibilizzi *maggiormente ad interagire con le vittime in modo consono al trauma, alla dimensione di genere e all'età dei minori* (v. art. 36, dir. 2024/1385/UE).

Sebbene la direttiva sopracitata riguardi in special modo il procedimento *penale*, è indubbio che preparazione e sensibilizzazione analoghe debbano essere garantite anche nel processo *civile*, sia da parte della magistratura sia da parte dell'avvocatura, quando chiamata a rappresentare e difendere un adulto vittima di violenza o un adulto autore di violenza o il figlio minorenne di chi ha subito e agito violenza, ancor più dopo l'en-

trata in vigore della Riforma Cartabia (d.lgs. 10/10/2022 n. 149) che ha introdotto una disciplina speciale *ad hoc* all'interno del codice di procedura civile per i procedimenti in cui sono allegati *abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere* poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori. Si è osservato, infatti, come gli articoli 473-bis.40 e ss. c.p.c. abbiano introdotto un "rito speciale" in seno al rito unico in materia di persone, minorenni e famiglie, avendo previsto specifiche disposizioni in tema di abbreviazione dei termini processuali, coordinamento tra autorità giudiziarie civili e penali, poteri officiosi del giudice per l'assunzione delle prove (tra cui rapporti d'intervento e relazioni di servizio delle forze dell'ordine), prevenzione del fenomeno della vittimizzazione secondaria, ascolto del minore, specializzazione dei consulenti tecnici d'ufficio, accertamenti e accorgimenti da attuare in caso di indagini demandate ai servizi sociali, divieto di mediazione familiare e di esperimento del tentativo di conciliazione, argomento, quest'ultimo, sul quale si tornerà a breve.

La Suprema Corte ha sottolineato che *solo con la recente riforma del processo civile, introdotta con il d.lgs. n. 149 del 2022, sono state previste specifiche disposizioni processuali per la trattazione dei procedimenti in materia di persone, minorenni e famiglie in cui vi siano condotte di violenza domestica e di genere, ma che, sebbene le disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 149 del 2022 non siano applicabili ratione temporis alle controversie instaurate prima della sua entrata in vigore, la Convenzione [di Istanbul] era comunque vigente e, pertanto, imponeva quantomeno l'interpretazione delle norme interne in senso ad essa conforme*². Premettendo che chi scrive condivide appieno quanto affermato dai giudici di legittimità, pare evidente, tuttavia, che se è vero che le nuove norme del codice di rito hanno consentito di attuare – sul piano della procedura interna – gli obblighi che l'Italia ha assunto anni addietro sul piano internazionale, è anche vero che tali disposizioni hanno rivoluzionato i tradizionali schemi del processo civile che avvocatura e magistratura erano professionalmente preparate ad applicare in tema di accertamento dei fatti ed assunzione delle prove.

Nell'attuale sistema, dunque, si avverte l'urgenza di prestare massima attenzione agli obblighi di formazione in tema di *violenza*, in quanto solo la conoscenza accompagnata ad un adeguato livello di competenza di tutte le figure professionali coinvolte – dentro e fuori il processo – potrà favorire la diffusione di una nuova *cultura giuridica* che comprende sì le norme dell'ordinamento, ma anche i valori e gli approcci operativi usati da avvocati, magistrati e da tutti i professionisti e funzionari dello Stato che si trovano ad operare all'interno del sistema (si pensi ad assistenti sociali, psicologici, forze dell'ordine etc.).

2. Il ruolo cruciale dell'avvocato nel contrasto al fenomeno criminale della violenza di genere e domestica

Nel Libro Bianco per la formazione "Violenza maschile contro le donne", pubblicato nel novembre 2024, si legge che *il settore civile e minorile è quello più delicato per l'effettivo contrasto alla violenza contro le donne in tutte le sue esplicazioni*³ sia per il rischio di *vittimizzazione secondaria*⁴ delle madri che denunciano violenza su di sé o sui propri figli da parte dell'ex *partner*, sia per il rischio che la violenza venga confusa con il *conflitto familiare*, con l'effetto, sotto il profilo civile, che venga sospesa la responsabilità genitoriale alla vittima attribuendole la volontà di allontanare i figli dal padre. Grazie al ruolo privilegiato che assume per via del contatto diretto con autori o vittime di violenza e del rapporto di fiducia instaurato con il proprio assistito, l'avvocato è in grado di direzionare l'attività difensiva, acquisendo elementi utili all'accertamento dell'esistenza o meno di forme di violenza nel contesto da esaminare, versando nel processo tutti gli atti ostensibili e i provvedimenti già emessi in altri procedimenti⁵; è in grado di rap-

presentare con sensibilità e competenza gli interessi della parte, contrastando anche eventuali iniziative avversarie tese a strumentalizzare le allegazioni di violenza o a screditare il ruolo genitoriale della donna; è nella posizione di verificare che gli ausiliari ed esperti di cui si avvale il giudice (ovvero assistenti sociali, psicologi, coordinatori genitoriali, educatori etc.) siano *dotati di adeguata formazione* in materia di violenza⁶; è in grado di sollecitare la vittima di violenza a rivolgersi ai centri antiviolenza presenti sul territorio e l'autore della violenza ai centri di recupero per maltrattanti. Più in particolare, l'avvocato che assiste l'*autore della violenza* saprà informare e consigliare al meglio il suo cliente sui possibili risvolti processuali, senza trincerarsi dietro la comoda – ma erronea – affermazione che il giudice civile non potrà tener conto di eventuali condotte maltrattanti in virtù del *principio di innocenza* fino a condanna definitiva: un approccio difensivo consapevole dello scenario normativo interno, e dei principi ispiratori internazionali, presuppone che l'avvocato renda edotta la parte che gli atti trasmessi dall'autorità requirente o giudicante penale formeranno oggetto di autonoma valutazione da parte del giudice civile per l'assunzione di decisioni sull'affidamento e sulla collocazione abitativa dei figli, e che, nel pieno esercizio dei suoi poteri istruttori, il giudice civile accerterà l'esistenza della violenza allegata quand'anche vi sia stata una archiviazione della notizia di reato⁷; in altri termini, il difensore dovrà avere ben presente che *si tratta di indagini e valutazioni parzialmente differenti da quelle che eseguono il pubblico ministero e il giudice penale*, in quanto, di fronte al medesimo fatto oggettivo, *il giudice penale potrebbe assolvere o disporre una archiviazione della denuncia, mentre il giudice civile potrebbe ritenere sussistente un comportamento aggressivo e violento (...) rivelatore di un deficit di competenze genitoriali*⁸.

È parere di chi scrive che solo una approfondita conoscenza delle norme processuali e dei vincoli internazionali in tema di affidamento e diritti di visita della prole consentirà all'avvocato di offrire una assistenza legale di qualità a tutti i livelli, e di coltivare responsabilmente trattative con la controparte finalizzate alla definizione di condizioni che siano realmente conformi agli interessi dei figli e idonee a proteggere la vittima di violenza, nel rispetto dell'art. 31 della Convenzione di Istanbul.

3. I divieti per il giudice di tentare la conciliazione e di invitare le parti alla mediazione familiare

Se, da un lato, non vi sono divieti alla “consensualizzazione” del contenzioso familiare, tanto che le parti possono ricorrere allo strumento della negoziazione assistita o presentare un ricorso congiunto (di separazione, divorzio, affidamento della prole nata fuori dal matrimonio) anche laddove vi sono stati episodi di violenza o abusi familiari, dall'altro lato, gli artt. 473-bis.42 e 473-bis.43 c.p.c. prescrivono al giudice di astenersi dal procedere al *tentativo di conciliazione* e dall'invitare le parti a *rivolgersi ad un mediatore familiare*, divieti che – come sappiamo – discendono dall'art. 48, par. 1 della Convenzione di Istanbul, laddove si prevede che gli Stati *devono adottare le necessarie misure legislative o di altro tipo per vietare il ricorso obbligatorio a procedimenti di soluzione alternativa delle controversie, incluse la mediazione e la conciliazione, in relazione a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione*.

Ora, per comprendere esattamente cosa si intende per *procedimenti di soluzione alternativa delle controversie*, pare utile citare quanto ha scritto la prima presidente della Corte di cassazione nella Relazione sull'Amministrazione della giustizia per l'anno 2024, dove ha ricordato come i *modi alternativi di composizione o di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, quali la negoziazione assistita, la mediazione e l'arbitrato, rappresentano forme di giustizia privata*, in taluni casi *adempimenti obbligatori condizionanti la procedibilità della domanda giudiziale, al fine di incentivare la propensione delle parti ad un componimento consensuale della lite*, laddove la giurisdizione pubblica diviene *rimedio ultimo* a cui ricorrere solo quando permanga la *inconciliabilità delle*

*contrapposte posizioni dei litiganti*⁹. Dunque – aggiunge la presidente – in presenza di frequenti forme di giurisdizione condizionata, occorre considerare che l'effettività del diritto inviolabile ad agire e a difendersi in giudizio, seppur non postula una assoluta contestualità tra il sorgere del diritto sostanziale e la sua azionabilità, *implica che il differimento di quest'ultima si dimostri tollerabile, che ricorrano esigenze di ordine generale e superiori finalità di giustizia e che non siano imposti ai cittadini oneri o modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile lo svolgimento dell'attività processuale*¹⁰.

Ebbene, proprio questi ultimi elementi – a parere di chi scrive – spiegano la *ratio* del divieto imposto dall'art. 48 della Convenzione di Istanbul: laddove vi sono allegazioni di violenza fisica, sessuale, psicologica, economica, l'ordinamento non può condizionare il ricorso alla pubblica giurisdizione al previo esperimento *obbligatorio* di *forme di giustizia privata*, come la mediazione o la conciliazione, in quanto ciò significherebbe imporre alla vittima di tollerare un tempo di attesa prima di agire in giudizio a tutela dei propri interessi, e di sottostare a tecniche di composizione del conflitto che presuppongono una posizione di *parità* tra i *litiganti* che non si riscontra laddove è stata agita violenza da una parte ai danni dell'altra.

4. Il valore della “consensualizzazione” della causa civile di famiglia nel contrasto al fenomeno della violenza di genere e domestica

Mentre appare chiaro che la mediazione familiare e la conciliazione avanti ad un soggetto terzo e imparziale, diverso dal giudice, presuppone un rapporto di parità che non si ravvisa nelle relazioni intrafamiliari dove si è consumata violenza, con il rischio che l'*ex partner*, ancora vulnerabile, subisca forme di vittimizzazione secondaria o ricada nel *ciclo della violenza*, ciò che appare di più ardua interpretazione è il limite posto al giudice di *tentare la conciliazione*, argomento sul quale, peraltro, nessun riferimento è contenuto nell'ultimo Rapporto presentato dall'Italia ai sensi dell'art. 68, par. 1, della Convenzione di Istanbul, ricevuto da Grevio il 1° luglio 2024. Del resto, nel “Rapporto di Valutazione del Gruppo di esperti/e sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica” – Grevio – adottato il 15/11/2019, a riprova di quanto affermato in precedenza, si legge che «*Nella legislazione penale e civile italiana, non esistono metodi alternativi di risoluzione dei conflitti che possano contravvenire all'obbligo di proibire tali metodi in relazione a tutte le forme di violenza rientranti nel campo di applicazione della Convenzione*»¹¹; ciononostante, si legge nel Rapporto – ed è questo il vero elemento di criticità – «*il Grevio ha riscontrato che nell'ambito dei processi per l'affidamento dei figli, le vittime sono di fatto spesso sottoposte a procedure di mediazione, in violazione di quanto prescritto dall'Articolo 48 della Convenzione. Questo elemento è supportato da una ricerca recente nel settore, che ha mostrato come operatori e operatrici non siano riusciti ad individuare e classificare la violenza domestica e la abbiano etichettata come conflitto*».

La “coppia di genitori” è stata dissociata dalla “coppia di coniugi” e perciò la mediazione è diventata una prassi, che ignora la violenza e secondo cui essa non è una problematica riguardante la sfera genitoriale. La differenza di trattamento riservata alle madri abusate e ai padri violenti negli esiti delle mediazioni è stata centrale ... Durante la mediazione, la responsabilità della violenza e delle conseguenze è stata attribuita a entrambi i genitori. Le donne ed i bambini sono stati incolpati per le azioni degli autori di violenza e sono stati oggetto di una vittimizzazione secondaria, dato che il modello di potere e controllo del perpetratore è proseguito... Di conseguenza, le vittime di violenza domestica sono risultate molto svantaggiate nel corso della mediazione, e questa procedura ha portato a sentenze che hanno esposto loro ed i propri figli al rischio di ulteriori abusi. Inoltre, operatori e operatrici non erano a conoscenza o non hanno applicato la Convenzione di Istanbul»¹². Ancora, nella

Relazione approvata dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nella seduta del 20/04/2022, si legge: «*in attesa che venga data attuazione alla riforma del codice di procedura civile (legge 26 novembre 2021, n. 206) che all'articolo 1, comma 23, lettera m), prevede particolari cautele per l'udienza presidenziale nonché la non esperibilità del tentativo di conciliazione nei casi di violenza intrafamiliare, resta comunque da chiedersi – fermo restando l'obbligo attuale per i presidenti di tribunale (o i giudici da loro delegati), di esperire il tentativo di conciliazione – quanto sia protettivo per le vittime venir poste nella stessa stanza col proprio presunto aggressore, e quanto la mancanza dell'approfondimento della situazione di violenza e il recepimento tout court dell'accordo assunto, determini una violazione di norme imperative, in particolare, quando questo preveda l'affido condiviso della prole, in violazione dell'articolo 31 della Convenzione di Istanbul, in tema di diritti di visita e custodia al cui rispetto l'Italia si è espressamente impegnata con la ratifica della predetta Convenzione*»¹³; infatti, «*malgrado la presenza di allegazioni di violenza, sovente si riscontrano incontri congiunti tra genitori, il che palesa come, in un certo qual modo, la donna vittima sia "costretta" a permanere – in assenza di qualsivoglia cautela della sua incolumità e del suo diritto di esprimersi liberamente e senza paura – nella stessa stanza col proprio aggressore. Questa risultanza evidenzia come anche dagli operatori dei servizi sociali sia data prevalenza al principio della bigenitorialità applicato nell'ottica di diritto del genitore, anche se violento, e non di diritto del figlio, ponendo la violenza sullo sfondo della valutazione*»¹⁴; e, ancora, «*Nei procedimenti presso i tribunali ordinari, analizzati all'esito della ricerca, nessuna cautela viene adottata per evitare forme di vittimizzazione secondaria nel corso del procedimento: le parti compaiono davanti al giudice contemporaneamente per il tentativo di conciliazione. In molti dei procedimenti analizzati, pure in presenza di allegazioni di violenza domestica, quando negli atti depositati dalla vittima della violenza vengono descritte condotte di aggressione, minaccia, violenze fisiche, il difensore della stessa parte nelle conclusioni fa istanza affinché venga disposto l'affidamento condiviso dei minori. In alcuni procedimenti è la stessa madre, che, pur affermando di essere stata destinataria di condotte violente, conferma che il marito seppure violento "è un buon padre". È frequente la cosiddetta "consensualizzazione" del procedimento, con recepimento da parte del giudice, di accordi conclusi dalle parti nei quali la violenza domestica non viene considerata, e vengono omologate condizioni di affidamento standardizzate (affidamento condiviso, collocazione del minore presso la madre, ordinarie frequentazioni padre-figlio senza specifiche limitazioni o cautele)*»¹⁵.

In linea con le criticità denunciate da Grevio e dalla Commissione parlamentare, anche nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022 si evidenzia che il tentativo di conciliazione, «*per essere congruo ed efficace, presuppone che le parti siano in posizione di parità, e non di subordinazione l'una rispetto all'altra come accade nelle relazioni contraddistinte da violenza*»; che, infatti, «*particolare attenzione è dedicata allo svolgimento dell'udienza per evitare che si realizzino forme di vittimizzazione secondaria, per esempio costringendo la vittima di violenza ad essere presente in udienza con il presunto autore della violenza senza l'adozione di particolare cautele*»¹⁶; che, ancora, «*la scelta sottesa a questo netto divieto nasce dalla necessità di scongiurare il rischio di vittimizzazione secondaria che si realizza quando una parte vittima di violenza o di abuso sia indotta, per invito del giudice o per sollecitazione normativa, a sedersi al tavolo di mediazione o di conciliazione con l'autore della violenza, con il rischio che la dinamica di sopraffazione violenta si riproduca anche in questo contesto*»¹⁷.

Alla luce di quanto si è rappresentato, appare chiaro che il divieto posto dall'ultimo comma dell'art. 473-bis.42 c.p.c. – laddove prescrive al giudice di astenersi dall'esperire il tentativo di conciliazione se le parti *compaiono* – debba essere interpretato e applicato tenuto conto della *ratio* della normativa internazionale, che intende evitare la situazione in cui gli ex *partner* sono chiamati a comparire davanti al giudice per essere interrogati insieme l'uno di fronte all'altra ai fini conciliativi, come avverrebbe per qualsiasi altra controversia civile o familiare, trascurando, così facendo, sia la condizione di vulnerabilità in cui si trova la vittima, sia gli episodi di violenza nella misura in cui le parti raggiungano accordi *standard* come l'affidamento condiviso e libere frequentazioni coi figli, che si pongano in contrasto

con il bisogno di sicurezza e di protezione della vittima e della prole, in violazione dell'art. 31 della Convenzione di Istanbul. Fermo restando che se le parti compaiono insieme in udienza, in ossequio al disposto dell'art. 473-bis.42, il giudice non può esperire né il tentativo di *riconciliazione* tra i coniugi né il tentativo di *conciliazione* della causa nei termini sopra illustrati – cioè interrogando le parti insieme senza l'adozione di alcuna cautela che possa proteggere la vittima dal confronto diretto e immediato con l'autore della violenza – a parere di chi scrive tutt'altro significato ed effetto ha la *proposta conciliativa* che il giudice terzo, imparziale e custode del *best interest of child* può formulare ai difensori delle parti, dopo aver ascoltato separatamente la madre e il padre, in un contesto protetto e scevro da condizionamenti. Accertata la fondatezza delle condotte maltrattanti o abusanti allegate da una parte, la proposta conciliativa del magistrato non andrà nella direzione di “venirsi incontro”, come farebbe il conciliatore o il mediatore al di fuori di un processo, ma andrà nella direzione di proteggere i figli, sostenere la vittima nel percorso di fuoriuscita dal ciclo della violenza e promuovere il cambiamento del maltrattante attraverso l'invito ad aderire a specifici percorsi che favoriscano una rilettura in senso critico dei propri comportamenti, quale necessario punto di partenza verso il recupero della genitorialità e la ripresa di una relazione positiva con la prole.

Se l'ordinamento interno e la normativa internazionale non pongono preclusioni di principio al raggiungimento di accordi sulla genitorialità anche quando vi siano stati episodi di violenza che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione, a maggior ragione è auspicabile che il giudice – grazie alle sue doti di persuasione morale autorevole – incentivi l'autore della violenza ad aderire a soluzioni conciliative che mettano in atto il cambiamento per salvaguardare il benessere attuale e futuro dei figli e per preservare la vittima dal rischio che si riattivi la dinamica della sopraffazione violenta. Se si considerasse impraticabile la “consensualizzazione” della causa civile sul presupposto che la vittima di violenza non dovrebbe essere messa nella condizione di decidere se aderire o meno ad una proposta conciliativa formalizzata da un giudice terzo e imparziale, allora si dovrebbe arrivare al paradosso di presumere che tutte le intese raggiunte tra gli ex *partner*, dentro e fuori il processo, siano suscettibili di essere annullate per vizio del consenso, perché frutto di pressioni, minacce o violenze.

Nella convinzione che solo attraverso la necessaria *competenza* e *sensibilità* del magistrato e dei legali che assistono le parti si possa promuovere la “consensualizzazione” della causa civile mediante il raggiungimento di accordi sulla genitorialità tutelanti per la vittima e per la prole, è assolutamente doveroso specificare che, in taluni casi, la proposta conciliativa pare del tutto inopportuna ed inefficace rispetto ai buoni propositi da cui muove: si pensi, a titolo esemplificativo, ai casi in cui gli agiti violenti sono particolarmente gravi e recenti, tanto da far ravvisare un “rischio alto” per la vita della vittima; ai casi in cui la vittima versa ancora in uno stato di grave paura e timore per la propria incolumità o quella dei figli; ai casi in cui, nonostante la pendenza di un giudizio penale e civile, prosegue un atteggiamento controllante, sfidante e persecutorio dell'autore della violenza; ai casi in cui vi è totale negazione di ogni responsabilità da parte dell'autore, se non la tendenza di colpevolizzare la vittima per la condizione in cui viene a trovarsi. Ebbene, in tutti questi casi, appare chiaro che la mancanza di risorse personali e di spinte motivazionali pone il maltrattante in una posizione ancora troppo lontana per l'assunzione di quella consapevolezza necessaria all'avvio di un percorso di recupero che conduca ad un reale cambiamento.

5. Conclusioni

Vien da chiedersi, alla fine di questa trattazione, per quale motivo l'avvocato che assiste l'autore della violenza dovrebbe favorire il componimento del giudizio attraverso una intesa che non accolga appieno le richieste del suo assistito, considerato il fatto che la proposta conciliativa del magistrato mai dovrebbe prevedere l'invito rivolto alla vittima di rimettere le denunce-querele che abbia eventualmente sporto nei confronti dell'ex *partner*. Ebbene, in cima alla lista c'è l'esigenza di promuovere relazioni funzionali gra-

zie al supporto di professionisti capaci di occuparsi in modo *sensibile* ed efficace delle persone che affrontano un cambiamento familiare. Vi è la necessità che nel processo siano riconosciuti i bisogni specifici e gli interessi dei minori, compreso il fatto che, spesso, costoro richiedono un *tempo* per la rielaborazione dei vissuti traumatici ben più lungo rispetto alla durata del processo civile. Vi è la necessità di stimolare l'autore della violenza all'analisi critica dei propri comportamenti, anche attraverso l'adesione ad una proposta che prevede l'assunzione di specifici *impegni* (si pensi alla presa in carico tossicologica, psicologica, psichiatrica, di tipo trattamentale), che vanno ben oltre le statuizioni a cui può pervenire il sistema giustizia, centrate su diritti e obblighi, tutto ciò in vista del recupero delle competenze genitoriali funzionali ad una graduale ripresa della relazione affettiva coi figli.

Quanto all'avvocato che rappresenta la *vittima*, è altrettanto importante considerare che l'adesione alla proposta conciliativa risponde ad una esigenza di sicurezza rispetto al fatto che le condizioni, a cui l'altra parte ha spontaneamente aderito, vengano rispettate o che, quantomeno, ci sia l'impegno a rispettarle, esigenza avvertita soprattutto da chi ha vissuto per anni in balia delle decisioni e imposizioni altrui. Vi è la necessità di interrompere la spirale della violenza, posto che recenti studi denunciano vere e proprie persecuzioni psicologiche post-separative da parte dell'autore, caratterizzate dalla costante minaccia di sottrarre i figli alle madri e di continue iniziative giudiziarie, anche a distanza di tempo, ribattezzate con l'espressione *custody stalking* poiché tese a colpire la vittima attraverso forme di ricatto che hanno ad oggetto i figli. Vi è la necessità di scongiurare che il protrarsi del contenzioso nei successivi gradi di giudizio possa generare o acuire le iniquità basate sulla differenza di genere e sulla diversa capacità economica delle parti, tipicamente superiore nell'uomo, con il rischio che lungo il processo di primo, secondo grado e di cassazione, la donna subisca ulteriori intimidazioni che la indurranno ad accettare intese sconvenienti per se stessa e per i figli. Solo con la "consensualizzazione", infine, si possono prevedere trasferimenti immobiliari o si possono regolamentare altre questioni di carattere patrimoniale che non solo eviteranno l'instaurazione di ulteriori giudizi ma avranno il vantaggio di conferire un senso di maggiore sicurezza economica alla vittima di violenza e, di riflesso, alla prole.

Considerati i vantaggi della conciliazione rispetto alla necessità di neutralizzare il fenomeno criminale della violenza domestica e di genere, l'auspicio è che il giudicante non abdichi al ruolo fondamentale che la legge gli conferisce a tutela degli interessi morali e materiali della prole, trincerandosi dietro il dettato di una norma che, forse, è stata scritta un po' frettolosamente e che rischia di tradire i buoni propositi della Riforma laddove questa intendeva dare concreta attuazione agli obblighi discendenti dalla Convenzione di Istanbul.

L'auspicio è anche che l'avvocatura, autonoma e indipendente dall'organo giudicante, possa espletare una funzione di difesa e di *consiglio* dell'assistito, favorendo la diffusione di un modello culturale in cui il diritto alla bigenitorialità non può essere concepito come un *diritto assoluto*, ma va inteso come un *diritto-dovere* che discende dallo svolgimento di una appropriata funzione di cura, protezione ed educazione, compromessa e bisognosa di essere recuperata là dove il genitore abbia posto in essere condotte maltrattanti o abusanti, verso l'altro genitore o verso i figli che hanno subito i traumi della violenza diretta o assistita.

1. Si pensi alla Direttiva 2011/99/UE in tema di ordine di protezione a favore di vittime o potenziali vittime di reato, alla Direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani, alla Direttiva 2011/92/UE in tema di sfruttamento sessuale dei minori e pornografia minorile e, infine, alla Direttiva 2012/29/UE in tema di assistenza e protezione delle vittime di reato.
2. V. Cass. civ. sez. 1, ord. 30/04/2024 n. 11631
3. V. Libro Bianco per la formazione “Violenza maschile contro le donne”, curato dal Comitato tecnico-scientifico dell'Osservatorio sul fenomeno della violenza nei confronti delle donne e sulla violenza domestica, istituito dalla Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le Pari Opportunità, novembre 2024, p. 125.
4. V. Cass. Sez. Un. Civ. sent. 17/11/2021 n. 35110, ove la vittimizzazione secondaria è descritta come quell'insieme di comportamenti che fanno rivivere le condizioni di sofferenza a cui è stata sottoposta la vittima di un reato, di cui sono responsabili coloro che di lei dovrebbero farsi carico per tutelarla nell'ambito delle procedure delle istituzioni o, comunque, nell'ambito di un procedimento giurisdizionale, con il rischio di scoraggiare la presentazione della denuncia da parte della vittima stessa.
5. V. Art. 473-bis.41 c.p.c.
6. V. Artt. 473-bis.25, 473-bis.26, 473-bis.27 e 473-bis.44 c.p.c.
7. V. Cass. civ. sez. I, ord. 16/09/2024 n. 24726. V. anche Cass. civ. sez. I, ord. 09/01/2025 n. 4595, in cui la Corte ha ribadito il principio secondo il quale il genitore che con il suo comportamento costringe il figlio ad assistere ad atti di violenza sull'altro genitore o comunque aggressivi, lede il diritto del bambino a vivere in un ambiente sano ed armonioso; e, nel caso in cui i comportamenti violenti e/o aggressivi siano accertati, il giudice civile deve adottare misure idonee a proteggere le vittime dalla possibile reiterazione di questi comportamenti, e da contatti con un genitore inadeguato.
8. V. Cass. civ. sez. I, ord. 20/03/2025 n. 7409.
9. V. Relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2024, prima presidente della Corte di cassazione dr.ssa Margherita Cassano, 24/01/2025, p. 35.
10. Ibid., p. 35.
11. V. Rapporto di valutazione (di base) del Gruppo di esperti/e sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica” (Grevio), adottato il 15/11/2019, par. 208.
12. Ibid., par. 209.
13. V. “Relazione sulla vittimizzazione secondaria delle donne che subiscono violenza e dei loro figli nei procedimenti che disciplinano l'affidamento e la responsabilità genitoriale”, approvata dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere nella seduta del 20/04/2022, pp. 32-33.
14. Ibid. p. 55.
15. Ibid. p. 92.
16. V. Relazione illustrativa al decreto legislativo 10/10/2022, n. 149: «Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata», p. 72.
17. Ibid., p. 73.



Il sistema del processo penale telematico al primo giro di boa¹



di Michele Caianiello

Professore ordinario di diritto processuale penale, Università di Bologna



di Antonio Pugliese

Assegnista di ricerca in diritto processuale penale, Università di Bologna

It

La ritualità del processo penale è oggi posta innanzi alla sfida della telematizzazione. Emergono, di pari passo, quesiti nuovi e sfidanti, specie ove si consideri che non di rado questi rischiano di incidere sulla stessa validità degli atti. Sebbene il passaggio al processo penale telematico non sia del tutto completato, il tempo trascorso dalla Riforma suggerisce alcune prime valutazioni, alla luce delle pronunce di legittimità in materia. Tracciate le linee di fondo della novella legislativa, lo scritto intende condurre una prima analisi critica di taluni quesiti sinora emersi dal passaggio al telematico.



Processo penale telematico, deposito degli atti

Eng

The formal procedures of criminal trials are now facing the challenge of digitalization. This shift raises complex issues, particularly regarding the potential impact on the validity of procedural acts. Although full implementation of the digital criminal trial is pending, the time elapsed since the Reform allows for initial assessments based on recent rulings. After outlining the fundamental aspects of the legislative reform, this paper aims to conduct a preliminary critical analysis of certain issues that have emerged so far in the shift to digital procedures.



Digital criminal trial, filing of procedural documents

Sommario

1. Introduzione – 2. Le direttrici fondamentali – 3. Raccordi funzionali e satelliti: brevi cenni sugli artt. 172 e 175 c.p.p. – 4. I casi problematici di deposito. Premesse – 4.1 Segue: alcuni singoli casi – 5. Conclusioni

1. Introduzione

Ad oltre un biennio circa dall'entrata in vigore della c.d. Riforma Cartabia, seppur tra vari rinvii, è il tempo di un primo bilancio sul processo penale telematico. Nato dalle ceneri dell'esperienza pandemica da Covid-19, abita oramai quotidianamente gli uffici giudiziari della Penisola, eppure il confronto quotidiano con il nuovo strumento non ha spento i vari fuochi delle molte polemiche che ruotano attorno a questo. Talune affondano le radici in inefficienze e timori connessi all'esercizio del diritto di difesa; altre, invece, sono fisiologicamente connesse al cambiamento radicale delle modalità di organizzazione del lavoro e, non per ultimo, alle incertezze interpretative che ne possono derivare. Esiste, d'altronde, un legame fra il *modus operandi* e il lavoro in sé, influenzato, come in applicazione di una sorta di proprietà transitiva, dal primo. L'assunto, che trova riscontro nelle esperienze umane più disparate, ha, nel caso di specie, referenti puntuali negli altri rami della giurisdizione e che, prima del settore penalistico, hanno vissuto il passaggio al telematico.

Uno sguardo sommario al processo civile e a quello amministrativo conferma come certi fenomeni, specie se della portata di quello in esame, necessitano di tempo prima di vedersi pienamente riconosciuti dagli utenti chiamati a farne uso quotidiano. Nei due settori considerati, per esempio, i timori hanno spesso riguardato temi contigui a quelli delle patologie degli atti. Il terreno di scontro, da questo angolo visuale, si è prevalentemente risolto in un quesito invalidante connesso all'utilizzo delle modalità telematiche: nullità delle notifiche; tardività di un deposito con conseguenti inammissibilità, solo per fare due ricorrenti esempi². Osservato dalla prospettiva degli uffici giudiziari, invece, la questione è principalmente legata a questioni organizzative, talune delle quali possono ugualmente impattare sull'esercizio effettivo della giurisdizione. Lo si intuisce, a esempio, anche solo limitandosi a osservare certi provvedimenti di alcuni uffici che hanno, chi più chi meno, ritardato il passaggio al telematico, dal lato degli utenti cc.dd. interni³.

Come che sia, ogni valutazione sull'effettività del processo penale telematico deve oggi partire da un assunto chiaro: la c.d. Riforma Cartabia (d.lgs 150/2022) ha dato vita a una cornice normativa nuova e generale in tema di atti, oggi intesi come "telematici". Conseguenzialmente, quello telematico ambisce ad essere⁴ l'esclusivo metodo di deposito, salve le eccezioni. Non si tratta più, quindi, un problema di *an* (il processo penale, transiterà per la gran parte al digitale), ma di *quomodo*. Lo scritto, muovendo dalle linee guida che ispirarono la Riforma, intende osservare il primo giro di boa della novella. Nel fare ciò, individuate le questioni più calde, si osserverà come la più recente giurisprudenza di legittimità abbia inteso affrontare i primi quesiti derivanti dal passaggio obbligatorio al telematico.

2. Le direttrici fondamentali

La complessiva riforma che ha condotto al processo penale telematico partiva dalla volontà di superare la frammentarietà che sino a quel punto contraddistingueva la disciplina emergenziale, andata affastellandosi per il tramite di normazioni costanti e, al tempo stesso, ambiva a creare un ambiente di riferimento per il processo digitale, un vero e proprio ecosistema⁵.

Con questo intento, il legislatore ha inteso dare alla luce la cornice generale di riferimento in materia. L'esperienza del Covid-19, a ben vedere, poneva innanzi a un bivio: inseguire una normazione di dettaglio o, al contrario, affidarsi a principi generali. Le soluzioni di dettaglio hanno il vantaggio, nell'immediato, di apparire più puntuali, sembrano calzare meglio a tutte le ipotesi in esse considerate e, in un certo senso, placano taluni timori. Si tratta, però, di una panacea affidata a valutazioni del seguente tipo. Innanzi a una disciplina di dettaglio, l'interprete dovrà certo fare lo sforzo di seguirne pedissequamente i dettami; in cambio, tuttavia, proprio in corrispondenza dell'adempimento esatto dei vari oneri, dovrebbero diminuire i margini di incertezza per gli operatori. Lo svantaggio, non di poco conto, è che questo tipo di normazione manca dei giusti anticorpi per affrontare il cambiamento, ciò a maggior ragione nella materia considerata. Il

tempo avrebbe logorato una legislazione di quel tipo, così come il vento del mare può corrodere il ferro esposto alla salsedine, così una normazione siffatta avrebbe presto mostrato vistosi segni, in ragione dell'evoluzione digitale. Basti un esempio. La legislazione emergenziale ha fatto diffuso affidamento sulle Pec, che sono letteralmente proliferate. Al tempo della stesura della riforma, quindi, le si sarebbe potute elevare a regola, inserendo l'obbligatorietà del deposito via Pec entro il codice di rito. Una soluzione di questo tipo avrebbe sicuramente destato meno dilemmi di quelli che continuano a porre le piattaforme di deposito, ma con un importante limite. La sua eventuale obsolescenza avrebbe imposto di mettere mano al codice.

Di qui la scelta di creare un gruppo unitario di norme generali, dentro cui le soluzioni normative di dettaglio – quelle novellate così come quelle già esistenti e non abrogate – potessero inserirsi e assumere un significato coerente nel nuovo ecosistema di riferimento; a ciò si è accompagnata una precisa scelta tecnica, di neutralità digitale. Va ammesso che una opzione di questo tipo si mostra anche la più in linea con una legislazione codicistica, vale a dire un *corpus* omogeneo di leggi stabili, o che ambiscono ad esserlo. Gli adeguamenti tecnici saranno infatti possibili anche tramite un'opera ma regolamentare, vale a dire di fonte secondarie. Per ciò solo, però, non escono di per sé risolti tutti i dubbi che, naturalmente, una novella così concepita è in grado di portare. In effetti, dal passaggio al telematico derivano alcuni quesiti applicativi coi quali, invece, è opportuno confrontarsi, atteso l'impatto che possono avere sull'esercizio del diritto di difesa. Prima di intraprendere un esame critico dei dilemmi che animano questi primi tempi del processo penale telematico, occorre mettere a punto alcune direttrici.

Si accennava prima, il legislatore processuale ha inteso informare la riforma al principio di neutralità digitale. In concreto, questo significa avere evitato il recepimento di soluzioni informatiche specifiche, come si è scritto. La resa lessicale del precetto, sotto questo angolo visuale, disvela una struttura finalistica della norma. Varrebbe, in generale, una condizionata libertà di forme: ogni soluzione digitale percorribile è accettata, purché assicurati i requisiti prescritti dalla disposizione⁶.

Derivato di questo postulato è l'assenza di nuove previsioni di invalidità in ragione solo del passaggio al telematico. Il passaggio al digitale, quindi, non costituisce una nuova generalizzata ipotesi di inammissibilità degli atti. Lo strumento, potrebbe argomentarsi, può essere condizionante e dunque, in linea mediata, si potrà dire che, se la presentazione dell'atto dovesse non conformarsi alla nuova modalità di lavoro, i soggetti coinvolti nel procedimento rischierebbero di vedersi rifiutato il deposito di uno specifico atto. Tuttavia, le cause di inammissibilità rimangono invariate, salvo specifici interventi (quali, ad esempio, in materia di deposito delle impugnazioni, ove l'intervento sull'art. 582 adatta la originaria causa di inammissibilità alla nuova modalità informatica). La riforma del processo penale telematico, in questo senso, si inserirà dunque in un quadro di forme di invalidità degli atti che rimane invariato, e dovrà essere adattato alla casistica generata con il tempo dalla transizione al digitale.

Naturalmente, i nuovi scenari aperti – già in parte affrontati nel corso della legislazione emergenziale dovuta alla pandemia – potranno suscitare dubbi e questioni. L'auspicio, in generale, legato alla scelta di non intervenire nel settore delle invalidità, è quello che gli interpreti possano trarre da questa opzione una spinta ulteriore per favorire la transizione al digitale, ovvero per superare, nel rispetto delle legittime aspettative connesse all'esercizio del diritto di difesa, alcune perplessità applicative possibili, come disvela una lettura di recenti approdi giurisprudenziali. Prima di esaminarli, occorre soffermarsi su due norme di raccordo, anch'esse pensate come un ponte tra il vecchio e il nuovo mondo.

3. Raccordi funzionali e satelliti: brevi cenni sugli artt. 172 e 175 c.p.p.

In linea di continuità rispetto a quanto sin qui detto, il legislatore ha creato alcuni raccordi nel titolo VI, del Libro II, del codice di rito, dedicato ai termini. Il riferimento, qui,

è alla riformulazione dell'art. 172 e del successivo art. 175 bis, di nuovo conio. La prima delle due disposizioni in commento finisce con l'essere una norma di semplificazione e che, può dirsi, trae ispirazione anche dall'esperienza "telematica" già acquisita in altri rami della giurisdizione. Come noto, il comma 6 dell'art. 172, così come letto negli anni da costante giurisprudenza, indica lo scadere del termine per un deposito in corrispondenza «del momento in cui secondo i regolamenti l'ufficio viene chiuso al pubblico». In assenza di alcuna modifica normativa, ciò avrebbe imposto, anche per la presentazione telematica di atti, la medesima scadenza, con esiti, però, almeno in parte, paradossali. Il comma in commento nasce con l'intento di disciplinare il contatto necessario tra l'utenza e le cancellerie e non potendo certo prevedersi, nel contesto di depositi analogici, la possibilità per gli avvocati di fare accesso a locali dell'ufficio giudiziario alcuni minuti prima della mezzanotte del giorno di scadenza. Una regola d'ordine verrebbe da dire.

A fronte di ciò, il passaggio al processo penale telematico ha come presupposto il superamento del contatto necessario fra utenti e cancelleria in vista dell'effettuazione di un deposito. Anzi, come si vedrà meglio nel prosieguo, la regola diviene la presentazione a mezzo di strumenti telematici e, di contro, la consegna "a mani" è vissuta nel codice come eccezione, connessa a taluni presupposti. Singole esigenze processuali, atti compiuti personalmente dalla parte o, in ultimo, eventuali malfunzionamenti dei sistemi informatici potranno giustificare una deviazione dal binario digitale. Al di fuori di queste (non infinite) ipotesi, i depositi non necessiteranno dell'accesso in cancelleria. Ciò, come si diceva, ha delle conseguenze sull'organizzazione del lavoro, anche dei professionisti a vario titolo interessati dell'accertamento di penale responsabilità (avvocati certo, ma pure consulenti e periti, per esempio) e avrebbe fatto fatica a giustificarsi il mantenimento di un simile impedimento orario ove si consideri che la telematizzazione non conosce orari prefissati. Il deposito, quindi, ben può essere perfezionato (tecnicamente, almeno) entro la mezzanotte del giorno di scadenza. Restava da disciplinare come avrebbe potuto coordinarsi ciò con il lavoro degli uffici.

Il raccordo è consentito a mezzo del nuovo comma 6 bis dell'art. 172, nell'ambito del quale è precisato come «il termine per fare dichiarazioni, depositare documenti o compiere altri atti (...) con modalità telematiche si considera scaduto se l'accettazione da parte del sistema informatico avviene entro le ore 24 dell'ultimo giorno utile». Chiude il cerchio il successivo comma 6-ter, ove si precisa che «i termini decorrenti dal deposito telematico, quando lo stesso è effettuato fuori dall'orario di ufficio stabilito dal regolamento, si computano dalla data della prima apertura immediatamente successiva dell'ufficio». Il senso della disposizione appare chiaro. Il termine per la parte è rispettato ove abbia provveduto al deposito entro la mezzanotte dell'ultimo giorno utile; la cancelleria lavorerà quel deposito a far data dal primo giorno di apertura successivo. La mediazione appare un compromesso utile, salvando il maggior termine per le parti, senza recare pregiudizio all'organizzazione degli uffici giudiziari.

Nondimeno, non sono mancate, di recente, pronunce di merito che hanno posto un dubbio sul ragionamento esposto, avendo però condotto verso interventi di legittimità riparatori, che conviene riprendere. È accaduto che la Corte d'appello fiorentina, per esempio, dichiarasse inammissibile una richiesta di rescissione del giudicato in quanto pervenuta oltre il trentesimo giorno dalla notifica al condannato dell'ordine di carcerazione. Il presupposto dell'inammissibilità era da rinvenirsi, secondo i giudici di appello, nella circostanza che l'atto veniva accettato dalla cancelleria in un giorno successivo a quello ultimo di scadenza, seppure depositato entro il limite. Più nel dettaglio, secondo la tesi del ricorrente, «la Corte di merito aveva erroneamente fatto riferimento al momento in cui il deposito era stato accettato dall'ufficio destinatario (il 1° marzo 2024), anziché a quello in cui era stato inviato alla Corte d'appello, ossia il 28/02/2024, ultimo giorno utile, per come risultava dall'estratto del Portale di deposito degli atti penali allegato al ricorso».

Degna di nota si mostra la pronuncia della Corte di cassazione, nell'ambito della quale la regola enucleata all'art. 172, co. 6-bis viene assunta a principio generale in tema di presentazione degli scritti, facendo così salvo l'atto basandosi sul tempo dell'avvenuto invio e accettazione da parte del sistema, non anche ad opera della cancelleria. Peraltro, la sentenza in commento si riconosce anche per via di alcune considerazioni generali da applicare nelle fasi di transizione, come è quella del passaggio al processo penale te-

lematico, agganciandosi a un intendimento che appartiene alla recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Patricolo ed altri c. Italia*, del 23 maggio 2024, ma che la Cassazione ritiene di potere mutuare al caso qui approfondito. In base alle parole del giudice di Strasburgo, occorrerebbe «una certa flessibilità da parte dei giudici nel valutare i requisiti del deposito dei ricorsi durante la fase transizioni dal procedimento cartaceo a quello telematico» (così ripreso nelle parole de Cass. pen., Sez. II, sent. N. 47737/2024). Approccio che può essere condiviso, mostrandosi rispettoso della *ratio legis*.

Sotto altra prospettiva, il richiamo all'art. 172 c.p.p. può valere anche a fondare una richiesta di remissione nel termine. Per meglio dire, può succedere, come è accaduto nel caso posto all'attenzione della Cassazione nella recente sentenza num. 9958/2025, che a fronte di un deposito regolarmente effettuato, per ragioni connesse a possibili disallineamenti del sistema di ricezione dei depositi, questi vengano rifiutati. Il caso di specie, di cui conviene evocarne i profili essenziali, prendeva le mosse dal rifiuto di un ricorso per Cassazione e che, a seguito di una verifica che il ricorrente effettuava nell'immediatezza presso la cancelleria, apprendeva essere dovuto «al mancato allineamento tra i dati del procedimento di primo grado e quelli d'appello, non risultando il numero di registro notizie di reato presente nei registri informatici». Ragioni che, se da un lato sospinsero il difensore per il deposito immediato di altro ricorso (seppur formalmente fuori termine), contestualmente suggerirono di argomentare della correttezza del primo deposito «effettuato ai sensi dell'art. 172, comma 6-bis, cod. proc. pen.». In base a ciò, richiedeva di tenere buono il primo atto presentato, sulla base della ricevuta di prima accettazione prodotta dal sistema, ovvero, e in conseguenza, di essere rimesso in termini in relazione al secondo ricorso depositato in reiterazione del primo. La Corte di cassazione infine approda a quest'ultima soluzione, ritenendo «l'inosservanza del termine (...) [dovuto] a causa di forza maggiore, di natura oggettiva e insuscettibile di essere tempestivamente impedita o rimossa dal difensore». Una causa di forza maggiore tutta dovuta sì a un malfunzionamento del sistema, ma soltanto in riferimento a un singolo caso. Discorso a parte va fatto per i casi di malfunzionamenti dei sistemi informatici come struttura, siano essi a livello centrale, ovvero periferico, secondo le linee guida proprie dell'art. 175-bis c.p.p. e che si affrontano subito a seguire.

La circostanza che i depositi debbono occorrere telematicamente, come si è appena intuito, pone il sistema innanzi alla sfida dei malfunzionamenti. Con questa consapevolezza, il legislatore della riforma introduce nelle maglie del codice l'art. 175-bis c.p.p., teso a normare l'attività giudiziaria conseguente all'accertamento dell'esistenza di un impedimento informatico. Premesso che i cattivi funzionamenti utili ai fini della norma possono essere tanto a livello centrale (attestati sul portale dei servizi telematici del ministero), quanto a livello locale (e qui attestati dal dirigente dell'ufficio giudiziario), ove si verificassero il legislatore ha inteso assicurare la operatività della macchina giudiziaria. In altre parole, i malfunzionamenti non divengono per ciò solo cause di rinvio e/o di remissione nei termini, anzi, qualora si presentassero, imporrebbero depositi analogici, così invertendo il rapporto tra regola ed eccezione. Sul punto, conviene precisare che rientra nel concetto di «dirigente dell'ufficio giudiziario», evocato nella disciplina, anche il Procuratore della Repubblica, come di recente affermato dalla Corte di cassazione e, per converso, non è pensabile che altro organo dubiti dell'esistenza o della rilevanza dell'accertato malfunzionamento⁷.

4. I casi problematici di deposito. Premesse

Come si è avvertito, a mezzo delle disposizioni sul deposito (telematico) degli atti processuali⁸ – insieme alla disciplina sulla forma degli stessi⁹ – il codice cambia veste¹⁰ e introduce una serie di principi generali in materia.

La forma ordinaria di deposito diviene quella telematica¹¹, come esce plasticamente rappresentato dall'utilizzo dell'avverbio «esclusivamente» entro l'art. 111 bis c.p.p.¹²; il tutto, come detto, secondo un principio di *neutralità digitale*, limitandosi a dettare i principi che l'attività di deposito deve garantire¹³.

Dinanzi a questa regola, resistono delle eccezioni, sempre contenute nell'art. 111 bis c.p.p.

Sul presupposto che, talvolta, il deposito telematico difficilmente si concilierebbe con taluni *bisogni* processuali, si enucleano casi in grado di supportare depositi analogici. È ciò che il legislatore prevede nel comma 3 dell'art. 111-bis c.p.p., ove si citano «atti o documenti che, per loro **natura** o per **specifiche esigenze processuali, non possono essere acquisiti in copia informatica**».

Il primo dei riferimenti, quello sulla «natura» dell'atto, rimanda ad una *impossibilità tecnica alla conversione* e pone minori dilemmi. Si pensi, a mo' d'esempio, all'esibizione e conseguente acquisizione al fascicolo di documenti che vanno acquisiti in originale, ad esempio perché si deduce la loro falsità¹⁴. Il tutto pur sempre rammentando che, di fianco all'utilizzo dell'originale, sarà reso in ogni caso disponibile alle parti una copia informatica del documento, da inserire nel fascicolo telematico¹⁵ «senza ritardo».

Dubbi maggiori adombrano l'orizzonte applicativo quando, superando il perimetro disegnato dalla «natura dell'atto», si approdi alle «specifiche esigenze processuali». Occorre quindi riempire di contenuto la costruzione normativa e una possibile opzione esegetica potrebbe trovare fondamento nell'oggettivazione della clausola normativa¹⁶, vale a dire *dovendo assecondare singole esigenze del procedimento non ovviabili in altro modo*. Tale lettura finisce per contenere – sul piano testuale – anche quelle scelte delle parti (soggettive e strategiche) che trovino come punto di ricaduta una *esigenza processuale non ovviabile in altra maniera*.

Simile interpretazione si presta ad essere applicata alle diverse norme apparentemente non toccate dalla riforma ma che ora debbono essere rilette alla luce delle disposizioni generali sugli atti. È questo soprattutto il caso¹⁷ del deposito (non telematico) dell'ampia serie di atti dei quali ad oggi è consentita la presentazione in udienza: dichiarazione di costituzione di parte civile e memorie ex art. 121 c.p.p., fra gli altri.

4.1 Segue: alcuni singoli casi

Prima di osservare alcune questioni connesse ad alcuni depositi, occorre fare chiarezza su alcune questioni preliminari. Il passaggio al telematico impone una rilettura di certe espressioni comuni nel codice e non modificate, per l'appunto, in sede di riforma. Ci si riferisce, qui, alla presentazione di scritti «nella cancelleria del giudice». Coerenza sistemica impone di interpretare la locuzione codicistica come «a mezzo di sistemi informatici di trasmissione»¹⁸. Detto altrimenti, i passaggi normativi nei quali ci si riferisce alla cancelleria, implicano ora di necessità l'uso dello strumento di tipo telematico. Del resto, a prima vista, non vi sono ragioni per invocare la clausola derogatoria, non parendo ricorrere «oggettive» ragioni processuali che depongano in senso difforme.

La prospettiva diviene meno chiara ove sia ammessa *ex lege* la consegna di un atto anche in udienza. Si prenda ad esempio la dichiarazione di costituzione di parte civile, la cui possibilità di presentazione direttamente davanti al giudice è prevista dall'art. 78 c.p.p. Impedirne il deposito sotto forma di documento analogico rischierebbe di produrre almeno due distorsioni processuali: 1) abrogare, implicitamente, una porzione di una norma esistente; 2) facilitare il verificarsi di una ipotesi di decadenza, per la parte che scegliesse di depositare la dichiarazione in udienza. Alla luce di ciò, identiche ragioni di coerenza impongono di risolvere l'antinomia in senso opposto. In altre parole, l'interpretazione logica suggerisce, almeno fino a che non sarà possibile un deposito contestuale e digitale in udienza (e, a ben vedere, forse persino allora, se rimane invariato il testo legislativo), di acconsentire alla consegna in aula dell'atto. A nulla rileverebbe la critica basata sulla possibilità di presentare la dichiarazione fuori udienza¹⁹: quest'ultima, infatti, rimane solo una delle possibilità concesse alla parte, che ben deve continuare a poter scegliere anche l'altra alternativa prevista dalla legge. In casi come questo, la decisione di presentare la dichiarazione ex art. 78 c.p.p. direttamente in udienza, in formato analogico, potrebbe rientrare, se mai ve ne fosse bisogno, tra quelle *specifiche esigenze del procedimento non diversamente ovviabili* per garantire l'esercizio dell'azione

civile nei modi previsti dalla legge. La conclusione, peraltro, non contrasta con le disposizioni relative alla tenuta del fascicolo digitale, in virtù dell'art. 110, comma 4 e 111-ter, comma 3, c.p.p., secondo i quali «gli atti redatti in forma di documento analogico sono convertiti senza ritardo in copia informatica ad opera dell'ufficio che li ha formati o ricevuti» e «inseriti nel fascicolo informatico»²⁰.

A fronte di ciò, si segnala nella giurisprudenza di merito un recente precedente proprio in tema di inammissibilità della costituzione di parte civile per via della asserita mancanza «dei presupposti di cui all'art. 122, comma 2-bis, cod. proc. pen., che prevede il deposito della procura speciale in copia informatica autenticata con firma digitale o altra firma elettronica qualificata». In buona sostanza, si tratta di una declaratoria che fonda la sua ragione fondativa sulla telematizzazione della giustizia penale ma che, come si vedrà, non va condivisa. La pronuncia offre occasione per un necessario approfondimento su un tema di estrema attualità e delicatissimo, nella dinamica processuale. Va premesso che la sentenza della Cassazione alla quale si deve intendere riferita questa parte dello scritto²¹, invero, non sposa il provvedimento impugnato e, anzi, offre diversi spunti di riflessione nel senso delle cose sin qui esposte. Ciò però ha un valore certamente interpretativo, anzi, visto l'organo da cui promana, nomofilattico, senza tuttavia potere avere alcuna incidenza sul singolo processo. Occorre infatti considerare che «l'ordinanza di esclusione della parte civile, di regola non rientrando nel novero dei provvedimenti impugnabili, è suscettibile di ricorso per cassazione ove affetta da abnormità (...)»²². Ciò dovrebbe consigliare fra i giudici del merito, pertanto, valutazioni ancora più caute, attesi gli esiti nefasti cui si può pervenire percorrendo alcune strade interpretative.

Muovendo dalla pronuncia della Corte di Cassazione, questa ha inteso fornire le seguenti linee ermeneutiche, che vale la pena condividere. Al di là dell'inammissibilità del ricorso, in ragione dell'inoppugnabilità del provvedimento di esclusione della parte civile, la Corte ha ritenuto doveroso chiarire i termini del rapporto fra gli artt. 122, comma 2-bis, e gli artt. 111-bis e ter c.p.p. La prima delle due disposizioni citate prescrive il deposito di copia informatica della procura e con le modalità dell'art. 111-bis c.p.p. Come si è avvertito, però, è consigliabile una lettura delle disposizioni in materia di processo penale telematico nel loro complesso, atteso il nuovo sistema (digitale) di riferimento. Procedendo in questo senso, la Cassazione si limita a rammentare che proprio nell'art. 111bis e 111ter c.p.p., in tema di deposito e fascicoli informatici, vi sono ampi margini per ritenere che resistano, se giustificate, ipotesi in cui è possibile un deposito analogico, prova ne sia che l'aggiornamento del fascicolo è vissuto come adempimento successivo al deposito eventualmente occorso “a mani”. In disparte ciò, pure a volere osservare singolarmente l'art. 122, comma 2bis, c.p.p., questo, nel dire della Corte, andrebbe preso atto dell'assenza di un qualche espressa ipotesi invalidante a suo presidio. Di per sé, l'ultimo dato evocato dovrebbe essere sufficiente per escludere approdi simili a quelli, infine, oggetto del ricorso per Cassazione. Le affermazioni della Corte sono da condividere, ma non essendo lo scritto limitato dal caso concreto, si possono intentare approfondimenti ulteriori.

Al di là del provvedimento da cui origina la pronuncia dei giudici di legittimità, conviene tornare sulla necessità di garantire connessioni logiche, ispirate dalla sistematica del codice, fra le norme che saranno chiamate a relazionarsi con i nuovi principi sugli atti e questi ultimi. Vivere atomisticamente ogni singola disposizione è, come si è avvertito, contrario al senso più profondo della riforma. Così, le disposizioni sul conferimento della procura vanno lette in uno con quelle in tema di costituzione di parte civile. L'art. 78, comma 1 lett. c), individua fra le formalità della costituzione della parte, «l'indicazione della procura speciale». Sempre l'art. 78, comma 1bis, ammette il conferimento della procura nelle forme dell'art. 100 c.p.p., vale a dire anche a margine o in calce all'atto di costituzione di parte civile. Atto che, di per sé, è possibile presentare anche in udienza, giusto il richiamo all'art. 78, comma 1, in vigore. Ciò basta, anzitutto, per un primo approdo. Qualora la costituenda parte civile (*rectius*: il difensore munito di procura speciale) intenda depositare in udienza con apposizione a margine o in calce della procura, non potrà in nessun caso esservi dubbio sul perfezionamento dell'atto stesso. La *ratio* delle norme non solo consiglia, bensì doverosamente conduce verso questa e solo questa soluzione. Nel momento in cui si afferma che l'atto è depositabile in udienza e che, fra le formalità, v'è l'indicazione della procura speciale, la quale, ancora, potrà essere posta in calce o a margine, si finisce col dire che la procura non può che assumere la

forma dell'atto cui si connette immediatamente: analogica. Se così non fosse, meglio ribadire, occorrerebbe seriamente dubitare della ultrattività degli artt. 78 e 100 c.p.p. a seguito dell'introduzione del processo penale telematico. Come si è avvertito, però, non v'è dubbio alcuno circa l'attuale cogenza delle disposizioni citate, sicché quella appena avanzata si mostra come l'unica lettura possibile.

Pertanto, come si è già scritto, il passaggio al telematico consiglia di osservare alla prassi degli altri riti già informatizzati. Nel caso di specie, viene in ausilio l'art. 83 c.p.c., in base al quale «[l]a procura si considera apposta in calce anche se rilasciata su foglio separato che sia però congiunto materialmente all'atto cui si riferisce(...)». Il principio, spendibile nella sede processuale penale anche per il tramite di quello del raggiungimento dello scopo, suggerisce di leggere allo stesso modo il caso della procura speciale per la costituzione di parte civile rilasciata su foglio separato, quindi non graficamente congiunto all'atto ma depositato in uno con la dichiarazione di costituzione presentata in udienza.

L'art. 122 c.p.p. disciplina, in via residuale, il sol caso del deposito autonomo della procura speciale, vale a dire a prescindere e non insieme ad altro atto che si fondi su quest'ultima. Detto altrimenti, il difensore che volesse preparare il campo per un rito speciale e che intendesse depositare anzitempo una procura speciale, dovrà farlo telematicamente. La precisazione, che si aggiunge all'art. 111 *bis* c.p.p., è parsa utile al legislatore in ragione della peculiarità dell'atto in sé considerato. La procura, infatti, è rilasciata, nella assoluta maggioranza dei casi, su supporto cartaceo. La circostanza avrebbe potuto far ritenere che, in riferimento a quest'ultima si ricadesse sempre in una eccezione al deposito telematico, per il ricorrere implicito di una *specifica ragione processuale* connessa, qui, alla raccolta della nomina. La novella, avendo precisato quanto detto, vale a superare, *per tabulas*, il possibile fraintendimento, imponendo il deposito telematico della procura, isolatamente intesa. Altro esempio potrebbe essere quello del difensore in procinto di subentrare nella difesa tecnica ed altri se ne potrebbero fare. In questi casi, la nomina fiduciaria diverrebbe il solo atto da depositare, anche solo per potere fare accesso al fascicolo processuale, eventualmente di già con procura speciale (secondo valutazioni difensive non valutabili). Ebbene, anche nel caso in cui il difensore avesse raccolto la procura in formato analogico, si curerà di convertirla in file digitale, così procedendo al suo deposito. Assume valore indiziario anche quanto statuito dalla Cassazione, in punto di inesistenza di alcuna ipotesi invalidante espressa entro l'art. 122 c.p.p.

Dubbi applicativi non minori potrebbero sorgere in riferimento al deposito delle memorie ex art. 121 c.p.p. La parte, infatti, pur non venendo necessariamente in rilievo alcuna ipotesi di decadenza, potrebbe avere un interesse strategico a presentarne una proprio in udienza, ad esempio per accompagnare la discussione²³. A ben vedere, resistono ancora, nel tessuto normativo, ragioni eventualmente a sostegno di una simile scelta processuale. Anzitutto, resta in vigore l'art. 482 c.p.p., secondo cui le parti hanno il diritto di rendere a verbale le dichiarazioni che ritengono opportune, nonché quello di allegare delle memorie scritte a sostegno delle proprie richieste e conclusioni²⁴.

Per completezza, vanno prese comunque in considerazione le ragioni eventualmente a fondamento di una opzione ermeneutica contraria. È possibile che queste si fondino sul timore che il deposito di memorie cartacee possa compromettere la funzionalità del sistema, impedendo il mantenimento del fascicolo informatico. Oltre a ciò, potrebbe essere evidenziato anche l'assenza di un impedimento tecnico alla redazione e al deposito di una memoria. A fronte di ciò, è pur vero che v'è margine per interpretare in chiave soggettiva quelle *esigenze*, vale a dire a garanzia dell'esercizio del diritto di difesa nei modi di legge (art. 482 c.p.p.). La tenuta del fascicolo sarebbe nuovamente garantita dalla conversione dell'atto in formato digitale (artt. 110, comma 4 e 111-*ter*, comma 3, c.p.p.) «senza ritardo»²⁵.

Per ultimo, va evidenziato come sia lasciato alle parti private il diritto di depositare eventuali loro scritti anche in forma cartacea. A queste, infatti, non può essere imposto l'onere di dotarsi di sistemi telematici di trasmissione degli atti. A fronte di alcuni dubbi²⁶, in principio originati dall'assenza della persona offesa fra i soggetti legittimati al deposito analogico, il legislatore è intervenuto con il d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31, modificando il comma 4 dell'art. 111-*bis* e così introducendo, *per tabulas*, la parte offesa fra i legittimati al deposito "a mani". Invero, già prima della novella, v'era margine a sostegno dell'at-

tribuzione di simile facoltà anche al soggetto processuale di cui trattasi. Valeva anche prima della modifica un ragionamento del seguente tipo. La persona offesa non ha l'obbligo di nominare un difensore e mantiene (*rectius*: anche al tempo della modifica dell'art. 111 bis c.p.p.) la facoltà – seppur non per tutti gli ambiti²⁷ – di agire personalmente. Le norme di riferimento (artt. 90 e 101 c.p.p.) non erano state modificate dalla riforma e restavano vincolanti, così supportando gli approdi qui esposti. L'avere emendato la disposizione codicistica è valso, in ogni caso, a tacitare ogni potenziale dubbio²⁸.

5. Conclusioni

Al tempo della stesura del presente, il processo penale telematico vede ancora un grande assente: l'accesso al fascicolo informatizzato. Questo vale soprattutto per le parti private e i loro difensori che non possono fare affidamento su un sistema di catalogazione propriamente definibile come “fascicolo processuale”. Appare impeditiva, soprattutto, la circostanza che al momento attuale le parti non possono accedere da remoto (e a piacere) agli atti presenti, neppure se depositati telematicamente. È noto il lavoro che a livello ministeriale è in essere sull'implementazione del Portale di Deposito degli Atti Penali (noto come Pdp) e tuttavia la piattaforma, che pure vede ampliarsi nelle possibilità di deposito, rimane pur sempre limitata a questa sola attività. Il depositante, per dirla altrimenti, una volta completata l'attività di spedizione, non avrà accesso al fascicolo di destinazione, per la visione del quale dovrà quindi recarsi in tribunale²⁹.

Coerenza sistemica, così come anche la fiducia degli operatori, appare oggi particolarmente connessa all'implementazione di questa altra, rilevante possibilità. Alla remotizzazione delle attività di deposito, difatti, deve pur sempre corrispondere l'informatizzazione dei fascicoli e l'accessibilità “a distanza”. Se è vero che il passaggio al Ppt rappresenti una sfida, è pur vero che questa necessita di essere giocata su questo altro terreno di gioco e ciò appare imprescindibile.

Sul fronte, invece, delle questioni sul tappeto ed evocate nel testo, al netto dei dubbi implicitamente connessi alla transizione, è auspicabile credere che il fiorire di nuove prassi giudiziarie possa disinnescare, in concreto, contrasti normativi del tipo di quelli evocati. È pur vero che ciò potrebbe non accadere nella totalità dei casi e in siffatte ipotesi più rilevante si mostrerà la giurisprudenza di Cassazione, cui si demanda il compito nomofilattico.

Note

1. Michele Caianiello e Antonio Pugliese. Il testo è il frutto di una riflessione comune, ma dovendo attribuire la paternità dei singoli paragrafi, M. Caianiello è autore de *Introduzione; Diretrici fondamentali e Conclusioni*; A. Pugliese è autore de *Raccordi funzionali e satelliti: brevi cenni sugli artt. 172 e 175 cpp; I casi problematici di deposito. Premesse; Segue: alcuni singoli casi*. Il presente è ispirato e, quindi, ne sia concesso un rinvio da Caianiello, M. e Pugliese, A. (2024), “Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico”, in Caianiello, M., Gialuz M., e. Quattrocchio S. (a cura di), (2024), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, Volume I, *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*, Torino, Giappichelli.
2. Le citazioni potrebbero essere altre ancora, fra queste: l'assenza di attestazione di conformità degli atti e dei documenti per i quali sarebbe richiesta; la carenza di firma digitale sull'atto ovvero utilizzo di firme digitali difformi dal paradigma tecnico; il deposito di un atto digitale e però ottenuto dalla scansione di uno analogico e via discorrendo. In questi ambiti, si vedano Ottobre, G., “L'irregolarità nel processo civile telematico”, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, fasc. 3, 1° settembre 2020, pag. 1015 s.; Fedele, I., “Le attestazioni di conformità del difensore nella disciplina speciale sul processo civile telematico”, 12 febbraio 2020, in *Il Processo Telematico*. In giurisprudenza, fra le altre, Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22438.
3. Si veda, a mo' d'esempio, il Decreto del presidente del Tribunale di Brindisi del 3.04.2025, num. 835, che riapre alla telematizzazione dal lato interno, dopo un periodo cuscinetto attribuito ad asseriti malfunzionamenti ex art. 175 bis c.p.p.

4. Per il tempo in cui andrà pienamente a regime.
5. Cfr. Galgani, B., "Il processo penale in "ambiente" digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze", in *Questione giustiziana*, 2021; Id., "Contributo per un rito penale dal volto digitale: gli assist offerti dalla legge delega "Cartabia", in Marandola, A. (a cura di) (2022), *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Cedam, Padova, p. 37 s. Sia consentito anche un rinvio a Caianiello, M. e Pugliese, A. (2024), "Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico", in Caianiello, M., Gialuz, M. e Quattrocchio, S. (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale, Volume I, Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*, Torino, Giappichelli.
6. Integrità e accessibilità, per esempio. Si vedano gli artt. 111 bis e ter c.p.p. per l'enunciazione dei principi rilevanti.
7. È oggetto della sentenza Cass. pen., Sez. II, n. 45/2025 la ritenuta inammissibilità di alcune richieste di archiviazione pronunciata dal gip competente dopo avere posto in dubbio la rilevanza del malfunzionamento richiamato dal procuratore. La Cassazione ha annullato il provvedimento del gip siffatto, ritenuto anormale.
8. V. anche Galgani, B., "Il processo penale telematico", in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 114.
9. In chiave diacronica, poi, è sempre utile riferirsi a Cordero, F. (1990), *Codice di procedura penale*, Torino, Utet.
10. In ordine, prima della modifica normativa, il blocco di artt. 109-133 non disciplinava, in termini unitari, l'attività di deposito. Questa era al più ricavabile da alcune singole disposizioni, quali, ad esempio, l'art. 121, in merito alle memorie di parte, ove si fa espresso richiamo al *deposito in cancelleria*. Similmente si afferma all'art. 127, in ordine alla presentazione *in cancelleria* di memorie e documenti sino a cinque giorni prima dell'udienza camerale. In materia, fra gli altri, Voena, G.P. (2023) Atti, in Bargis, M. (a cura di), *Compendio di procedura penale* (11ª ed., pp. 157 e s.). Padova, CEDAM.
11. Sul punto, la legge-delega (art. 1, comma 5, lett. a, legge 27 settembre 2021, n. 134) affidava al delegato il compito di «prevedere che nei procedimenti penali in ogni stato e grado il deposito di atti e documenti, le comunicazioni e le notificazioni siano effettuati con modalità telematiche». Affermazione che si ritrova, con qualche divergenza testuale, anche al successivo art. 1, comma 5, lett. f.
12. Al netto del recente d.m. 27.12.2024, n. 206, recante "Regolamento concernente modifiche al decreto 29 dicembre 2023, n. 217 in materia di processo penale telematico" (G.U. 30.12.2024, n. 304) 30 dicembre 2024, che distribuisce nuovamente il passaggio al telematico secondo fasi o uffici giudiziari.
13. Alla lettera, l'art. 111 bis c.p.p. rammenta come "*Il deposito telematico assicura la certezza, anche temporale, dell'avvenuta trasmissione e ricezione, nonché l'identità del mittente e del destinatario, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici*". Si veda anche Galgani, B., *Il processo penale telematico*, cit.
14. Cenni rinvenibili pure nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150/2022, in *Sist. pen.*, 20 ottobre 2022; ovvero in Corte Suprema di cassazione, ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa. La "riforma Cartabia"*, 5 gennaio 2023, in *Sist. pen.*, 10 gennaio 2023.
15. Il tema è in parte estraneo al presente e tuttavia conviene ricordare che la tenuta del fascicolo informatico, nella prospettiva del codice, dovrà essere garantita anche per le volte in cui dovesse procedersi all'acquisizione di un atto o di un documento sul suo supporto analogico. In questi casi la cancelleria dovrà curare l'immissione di una copia informatica nel fascicolo telematico di riferimento. §Si veda l'art. 11 ter, comma 3, c.p.p., che alla lettera rammenta come "*Gli atti e i documenti formati e depositati in forma di documento analogico sono convertiti, senza ritardo, in documento informatico e inseriti nel fascicolo informatico, secondo quanto previsto dal comma 1, salvo che per loro natura o per specifiche esigenze processuali non possano essere acquisiti o convertiti in copia informatica. In tal caso, nel fascicolo informatico è inserito elenco dettagliato degli atti e dei documenti acquisiti in forma di documento analogico*".
16. Come pure suggerisce l'espressione normativa.
17. Ma non solo. Si pensi ai bisogni legati alla fase istruttoria, quali l'esibizione di un documento per il suo riconoscimento e futura acquisizione (ex artt. 234 e 239), al netto degli aspetti già esposti sopra nel testo (*supra*, § 3).
18. Ciò che può ricavarsi anche dalla *Relazione illustrativa*, cit.

19. Del resto, è normale che le previsioni sulla forma degli atti e sulle modalità di deposito debbano tener conto della realtà. Obiezioni di questo tipo degradano ingiustificatamente la dialettica processuale, che è fatta anche di strategie. Nel solco di ciò che è ammissibile per legge, va preservata la libera scelta di difendersi nelle modalità che si ritengono più opportune. È a ben vedere anche questa una forma di estrinsecazione del diritto di difesa.
20. Perché ha come presupposto il corretto utilizzo di una eccezione alla regola. Oltre a ciò, da ultimo, l'art. 2, comma 1, lett. a, n. 7, d.m. 29 dicembre 2023, n. 217, parrebbe porsi in questo stesso segno, laddove, intervenendo sul d.m. n. 44/2011, descrive il fascicolo informatico come quello «contenente gli atti e i documenti redatti in forma di documento informatico nonché le copie informatiche di atti e documenti redatti in forma di documento analogico, nel rispetto di quanto stabilito dal codice dell'amministrazione digitale e dalla disciplina processuale vigente». Infine, anche la bozza contenente le specifiche tecniche e delineata dalla direzione generale per i sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, dello scorso 4 gennaio 2024 si mostra allineata. L'art. 13 della bozza richiamata rammenta che «[i]l fascicolo informatico raccoglie i documenti (atti, allegati, ricevute di posta elettronica certificata) da chiunque formati, nonché le copie informatiche dei documenti; raccoglie altresì le copie informatiche dei medesimi atti quando siano stati depositati su supporto cartaceo».
21. Si tratta di Cass. pen., Sez. II, num. 18264/2025.
22. Così, Cass. pen., Sez. IV, n. 17697/2024).
23. Pure a vantaggio di un *effetto a sorpresa* consentito dalle norme processuali. Si consideri, infatti, che il sistema è spesso sprovvisto di termini decadenziali. In senso opposto, nei casi di udienza ex art. 127 c.p.p. vi è l'obbligo di presentare gli scritti almeno cinque gironi prima dell'udienza. In questo caso, dovrà intendersi per via telematica.
24. Approdo che va ancor più ponderato in ragione dei soggetti processuali. Ed infatti, se a volere depositare una memoria dovesse essere l'imputato (*rectius*: la sua difesa), ciò potrebbe ritenersi equivalente a «intervento» o «assistenza» dello stesso e la cui negazione rischia di condurre verso un'ipotesi di nullità di ordine generale (v. artt. 178 e 180 c.p.p.), se questo dovesse essere l'approdo interpretativo.
25. Che significa, val la pena sottolineare, anche non in maniera estemporanea e in udienza. Si veda *supra*, nota 44.
26. Si veda Gialuz, M., "Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (Profili processuali)", in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, p. 7 s. Cfr. anche Minnella, C., "Atto nativo digitale, primo step del fascicolo penale informatico", in *Guida dir.*, 2022, p. 45.
27. Va in ogni caso considerato come alcune attività o il deposito di alcuni atti la "costringano" a munirsi di un difensore. Su tutto, si pensi al deposito di un ricorso per Cassazione, che più spesso ha visto l'intervento chiarificatore della giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato che l'atto citato rientri fra quelli per i quali si pretende, a pena di inammissibilità, la sottoscrizione del difensore. Si veda, poi, la direttiva (Ue) 29/2012, che diffusamente si occupa del diritto della vittima a partecipare al processo, nonché *supra*, § 3, nota 45.
28. In questo senso, anche lo schema di decreto legislativo delegato con il quale si intende apportare alcune modifiche al d.lgs. n. 150/2022. L'art. 2, comma 1, lett. a dello schema di decreto si prefigge di intervenire sul comma 4 dell'art. 111-bis c.p.p., disponendo che «[g]li atti che le parti **e la persona offesa dal reato** compiono personalmente possono essere depositati anche con modalità non telematiche». La Relazione illustrativa al citato decreto, infine, chiarisce come «[i]l concetto di "parte", come noto, non comprende – tecnicamente – la persona offesa, che diviene parte solo ove si costituisca parte civile. La regola che consente alle parti personalmente di depositare gli atti in modalità analogica, in deroga alla regola del deposito telematico obbligatorio, è volta a non gravare di oneri inesigibili categorie di soggetti che potrebbero non avere neppure le abilità tecniche (oltre che gli strumenti necessari) per il deposito telematico. La mancata indicazione della parte offesa si risolve in una ingiustificata disparità di trattamento, tenuto conto che spesso nel corso delle indagini preliminari, ma non solo, la parte offesa deposita memorie a sua firma, anche senza la mediazione di un difensore».
29. Oppure chiedere di potervi fare accesso, ma ogni volta che ne avesse bisogno. Non è, per dirla altrimenti, un accesso libero, ma condizionato al deposito di istanze di accesso agli atti, cui conseguirà l'obbligo del versamento del contributo per le copie e la spedizione del fascicolo sino a quel momento. Per i successivi depositi, quindi, occorrerà, ogni volta, procedere con ulteriore istanza e nuovo versamento, cui conseguirà un nuovo invio del fascicolo, e così discorrendo per tutto il corso del procedimento.



Diritto e procedura civile

Origini e prospettive delle *astreintes* nel processo civile



di Francesco Maria Ciaralli

Magistrato, Tribunale di Tivoli

It

L'articolo offre la ricostruzione delle origini e dell'evoluzione dell'*astreinte* nel processo civile e amministrativo italiano, in prospettiva comparatistica con i principali ordinamenti europei. Le linee evolutive dell'istituto sono esaminate secondo lo sviluppo del dibattito dottrinale e giurisprudenziale.



Astreintes, esecuzione indiretta, processo civile

Eng

The article offers a reconstruction of the origins and evolution of the *astreinte* in the Italian civil and administrative process, in a comparative perspective with the main European systems. The evolutionary lines of the instrument are examined according to the development of doctrinal and jurisprudential debate.



Astreintes, indirect enforcement, civil process

Sommario

Premessa – 1. Le origini e la natura dell'istituto. Profili comparatistici – 2. Le *astreintes* nell'ordinamento italiano. L'art. 614 bis cod. proc. civ. – 3. Le misure coercitive indirette in diritto amministrativo. L'art. 114 cod. proc. amm. a confronto con l'*astreinte* civilistico – 4. Le *astreintes* nella recente giurisprudenza di legittimità: l'applicazione nel diritto di famiglia

Premessa

L'esigenza di evitare che *“una decisione giudiziale definitiva e vincolante resti inoperante a danno di una parte”* è all'origine della ricerca di strumenti compulsori suscettibili di indurre il soccombente ad eseguire la sentenza. L'esecuzione diretta, infatti, che consente di realizzare in via immediata il diritto oggetto del procedimento, senza necessità di cooperazione alcuna da parte del debitore, non costituisce strumento efficace nelle ipotesi in cui la partecipazione dell'obbligato sia necessaria per conseguire il soddisfacimento del creditore. I mezzi esecutivi indiretti mirano, viceversa, ad *“indurre”* l'obbligato ad osservare quella condotta collaborativa che è indefettibile ai fini della realizzazione del diritto creditorio, provocando *“l'adempimento mediante minaccia all'obbligato di una sanzione che gli arrechi uno svantaggio più grave di quello che gli arreca l'adempimento”*². Il principale mezzo di coercizione indiretta, recentemente introdotto nell'ordinamento processuale italiano ma già da tempo noto in altre esperienze europee, si rinviene nel c.d. *astreinte*, definito come strumento a carattere esclusivamente patrimoniale che ha lo scopo di incentivare l'esecuzione di una sentenza attraverso la minaccia di condanna al pagamento di una somma di denaro, che diviene concreta nel caso di mancata o tardiva esecuzione del provvedimento del giudice³. Tale strumento di coazione indiretta è attualmente operante, sia pur con talune differenze, nel processo civile e in quello amministrativo⁴.

1. Le origini e la natura dell'istituto. Profili comparatistici

Per quanto la funzione essenziale perseguita dall'*astreinte* sia la medesima in tutti gli ordinamenti nei quali è in vigore, l'istituto si atteggia diversamente per alcuni tratti della disciplina che ne determinano portata e incisività.

Le prime applicazioni dei mezzi di esecuzione indiretta si rinvencono nel diritto romano classico, giusta il quale, nei casi di condanna a rilasciare un fondo o a realizzare un *opus*, *“si stabiliva che il soccombente avrebbe dovuto in difetto pagare una somma pari ad una multa del valore del fondo o dell'opera da realizzare”*⁵.

Giova porre in rilievo che secondo il diritto romano i mezzi di coazione indiretta erano irrogabili per assicurare l'esecuzione di qualunque sentenza di condanna, a prescindere dalla fungibilità dell'oggetto, e si configuravano come misure alternative all'esecuzione. Viceversa, in epoca medievale l'applicazione degli strumenti di induzione all'adempimento era circoscritta ai casi in cui l'interesse del creditore non potesse essere soddisfatto attraverso l'esperimento dell'esecuzione diretta, abbisognando necessariamente della partecipazione del debitore.

In Francia, madrepatria dell'*astreinte* e precursore – ancora una volta – delle novelle codicistiche italiane, tale mezzo di coazione è stato per la prima volta formalizzato da una sentenza del Tribunale di Cray del 1811, mediante la quale il soccombente fu condannato a *“compiere una pubblica ritrattazione sotto pena di dover pagare tre franchi per ogni giorno di ritardo nell'adempimento”*⁶; conseguentemente, l'*astreinte* fu strutturato come una pena privata, non avente il fine di riparare un pregiudizio bensì quello di *“stimolare”* il soccombente a conformarsi tempestivamente allo *iussum* del giudice.⁷

L'art. 1036 dell'abrogato codice di procedura civile stabiliva che: *“Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d'office, des injonctions”*, le quali si qualificavano come vera e propria sanzione accessoria avente il fine di colmare il vuoto tra i tradizionali mezzi di esecuzione forzata e la

“*rassegnazione*” all’inadempimento dell’ordine giudiziale⁸.

La legge 5 luglio 1972, n. 626, ha qualificato l'*astreinte* come sanzione oggetto di condanna accessoria il cui adempimento non estingue l'obbligazione principale. Conseguentemente, il soccombente può essere condannato a corrispondere un determinato importo al creditore vittorioso a prescindere dall'allegazione di un danno ed in aggiunta al risarcimento del medesimo, stante la cumulabilità della misura reintegrativa con quella sanzionatoria.

Inoltre, per quanto concerne la giustizia amministrativa, la legge 8 febbraio 1995 ha conferito sia ai *Tribunaux Administratifs* sia alle *Cours Administratives d'Appel* il potere di irrogare a carico dell'Amministrazione, già in sede di pronuncia sul merito, l'*astreinte* in funzione dissuasiva per ogni successivo inadempimento alla sentenza.

Occorre rilevare che nell'ordinamento francese, tradizionalmente, al pari di quello romano, l'*astreinte* è comminabile per indurre il soccombente ad eseguire ogni sentenza di condanna, non rilevando che la condotta ordinata sia infungibile, come statuito peraltro dalla giurisprudenza di legittimità in numerosi arresti⁹.

Da ciò discende che lo strumento in esame è stato costruito, nell'ordinamento francese, come mezzo sanzionatorio che giustifica un trasferimento di ricchezza dal soccombente inadempiente al creditore vittorioso e che, in ossequio alla sua natura meramente compulsorio-retributiva, mira a “punire” l'inosservanza di ogni tipo di sentenza di condanna, indipendentemente dalla fungibilità della prestazione ordinata dal giudice.

Ulteriore conseguenza è la possibilità di concorso tra due distinte procedure esecutive, una per l'*astreinte* e l'altra per l'esecuzione forzata della prestazione originaria¹⁰.

Emerge qui una rilevante differenza tra la struttura dell'*astreinte* vigente nel diritto processuale francese ed i connotati essenziali degli analoghi strumenti diffusi negli altri ordinamenti europei.

La natura compulsoria dell'istituto, infatti, mirante a punire una disobbedienza all'ordine del giudice prescindendo dall'allegazione e dalla dimostrazione di un qualunque pregiudizio subito dal creditore, ha indotto i legislatori tedesco ed inglese ad individuare nello Stato il destinatario dell'importo che il soccombente inadempiente è condannato a corrispondere¹¹.

Alla stregua della legislazione inglese e tedesca, dunque, non può tradursi in arricchimento del creditore vittorioso la sanzione irrogata per mera inosservanza di un comando dell'autorità giudiziaria, perché altrimenti quest'ultimo conseguirebbe un vantaggio patrimoniale *surrogandosi*, nei fatti, allo Stato il cui comando è rimasto ineseguito¹².

Non si può omettere di rilevare, tuttavia, il *deficit* di effettività in cui l'istituto dell'*astreinte* così concepito potrebbe incorrere qualora debitrice soccombente fosse una Pubblica amministrazione, poiché in tal caso si verificherebbe il fenomeno per cui lo Stato persona sarebbe condannato a corrispondere una sanzione pecuniaria allo Stato comunità, *sub specie*, tuttavia, proprio di un'articolazione dello Stato persona.

Un'ulteriore articolazione si sviluppa poi tra gli ordinamenti inglese e tedesco, poiché in quest'ultimo l'*astreinte* può assistere esclusivamente gli obblighi di fare infungibile o di non fare, che non possono essere adempiuti senza la collaborazione del debitore e abbisognano quindi di uno strumento coercitivo – beninteso a carattere patrimoniale – di “persuasione”, non pleonastico invece con riferimento agli obblighi a contenuto fungibile, per la realizzazione dei quali l'esecuzione forzata costituisce uno strumento sufficiente.

Proprio le caratteristiche assunte dall'istituto nei vari ordinamenti in cui è operante consentono di apprezzarne meglio la natura, unica nonostante le specificità nazionali.

Sul piano funzionale, la tutela coercitiva, mirante a prevenire la verifica di un pregiudizio, è distinta dalla tutela risarcitoria, la quale ha invece lo scopo di neutralizzare

successivamente un pregiudizio già verificatosi, attraverso la reintegrazione in forma specifica del bene danneggiato o, nei casi in cui ciò non sia possibile, attraverso l'attribuzione di una somma di denaro¹³.

Sul piano dogmatico, la dottrina, pressoché unanime¹⁴, qualifica l'*astreinte* come strumento di esecuzione indiretta che tende *“ad influire sulla volontà dell'obbligato perché si determini a prestare ciò che deve”*¹⁵, cui si aggiunge la finalità di retribuire la disobbedienza ad un ordine del giudice. Se questo è il tratto comune a tutte le applicazioni dell'istituto, le legislazioni nazionali pongono diverso accento sulla finalità compulsoria ovvero retributiva dell'*astreinte*.

Ove maggiore rilevanza viene annessa all'esigenza di punire la disobbedienza ad una sentenza (Germania e Regno Unito), l'*astreinte* è configurato come sanzione pecuniaria da corrispondere allo Stato, quale ente esponenziale anche del potere (giudiziario) la cui decisione è stata colpevolmente disattesa.

Ove, invece, fa premio l'esigenza di assicurare la realizzazione dell'interesse creditorio (Francia), l'importo è direttamente devoluto alla parte che ha prevalso in giudizio, non a titolo di risarcimento del danno bensì quale strumento per dissuadere il debitore soccombente dal procrastinare l'inadempimento.

Ulteriore differenza si riscontra per quanto concerne le condotte coercibili, sia pure indirettamente, mediante *astreintes*. In taluni ordinamenti (Germania, Romania, Grecia, Slovenia e, parzialmente, Italia) lo strumento è concepito per assistere le sole sentenze di condanna il cui adempimento non può essere utilmente assicurato tramite esecuzione forzata, quali quelle che ordinano una condotta di fare infungibile o non fare, mentre in altri ordinamenti (Francia, Regno Unito e, parzialmente, Italia) l'*astreinte* è configurato come un rimedio di carattere generale, impiegabile a prescindere dalla qualificazione della condotta ordinata con la condanna.

2. Le astreintes nell'ordinamento italiano. L'art. 614 bis cod. procedura civile

Il processo che ha condotto all'introduzione delle misure coercitive indirette nell'ordinamento italiano è stato lungo e articolato, poiché molto hanno pesato le diffidenze liberal-individualistiche verso strumenti che si riteneva integrassero *“una forma di eccessiva ingerenza dello Stato nelle libere scelte degli individui anche in merito all'osservanza, in forma specifica o meno, di un comando giudiziale”*¹⁶.

Tuttavia, e sia pur limitatamente ai soli obblighi di *facere* e *non facere*, già nel 1923 l'art. 667 del Progetto Carnelutti affermava che *“Se l'obbligo consiste nel fare o non fare, il creditore può chiedere che il debitore sia condannato a pagargli una pena pecuniaria per ogni giorno di ritardo nell'adempimento a partire dal giorno stabilito dal giudice”*. Nei medesimi termini, inoltre, si esprimeva il disegno di legge Reale risalente al 1975.

La dottrina italiana, nonostante le resistenze riscontrate in sede legislativa, aveva in ogni caso raggiunto un consenso nell'escludere che la tutela tramite *astreintes* fosse ammissibile nei casi in cui fosse viceversa esperibile l'esecuzione diretta¹⁷. Tale convinzione ha goduto di una duratura influenza, sino a costituire una delle ragioni che hanno indotto il Consiglio di Stato a pronunciare, in Adunanza Plenaria, la sentenza 25 giugno 2014, n. 15.

Misure coercitive indirette di carattere pecuniario sono state introdotte, prima della novella del 2009 al codice di procedura civile, solo con riguardo ad ipotesi previste da leggi speciali ed insuscettibili di applicazione analogica.

Tra le principali applicazioni dell'istituto è da menzionare l'art. 18, ult. comma, della l.

20 maggio 1970, n. 300, cosiddetto Statuto dei lavoratori, in virtù del quale, nei casi di licenziamento illegittimo di dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali, il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza che dispone la reintegra è tenuto, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari alla retribuzione dovuta al lavoratore¹⁸.

Ulteriori sanzioni pecuniarie sono previste dagli artt. 124, comma 2, e 131, comma 2 del codice della proprietà industriale, nonché dall'art. 156 della legge sul diritto d'autore, che dispongono l'irrogazione della misura nei casi in cui l'autore della violazione non ottemperi alla pronuncia inibitoria. Tali norme perseguono una funzione preventiva, in quanto mirano a dissuadere il soccombente dal reiterare l'illecito.

Occorre tuttavia segnalare che, nei casi da ultimo citati, autorevole dottrina ha espresso riserve sull'autonomia delle misure in parola dalla riparazione, sia pure indiretta, del pregiudizio insito nella prosecuzione di una condotta attuata in violazione dell'altrui diritto d'autore o di privativa industriale¹⁹.

Per quanto concerne, inoltre, la materia dei ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali, nei casi in cui sia accertata l'iniuriosità dell'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardo, il giudice può disporre, anche su richiesta dell'associazione esponenziale procedente, il pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento da parte del soccombente (art. 8, comma 3, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231).

Tra le misure coercitive previste da leggi speciali, sistematica rilevanza va annessa al cosiddetto *astreinte consumeristico*, previsto dall'art. 140, comma sette, del codice del consumo, abrogato dalla legge 12 aprile 2019, n. 31. In virtù di tale disposizione il giudice, con il provvedimento definitorio del giudizio, fissava termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte attrice, disponeva pagamento di una somma di denaro per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto²⁰.

Occorre evidenziare che in materia di protezione dei consumatori, così come dei lavoratori illegittimamente licenziati, l'importo dovuto dal soccombente inadempiente non era destinato alla parte vittoriosa in giudizio, bensì ad un fondo pubblico, in armonia con la natura retributiva e non riparatoria dell'*astreinte*. Disponeva, infatti, l'art. 140, comma 7, ult. periodo, codice del consumo, che le somme determinate dal giudice dovevano essere versate *"all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze al fondo da istituire nell'ambito di apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministro delle attività produttive [attualmente, Ministro dello sviluppo economico, n.d.r.], per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori"*. All'esito dell'abrogazione, alla stregua dell'introdotta art. 840 *sexiesdecies* cod. proc. civ., si è previsto che, con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su istanza di parte, adottare i provvedimenti di cui all'articolo 614 *bis* cod. proc. civ., anche fuori dei casi ivi previsti.

Un'ulteriore ipotesi, funzionalmente distinta dall'*astreinte* per quanto inserita nel medesimo contesto volto ad assicurare compiutezza di rimedi a fronte di condotte infungibili²¹, introdotta nel codice di rito dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54, si rinviene nell'art. 709 *ter*, secondo comma, n. 4), cod. proc. civ., giusta il quale, nell'ambito di controversie insorte tra genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o alle modalità di affidamento, il giudice può condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende.

Tale disposizione, abrogata in virtù della del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, è stata traspunta per l'ipotesi di gravi inadempimenti, anche di natura economica, o di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale, nell'art. 473bis.39 cod. proc. civ. che, recato dalla medesima suindicata riforma del diritto processuale civile, oltre a

confermare la possibilità di condannare il genitore inadempiente al pagamento di sanzione amministrativa pecuniaria in favore della Cassa delle ammende, ha anche facoltato il giudice all'individuazione, ai sensi dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ., su cui *infra*, della somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inadempienza successiva ovvero per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

È già possibile, dunque, trarre qualche conclusione dalla disamina delle fattispecie di *astreintes* previste nell'ordinamento italiano prima del 2009. Il legislatore, in tutti gli interventi presi in considerazione, ha circoscritto l'applicabilità delle misure coercitive indirette ai soli casi in cui l'esecuzione forzata, attesa l'infungibilità dell'obbligo rimasto inadempito, non è utilmente esperibile, in armonia con la tradizionale dicotomia tra mezzi di surrogazione e mezzi di coazione²².

La limitazione dell'*astreinte* ai soli obblighi infungibili ha indotto la giurisprudenza di legittimità a precisare i requisiti il cui concorso identifica una *res* fungibile, qualificandosi come tali solo le cose *"individualizzate e diversificate, nella valutazione sociale, dai loro elementi strutturali e dalla loro funzione, sì da essere esclusa ogni sostituibilità e surrogabilità"*²³.

Inoltre, in conformità alla natura sanzionatoria dell'*astreinte*, il legislatore non ha sovente ritenuto che il mero inadempimento dell'obbligato, disgiunto da qualsiasi dimostrazione di un danno sofferto dall'avente diritto, possa costituire titolo per un arricchimento della parte vittoriosa in giudizio, destinando di conseguenza gli importi ad un organismo pubblico.

Tale situazione è stata parzialmente innovata dall'introduzione nel codice di procedura civile, ad opera della legge 18 giugno 2009, n. 69, di una figura generale di *astreinte* preordinata ad assicurare l'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare²⁴.

Ai sensi dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ. (per come modificato dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con l. 6 agosto 2015, n. 132, e indi dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 e dal d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164), dunque, il giudice può, con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro, determinare su richiesta di parte la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, determinandone la decorrenza e potendo altresì fissare un termine di durata della misura, tenuto conto della finalità della stessa e di ogni circostanza utile.

Requisito negativo della fattispecie è costituito dalla *"manifesta iniquità"* dell'irrogazione dell'*astreinte*, il cui ammontare è determinato *"tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione dovuta, del vantaggio per l'obbligato derivante dall'inadempimento, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile"*²⁵.

Rilevante caratteristica dell'istituto si rinviene nel potere attribuito al giudice di comminare l'*astreinte* già nel giudizio di cognizione, con il provvedimento che definisce il merito, anteriormente, quindi, alla verifica dell'inadempimento da parte del soccombente alla sentenza di condanna²⁶.

L'*astreinte* ex art. 614 *bis* cod. proc. civ. può configurarsi, quindi, come *"sanzione ad esecuzione differita, in quanto la sentenza che la commina si atteggia a condanna condizionata (o in futuro) al fatto eventuale dell'inadempimento del precetto giudiziario nel termine all'uopo contestualmente fissato"*²⁷. È inoltre il caso di rilevare che, per espressa disposizione del codice di rito, il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione, inosservanza o ritardo.

3. Le misure coercitive indirette in diritto amministrativo. L'art. 114 cod. proc. amm. a confronto con l'*astreinte* civilistico

Abbiamo già avuto modo di osservare come in Francia, ordinamento d'origine delle misure coercitive indirette, le *astreintes* siano irrogabili, come strumento di "pressione" sull'Amministrazione inadempiente, con la sentenza che definisce il giudizio di merito sia dai Tribunali amministrativi sia dalle Corti amministrative d'appello²⁸.

Inoltre, nei casi in cui l'esecuzione della sentenza postuli l'adozione di un provvedimento avente contenuto vincolato, l'Autorità giudiziaria amministrativa d'Oltralpe ha il potere di ordinare all'Amministrazione soccombente l'adozione di tale atto nonché di fissare un termine entro il quale adempiere²⁹.

Il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ha introdotto anche nel processo amministrativo italiano l'istituto *astreinte*, sia pure con talune iniziali (e apparenti) differenze rispetto al modello francese.

L'art. 114, comma 4, lett. e), attribuisce al giudice amministrativo il potere di fissare, su richiesta di parte, *"la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato"*.

In virtù di successiva elaborazione giurisprudenziale, anche in Italia l'*astreinte* si è ritenuto applicabile non solo in sede di ottemperanza, tra le disposizioni che disciplinano la quale è individuata la *sedes materiae* dell'istituto, ma anche in sede cognitoria³⁰.

L'*astreinte* amministrativistica contempla, inoltre, due requisiti negativi, cioè che il provvedimento di condanna alla misura coercitiva non sia *"manifestamente iniquo"* e che non ricorrano *"altre ragioni ostative"*, quest'ultimo requisito non previsto dalla corrispondente fattispecie civilistica.

L'art. 114 cod. proc. amm. in origine tace, a differenza dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ., sia sui parametri in base ai quali calcolare il *quantum* della sanzione sia sui *genera* di condotte che possono essere assistiti dallo strumento in esame. Dottrina e giurisprudenza hanno avuto, dunque, il compito di chiarire il perimetro applicativo dell'art. 114 cod. proc. amm., profilandosi due opzioni ermeneutiche che tra loro si distinguono in base alla ricostruzione della *ratio* nonché in base all'autonomia che viene annessa all'istituto di diritto amministrativo rispetto alla generale previsione di *astreinte* prevista nel codice di procedura civile.

Secondo un più risalente orientamento, *"tutte le volte in cui un obbligo sia eseguibile in una delle forme tipiche di esecuzione non è ammissibile la tutela indiretta"*³¹, in virtù della considerazione secondo cui comminare una misura coercitiva nelle ipotesi in cui siano utilmente esperibili rimedi surrogatori vulnererebbe la *ratio* stessa dell'istituto, preordinato ad assicurare uno strumento di "pressione" nei casi in cui, attesa l'infungibilità della condotta, la soddisfazione del creditore non può prescindere dalla collaborazione dell'obbligato soccombente³².

Tale orientamento dottrinario, di conseguenza, recisamente nega la possibilità di ricorrere all'*astreinte* per assicurare l'esecuzione di una condotta fungibile, ed in particolare di *dare pecuniario*. Inoltre, a prescindere da ogni discorso sulla struttura ontologica dell'istituto, la cumulabilità della somma ricevuta a titolo di *astreinte* con gli interessi legali sarebbe suscettibile di condurre ad una *"duplicazione ingiustificata delle misure volte a ridurre l'entità del pregiudizio"*³³, finanche con la conseguenza paradossale che tale cumulo possa raggiungere un ammontare maggiore della sorte per cui è stata proposta l'azione, determinando un ingiustificato arricchimento per il creditore.

Un altro indirizzo dottrinario, accolto in giurisprudenza³⁴, sostiene invece che, in termini di *ratio*, nulla osta all'applicazione delle misure coercitive anche al di fuori del tradizionale perimetro degli obblighi infungibili. In particolare, finalità dell'*astreinte* sarebbe quella di sanzionare la mancata conformazione del soccombente all'ordine del giudice, non

rilevando in chiave strutturale il *genus* della condotta rimasta inadempita, analogamente a quanto, del resto, è previsto nell'ordinamento francese³⁵.

Deporrebbe, inoltre, a favore dell'interpretazione estensiva l'argomento *a contrario*, atteso che il legislatore quando ha inteso circoscrivere l'*astreinte* alle sole condotte infungibili lo ha statuito espressamente (art. 614 *bis* cod. proc. civ. secondo la sua prima formulazione, nonché ipotesi previste dalle leggi speciali)³⁶.

Tale confronto dottrinale è in ogni caso superato dall'evoluzione della disposizione normativa in esame che, per come modificata 28 dicembre 2015, n. 208, espressamente contempla la possibilità di attivare l'*astreinte* nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, precisando che la penalità di mora decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza e che detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali.

4. Le astreintes nella recente giurisprudenza di legittimità: l'applicazione nel diritto di famiglia

La perdurante vitalità, ed anzi l'accresciuta centralità, della misura compulsoria di cui all'art. 614 *bis* cod. proc. civ. emerge dalla recente giurisprudenza di legittimità che, in materia di controversie familiari, ha avuto l'occasione di ribadire *ratio* ed utilità, nonché di coordinarne l'applicazione rispetto a istituti coesistenti. La prima sezione civile della Corte di cassazione, con l'ordinanza 19/11/2024, n. 29690, ha osservato che la misura di coercizione indiretta prevista dall'art. 614 *bis* cod. proc. civ., comminata dal giudice in via accessoria a una propria statuizione, costituisce strumento diretto a prevenire *a priori* l'inosservanza di "*obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro*", oggetto di riconoscimento giudiziale. In ciò essa si distingue dai rimedi tipici, previsti dall'art. 709 *ter* cod. proc. civ., abrogato in forza del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 e riproposti dall'art. 473bis.39 cod. proc. civ., come l'ammonizione, il risarcimento del danno, la sanzione amministrativa pecuniaria, che rispondono, invece, ad una funzione repressiva di già avvenute violazioni o inattuazioni totali o parziali dei doveri familiari, di maggiore gravità, tra i quali rientrano anche i comportamenti che, *exempli gratia*, ostacolano il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale.

Tale diversità di funzione consente, anche per i procedimenti introdotti anteriormente alla vigenza dell'art. 473bis.39 cod. proc. civ.³⁷, la coesistenza della misura compulsoria ex art. 614 *bis* cod. proc. civ. con le tipiche misure repressivo-riparatorie di cui all'art. 709 *ter* cod. proc. civ., mettendosi in luce la necessità in senso costituzionale e convenzionale della misura di coercizione indiretta in ambito familiare³⁸.

L'applicabilità dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ., in relazione all'obbligo di consegna dei figli e agli obblighi ad esso collegati, è stata difatti opinata dalla dottrina maggioritaria, considerandosi l'istituto come imprescindibile strumento attuativo della Costituzione e della Convenzione europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, soddisfacendo l'interesse del minore alla bigenitorialità ed il diritto di ciascun genitore di mantenere uno stabile rapporto con i figli, che altrimenti rischierebbero di rimanere privi di tutela esecutiva adeguata, in violazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale³⁹.

Bibliografia

- Capponi, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giustizia civile*, 1999, n. 4
- Carpi – Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2013
- Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1953
- Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980
- Clarizia, *Resoconto del seminario sui Libri IV e V (ottemperanza, riti speciali e norme finali) del progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 7 maggio 2010 presso l'Istituto per le ricerche e attività educative – Napoli*, in *giustamm.it*
- Crivelli, *Penalità di mora, astreintes, figura consimili*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile, Il danno in generale*, Torino, 2005
- Decocq, *L'application de la Convention européenne aux procédures communautaires de concurrence pouvant aboutir à des amendes ou à des astreintes*, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, 1998
- Monteleone, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982
- Proto Pisani, *Appunti sull'esecuzione forzata*, in *Foro italiano*, 1994
- Perrot, *L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985
- Pucciariello - Fanelli, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in Capponi, *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011
- Trapuzzano, *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2011
- Vitocolonna, in Garofoli - Ferrari, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010

Note

1. Così ha statuito la Corte europea dei diritti dell'uomo in due arresti, sent. Hornsby c. Grecia, 13 marzo 1997, nonché Ventorio c. Italia, 17 maggio 2011, entrambe disponibili sul sito istituzionale della Corte. La relazione intercorrente tra l'irrogazione delle *astreintes* e le garanzie poste dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è attentamente presa in considerazione dalla dottrina francese. In particolare, parte della dottrina sostiene l'estensione delle garanzie previste in materia penale anche ai procedimenti in esito ai quali vengono applicate *astreintes*, sulla base del carattere sostanzialmente afflittivo delle stesse (Decocq, *L'application de la Convention européenne aux procédures communautaires de concurrence pouvant aboutir à des amendes ou à des astreintes*, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, 1998, pp. 298 ss.).
2. Pisani, P. (1994) *Appunti sull'esecuzione forzata*, in *Foro italiano*, V, p. 306.
3. Capponi, B. (1999) *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giustizia civile*, n. 4, p. 157.
4. L'art. 614 *bis*, attualmente rubricato "*Misure di coercizione indiretta*", è stato inserito nel codice di procedura civile dall'art. 49, comma primo, l. 18 giugno 2009, n. 69, con efficacia a decorrere dal 4 luglio 2009. È stato poi modificato dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con l. 6 agosto 2015, n. 132, e indi dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 e dal d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164. L'art. 114, comma quarto, *lett. e*), codice del processo amministrativo, recato dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, modificato dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208, prevede in sede di ottemperanza l'irrogabilità, su richiesta di parte, della condanna a versare una determinata somma di denaro per ogni violazione, inosservanza o ritardo del soccombente nell'esecuzione del giudicato. Le analogie e differenze tra l'applicazione delle *astreintes* nel processo civile e

amministrativo sono esaminate *funditus infra*.

5. Crivelli, A. (2005), *Penalità di mora, astreintes, figura consimili*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile, Il danno in generale*, Giappichelli, Torino, p. 462.
6. Trapuzzano, C., (2011) *Le misure coercitive indirette*, Cedam, Padova, p. 27 s. Si segnala, in prospettiva anche comparatistica, lo studio di Chiarloni S., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, ove l'Autore si interroga sul problema della assenza delle misure coercitive nell'ordinamento italiano.
7. L'art. 6, legge 5 luglio 1972, qualifica l'*astreinte* come "*indépendante des dommages-intérêts*" e dunque se ne palesa la natura di sanzione civile indiretta, mirante a punire l'inosservanza di un ordine e non a riparare un pregiudizio patrimoniale. Occorre rilevare che nell'ordinamento francese l'*astreinte*, antecedentemente alla menzionata legge del 1972, si configurava come un istituto di diritto pretorio, nato dall'esigenza di superare il principio della piena alternatività tra risarcimento del danno ed esecuzione in forma specifica sancito dal *Code Napoléon*, in ossequio ai canoni liberal-individualistici di ripulsa da ogni mezzo coercitivo che colpisse la sfera giuridica dei privati.
8. Perrot, *L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 1588, riportato in Crivelli, *op. cit.*, p. 463.
9. Si veda la decisione del 20 dicembre 1993, in *Bullettin Civil de la Cour de Cassation*, 1993, I, p. 380.
10. Trapuzzano, C., *op. cit.*, p. 29.
11. Sia la misura coercitiva tedesca (*Zwangsgeld*) sia quella inglese (*Contempt of the Court*) sono suscettibili di conversione in arresto qualora il patrimonio dell'obbligato non sia capiente, in applicazione di istituti rispettivamente denominati *Zwangsgeld/Ordnungshaft* ed *arrest for the Contempt of the Court*. Per un esame approfondito delle applicazioni dell'*astreinte* negli ordinamenti di *civil law* e *common law*, si veda Puciariello - Fanelli, *L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta*, in CAPPONI, *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011.
12. Soprattutto in Germania, l'*astreinte* ha una marcata connotazione pubblicistica, "*la cui funzione prevalente è identificata dall'esigenza di rafforzamento del prestigio e dell'autorità delle decisioni giudiziarie*" (Trapuzzano, C., *op. cit.*, p. 32).
13. Trapuzzano, C., *op. cit.*, p. 96.
14. Autorevole, sia pur minoritaria, dottrina contesta che gli strumenti di coercizione indiretta rientrino nel novero dei mezzi esecutivi, in quanto miranti ad ottenere l'osservanza di un precetto giuridico ad opera del debitore soccombente, sia pure attraverso il "*meccanismo della coazione psicologica*", mentre il *quid proprium* dei procedimenti esecutivi risiederebbe nel "*prescindere totalmente dalla volontà e dall'attività del soggetto obbligato*" (Monteleone, *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 296).
15. Chiovenda, G., (1953) *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, p. 252
16. In tali termini si esprime il Consiglio di Stato nella sentenza 25 giugno 2014, n. 15. La preoccupazione per una eccessiva ingerenza dei pubblici poteri è sentita anche dalla più recente dottrina, secondo cui l'uso delle misure coercitive "*deve essere pur sempre cauto e limitato, appunto per non ledere in modo non tollerabile le sfere di libertà individuale*" (Trapuzzano, C., *op. cit.*, p. 95).
17. La dottrina civilistica maggioritaria rileva infatti che con lo strumento dell'*astreinte* "*si vuole conferire una tutela effettiva per gli obblighi non suscettibili della tutela surrogatoria offerta dell'esecuzione forzata*" (Crivelli, *op. cit.*, p. 464).
18. È rilevante evidenziare che secondo lo Statuto dei lavoratori, dunque, destinatario dell'*astreinte* non è il lavoratore leso, in armonia con la natura di sanzione civile indiretta dell'istituto.
19. Parte della dottrina ha, conseguentemente, configurato le misure in esame come preordinate al "*risarcimento di danni futuri*", poiché, nel caso in cui vengano violate disposizioni inibitorie in materia di marchi, brevetti e diritti d'autore, "*la riduzione in pristino è estremamente difficoltosa e in certi casi sostanzialmente impossibile, e rispetto alla violazione la tutela risarcitoria si mostra davvero carente*" (Crivelli, *op. cit.*, p. 466). Autorevole dottrina ha osservato, invece, che può configurarsi un risarcimento solo qualora il danno si sia già effettivamente verificato ovvero concorrano tutte le condizioni per il suo prodursi in futuro, non potendosi sostenere che, in materia di obblighi di non fare, il semplice ritardo determini *ipso facto* l'insorgere di un pregiudizio che l'attore non deve allegare né provare (Frignano, A., *Le penalità di mora e le astreintes nel diritto che si ispirano al modello francese*, in *Riv. Dir. Civ.* 1981, p. 524). La giurisprudenza di merito ha valorizzato la natura sanzionatoria delle misure coercitive in oggetto, statuendo la qualificazione in termini risarcitori "*non pare corretta dato che, prescindendo dall'anomalia di una condanna relativa*

a fatti futuri ed eventuali e di una liquidazione anticipata del danno che pare corrispondere più alla logica dell'autonomia privata che alla ratio ed ai limiti dell'intervento del legislatore, sembra invero più esatto ritenere che la penale in questione debba essere intesa quale forma di esecuzione e di rafforzamento del provvedimento di inibitoria e sia quindi del tutto svincolata dalla pronuncia di condanna al risarcimento del danno" (Trib. Milano 18 maggio 1978, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 1978, p. 1052, tratta da Crivelli, *op. cit.*, p. 467. È opportuno rilevare che, più recentemente, anche la giurisprudenza di legittimità è pervenuta alle stesse conclusioni dei giudici di merito; si veda, in proposito, la Cass. n. 613/2003).

20. Per quanto concerneva, inoltre, l'inadempimento degli obblighi previsti dal verbale di conciliazione, debitamente sottoscritto e depositato per l'omologazione nella cancelleria del Tribunale del luogo nel quale si era svolto il procedimento di conciliazione, le parti potevano adire il Tribunale medesimo in camera di consiglio affinché, accertato l'inadempimento, disponesse l'*astreinte* (art. 140, comma 7, secondo periodo, codice del consumo).
21. La giurisprudenza di legittimità, quanto a distinzione sul piano funzionale degli istituti, ha osservato che le *astreintes* sono volte non tanto a sanzionare *ex post* violazioni già verificatesi ma ad evitare *ex ante* l'inadempimento futuro, mentre i rimedi tipici prescritti dall'art. 709 *ter* cod. proc. civ., oggi abrogato, rispondono ad una funzione repressiva di già avvenute violazioni o inattuazioni totale o parziale dei doveri familiari, di maggiore gravità (cfr. Cas. I Sez. civ., ord. 19/11/2024, n. 29690).
22. Chiovena, *ibidem*.
23. Cass. 24 novembre 1977, n. 5113, in *GC*, 1978, I, p. 471, citata da Trapuzzano, *op. cit.*, p. 149 s. La Suprema Corte ha delineato, altresì, la nozione di *res infungibile* per volontà delle parti, statuendo che le parti contraenti "*possono considerare e valutare come infungibile una cosa fungibile per sua natura, attribuendo rilevanza e preminenza a determinate sue caratteristiche individualizzanti che, nella valutazione sociale, non costituiscono elementi strutturali essenziali, mentre non possono trasformare in fungibile una cosa infungibile, come i beni immobili, rispetto ai quali la localizzazione e la confinazione costituiscono elementi strutturali essenziali, con caratteri individualizzanti e diversificanti.*" Merita considerare che l'art. 614 *bis* cod. proc. civ., per come originariamente introdotto nel 2009, non prevedeva un'espressa limitazione del suo alveo applicativo alla condanna "*all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro*", dipoi inserita dalla novella del 2015, su cui *infra*.
24. È rilevante notare che l'iniziale rubrica dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ., introdotto con la novella del 2009, facesse riferimento agli "*obblighi di fare infungibile e di non fare*", senza specificare se anche con riferimento alle condotte di disfare fosse necessario il requisito di infungibilità dell'obbligo ai fini dell'applicazione della nuova disciplina (Capponi, *op. cit.*, p. 5). Un indirizzo minoritario in dottrina aveva dunque argomentato, considerando anche l'ellittica formulazione della rubrica, l'applicabilità dell'*astreinte* civilistico a tutti gli obblighi di fare e disfare, a prescindere dall'infungibilità, stante il noto brocardo secondo cui "*rubrica non est lex*" (Saletti, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile* (legge 18 giugno 2009, n. 69), Torino, 2009, p. 192 s.). La rubrica è stata poi immutata per effetto del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, come modificato in sede di conversione dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, in "*Misure di coercizione indiretta*".
25. In tal modo l'*astreinte* viene individuato come strumento per porre rimedio al fenomeno del cosiddetto inadempimento efficiente del contratto ("*efficient breach of contract*"), che si realizza allorché i "*costi dell'inadempimento*", segnatamente di tipo risarcitorio, sono per la parte inadempiente inferiori ai benefici che questa ricava dall'inosservanza dell'obbligo, da cui consegue il carattere inappagante delle tradizionali misure riparatorie contemplate dal diritto delle obbligazioni. Delimita invece il perimetro applicativo dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ. la disposizione di cui all'ultimo comma, alla cui stregua esso non si applica alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409 cod. proc. civ.
26. La giurisprudenza maggioritaria ritiene che le misure coercitive indirette siano applicabili anche a mezzo di provvedimenti cautelari, atteso il riferimento dell'art. 614 *bis* a provvedimento avente contenuto condannatorio, non necessariamente adottato all'esito di giudizio di congruità (Trib. Verona, 9 marzo 2010, in *G. mer.* 10, 7-8, p. 1857; nonché Trib. Bari 10 maggio 2011, in *DeJure*, riportati in Carpi – Taruffo, *Commentario breve al codice*

di procedura civile, Padova, 2013, p. 2853). Merita considerare che, all'esito delle modifiche normative suindicate all'art. 614 *bis* cod. proc. civ., il giudice dell'esecuzione può comminare l'*astreinte*, su ricorso dell'avente diritto, dopo la notificazione del precetto, qualora la misura non si stata richiesta nel processo di cognizione, ovvero il titolo esecutivo sia diverso da un provvedimento di condanna.

27. In tali termini si esprime, in sede ricognitiva delle disposizioni civilistiche in materia di *astreinte*, la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 25 giugno 2014, n. 15.
28. Il decreto 30 luglio 1963 in origine riservava al solo *Conseil d'Etat* il potere di comminare misure coercitive patrimoniali a carico della Pubblica Amministrazione inadempiente.
29. L'azione di esatto adempimento, in esito alla quale il giudice ha il potere di ordinare all'Amministrazione di adottare il provvedimento satisfattorio, è prevista nel nostro ordinamento dall'art. 31, comma 3, c.p.a. in materia di silenzio; dall'art. 124 c.p.a. in materia di contratti pubblici; nonché dall'art. 4, d.lgs. 198/2009, nell'ambito dell'azione collettiva di classe (cfr. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2014, p. 19 s.).
30. Dapprima, alla luce del tenore della disposizione normativa e della sua *sedes materiae*, si è ritenuto che, a differenza dell'ordinamento francese, in Italia l'*astreinte* potesse essere irrogato solo in sede di ottemperanza e non anche di merito, da ciò discendendo che nel processo amministrativo italiano la misura coercitiva non si configurava come sanzione ad esecuzione differita, destinata a divenire attuale se ed in quanto l'Amministrazione non eseguisse l'ordine contenuto nella sentenza di merito, ma presupponeva che l'inadempimento del debitore fosse già stato accertato dal giudice dell'ottemperanza. Si veda in proposito Clarizia, *Resoconto del seminario sui Libri IV e V (ottemperanza, riti speciali e norme finali) del progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 7 maggio 2010 presso l'Istituto per le ricerche e attività educative - Napoli*, in *giustamm.it*. La giurisprudenza ha altresì ritenuto che possa farsi luogo all'*astreinte* solo qualora la sentenza le cui prescrizioni si assumono violate sia passata in giudicato (Tar Basilicata, 21 luglio 2011, n. 416, citato in Ferrari, G. (2012), *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, p. 587). Tale orientamento è stato superato dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 9 maggio 2019, n. 7, in virtù della dirimente considerazione che, ai sensi dell'art. 34, primo comma, lett. c) ed e), cod. proc. amm., già in sede di cognizione possono essere esercitati i poteri generalmente adottabili in sede di ottemperanza. In particolare, l'art. 34, lett. e), cod. proc. amm., nel descrivere i possibili contenuti delle sentenze di merito, contempla anche "le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza".
31. Crivelli, *op. cit.*, p. 466; in termini sostanzialmente analoghi Mandrioli, C., (2011) *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, p. 177 ss. Sorprendentemente, dopo aver rilevato che "la norma di cui all'art. 114 in commento ha aspetti affini all'istituto del processo civile", non si esprime sul punto Vitocolonna, in, Garofoli-Ferrari, (2010) *Codice del processo amministrativo*, Neldiritto editore, Roma, p. 1571 s.
32. Chiovena, *ibidem*, costruisce in modo rigidamente dicotomico le misure di surrogazione e quelle compulsorie, esperibili qualora l'infungibilità dell'obbligo non renda possibile l'esecuzione diretta.
33. Cons. Stato, Sez. III, 6 dicembre 2013, n. 5819, in *collegiumiuris.it*.
34. *Ex aliis*, Cons. Stat., Sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 462, in *gazzattaaamministrativa.it.*; nonché Cons. Stat., Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3781, in *giustamm.it*.
35. Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688, in *giustamm.it*. Per l'*astreinte* nell'ordinamento francese si veda, anche per i riferimenti bibliografici, *supra* il paragrafo 2.
36. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 25 giugno 2014, n. 15, ha accolto l'opzione ermeneutica estensiva, enunciando il seguente principio di diritto: "Nell'ambito del giudizio di ottemperanza la comminatoria della penalità di mora di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, è ammissibile per tutte le decisioni di condanna di cui al precedente art. 113, ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria". L'Adunanza Plenaria è giunta a tale conclusione valorizzando il dato letterale dell'art. 114 cod. proc. amm. che non contiene – a differenza dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ. – alcuna espressa limitazione del perimetro applicativo dell'*astreinte* ai soli obblighi infungibili di *facere* e *non facere*. Stante il noto brocardo "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*", è preferibile l'interpretazione secondo cui il legislatore, in considerazione delle peculiarità del processo amministrativo, non abbia voluto circoscrivere il raggio d'azione delle misure coercitive a determinate condotte. Non può neanche sostenersi, secondo il Consiglio di Stato, che l'*astreinte* debba essere limitato ai soli obblighi fungibili in virtù di un limite intrinseco alla sua natura, dato che proprio in Francia, "madrepatria" delle misure coercitive indirette, tale istituto è configurato come sanzione per punire ogni disobbedienza all'ordine del giudice, a prescindere dal suo contenuto. Il Consiglio di Stato prende altresì in considerazione l'argomento,

formulato dalla Difesa erariale, secondo cui l'estensione dell'*astreinte* nel giudizio di ottemperanza anche agli obblighi infungibili ed, in particolare, a quelli di *"dare pecuniario"* produrrebbe uno squilibrio rispetto al processo civile, ove invece le misure coercitive sono irrogabili solo per assistere un obbligo infungibile. Ne conseguirebbe una disparità di trattamento per la Pubblica Amministrazione debitrice inadempiente, a differenza dei soggetti privati contro cui può agirsi esclusivamente ex art. 614 bis cod. proc. civ. Il Consiglio di Stato ha ritenuto tale obiezione superabile, in virtù della considerazione secondo cui l'art. 114 cod. proc. amm. *"si inserisce armonicamente in una struttura del giudizio di ottemperanza complessivamente considerata, proprio per la specialità del debitore, da un potere di intervento del giudice particolarmente intenso, come testimoniato dall'assenza del limite dell'infungibilità della prestazione, dalla previsione di una giurisdizione di merito e dall'adozione di un modello surrogatorio di tutela esclusiva"*. Tale sentenza ha, inoltre, evidenziato che l'art. 114 cod. proc. amm. contempla un limite aggiuntivo a quello della *"manifesta iniquità"* previsto dall'art. 614 bis cod. proc. civ., in quanto subordina l'irrogazione dell'*astreinte* al requisito negativo della sussistenza di *"altre ragioni ostative"*. Da ciò discende che, proprio in ragione delle *"difficoltà nell'adempimento collegate a vincoli normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici"*, spetterà volta per volta al giudice dell'ottemperanza, *"dotato di un ampio potere discrezionale sia in sede di scrutinio delle ricordate esimenti che in sede di determinazione dell'ammontare della sanzione o mitigare l'importo"*. L'irrogazione dell'*astreinte*, dunque, non potrà configurarsi come conseguenza automatica dell'inadempimento ad una sentenza da parte della Pubblica amministrazione, dovendosi in sede di ottemperanza ponderare l'interesse del creditore alla pronta esecuzione con gli interessi pubblici specificamente rilevanti, primi fra tutti quelli attinenti allo stato della finanza pubblica.

37. Merita considerare i tratti distintivi che intercedono tra la disciplina generale di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ. e la disposizione, che pure alla prima fa rimando, di cui all'art. 473bis.39, lett. b), *in primis* per quanto concerne l'istanza di parte necessaria secondo l'art. 614 bis. In relazione alle gravi inadempienze che minano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento e agli atti volti a danneggiare il minore, corrisponde la possibilità di disporre d'ufficio, non solo su istanza di parte, alternativamente o cumulativamente, una serie di interventi che vanno dall'ammonimento alla condanna ad una sanzione pecuniaria o alla fissazione di una somma di denaro da doversi corrispondere ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c. per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento o per le violazioni successive nei casi più gravi di inerzia volontaria. Nella menzionata sentenza si osserva che *"È stata, infatti, introdotta, sul modello dei «punitive damages», molto diffusi nei paesi di Common law, previsti in relazione a comportamenti denotati dalla cd. «malice» (assimilabile al dolo del nostro ordinamento) relativi alla possibile lesione di diritti fondamentali, la possibilità di adottare d'ufficio le astreintes, già previste, in generale, dall'articolo 614-bis c.p.c."* (cfr. Cas, I Sez. civ., ord. 19/11/2024, n. 29690).
38. La disciplina dettata dall'art. 709 ter cod. proc. civ. in materia di famiglia, dunque, non precludeva la possibilità di fare ricorso ad altri istituti generali dell'ordinamento processuale, non trattandosi di un sistema chiuso ed avendo i provvedimenti ex art. 614 bis e quelli ex art. 709 ter cod. proc. civ. diversa natura e funzione, ben potendo, quindi, concorrere ed essere cumulati.
39. La giurisprudenza di legittimità ha ammesso il ricorso a misure di coercizione indiretta nell'ambito della famiglia e dei provvedimenti, di carattere non economico, riguardanti i figli (Cass. 21970/2022, in relazione a misura di coercizione indiretta di cui all'art. 614-bis c.p.c. applicata nei confronti del coniuge collocatario, essendosi ritenuta tale misura coercitiva cumulabile con i provvedimenti previsti dall'art. 709 ter cod. proc. civ., in funzione sussidiaria; Cass. 23800/2023, in relazione all'applicazione, unitamente a sanzioni ex art. 709 ter cod. proc. civ., alla madre di una *astreinte* commisurata per ogni giorno di ritardo nella rimozione di alcuni *"post"* pubblicati su tutti i social network contenenti immagini e notizie della vita dei figli minori).



Il contratto di locazione tra manutenzione e risoluzione: principi e novità giurisprudenziali



di Gianluca Tarantino

Magistrato, Tribunale di Bari

It

La prima parte del contributo si propone di analizzare, senza pretese di esaustività, il ruolo assunto dal principio di buona fede in executivis, in particolare al fine di consentire la conservazione e la prosecuzione dei rapporti locatizi. Sebbene esistano numerosi addentellati normativi che consentano al conduttore di richiedere la riduzione del canone pattuito in contratto alla luce di eventi sopravvenuti e indipendenti dalla sua volontà, rimangono incerti i confini del potere di intervento del giudice civile, che deve pur sempre fondare la propria statuizione su criteri oggettivi e avere riguardo alle condizioni previste in contratto. La seconda parte, seguendo il filo rosso della buona fede nell'esecuzione del contratto, si concentra sull'esame della recentissima pronuncia a Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza n. 4892/2025) che, per l'ipotesi di risarcimento del danno causato dall'inadempimento del conduttore, che abbia omissso di versare i canoni pattuiti determinando, così, la risoluzione del contratto, rifiuta qualsiasi automatismo risarcitorio, con la conseguenza che sarà onere del locatore dimostrare, secondo i crismi dell'art. 1223 c.c., il danno concretamente patito.



Contratto di locazione, buona fede, rinegoziazione, inadempimento, risarcimento del danno.

Eng

The first part of this contribution aims to analyze, without claiming exhaustiveness, the role of the principle of good faith in executivis, particularly in relation to the preservation and continuation of lease agreements. Although there are various legal provisions allowing the tenant to request a reduction in the agreed rent due to unforeseen circumstances beyond their control, the boundaries of the civil judge's intervention remain unclear. The judge must base his decision on objective criteria and take into account the terms stipulated in the contract. The second part, following the thread of good faith in contract execution, focuses on the examination of the recent ruling by the Italian Court of Cassation (Full Court decision no. 4892/2025), which, in the

case of damages resulting from the tenant's breach of contract by failing to pay the agreed rent, thus leading to the termination of the lease, rejects any automatic compensatory mechanism. Consequently, it will be the burden of the lessor to prove, in accordance with article 1223 of the Civil Code, the actual damage suffered.



Lease agreement, good faith, renegotiation, breach of contract, damages.

Sommario

1. La bussola della buona fede: autonomia privata e ruolo del giudice – 2. Inadempimento del conduttore e risarcimento del danno: riflessioni a caldo su Sezioni unite n. 4892/2025.

1. La bussola della buona fede: autonomia privata e ruolo del giudice

Nelle celeberrime “dottrine generali del diritto civile”, Francesco Santoro Passarelli definì il negozio giuridico come *“l'atto di una volontà autorizzata dall'ordinamento a perseguire un suo scopo”, “che l'ordinamento reputa meritevole di tutela”*: *“la volontà privata diventa giuridicamente rilevante, può aver forza di legge (art. 1372 pr.), in tal senso e rispetto al soggetto da cui promana, non per se stessa e come fine a se stessa, ma in quanto sia socialmente importante, e cioè tenda a realizzare un interesse che l'ordinamento consideri meritevole di tutela”*¹.

Come noto, il contratto ha “forza di legge tra le parti”, che, con la sottoscrizione, si vincolano a rispettare tutte le previsioni in esso contenute: *“il vincolo contrattuale è, propriamente, la soggezione delle parti agli effetti del loro contratto”*².

Nessun principio è, però, assoluto.

Proprio la pandemia da Covid-19, che ci siamo lasciati da qualche anno alle spalle, sembra aver suggerito l'opportunità di “affievolire” la portata del principio *pacta sunt servanda* e di temperarlo con il principio, per certi versi opposto, del *rebus sic stantibus*³, qualora per effetto di accadimenti e mutamenti successivi alla stipulazione del contratto o ignoti al momento di questa o, ancora, estranei alla sfera di controllo delle parti, l'equilibrio del rapporto si mostri sostanzialmente snaturato⁴.

L'esperienza pandemica, nella sua eccezionalità, ha fatto venire prepotentemente “a galla” problematiche già presenti e avvertite nella prassi applicativa, lasciando in eredità ai giuristi del continente, per decenni legati a un approccio rigidamente gius-positivistico e “legalistico”, il compito di rinnovare -in maniera stabile e non soltanto in un'ottica emergenziale- la lettura e l'applicazione di clausole e principi di ordine generale.

Ma andiamo con ordine.

Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità nonché – *last but not least* – secondo la buona fede.

La buona fede è una clausola generale⁵, che funge da principio di chiusura del sistema ed è espressione della regola di reciprocità: ciascun contraente ha il dovere di soddisfare non solo il proprio interesse ma anche l'interesse della controparte.

Essa discende direttamente dal principio di solidarietà (la cui intrinseca giuridicità è innegabile⁶), che l'art. 2 della Costituzione sancisce e che, appunto, il dovere di buona fede concorre a declinare a livello normativo e contrattuale.

Come ha più volte rammentato uno dei più autorevoli giuristi del secondo Novecento e degli inizi del nuovo secolo, Stefano Rodotà, *"il principio di solidarietà, per il modo in cui compare nella Costituzione italiana, viene specificato come un insieme di doveri, e questi sono declinati con riferimento alla politica, all'economia, alla socialità. Non una nozione chiusa, dunque. [...] la solidarietà appartiene a quei principi o a quelle clausole generali, flessibili, che la tecnica giuridica ha apprestato perché il sistema giuridico possa disporre di finestre aperte sulla società, per tenerne il passo, senza che sia necessario un ininterrotto, faticoso, quasi sempre tardivo aggiornamento attraverso nuove norme"*⁷.

La buona fede, quindi, in quanto declinazione del principio di solidarietà, può senz'altro assolvere a una funzione -tra le altre, anche- integrativa⁸ e cogente, obbligando le parti a prestazioni ulteriori rispetto a quelle espressamente previste in contratto.

In realtà, la buona fede è già da tempo ritenuta una "fonte primaria" di integrazione del contratto, destinata a prevalere anche sulle determinazioni contrattuali, non, si badi, in un'ottica di opposizione alla volontà delle parti (che, passando del tutto in secondo piano, verrebbe postergata e subordinata a elementi che nulla hanno a che fare con essa) ma proprio al fine di *"salvaguardare ed eventualmente recuperare il rapporto economico sottostante, nel rispetto della pianificazione economica convenzionale"*⁹.

Gli articoli 1175 e 1375 c.c. attribuiscono rilievo a livello normativo ai principi di buona fede e correttezza, rendendoli parte del tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico, quale espressione di un più ampio principio di solidarietà sociale fondato sull'art. 2 della Costituzione.

Le suddette norme fondano un vero e proprio obbligo di cooperazione di una parte nei confronti dell'altra, oltre a rappresentare uno strumento per il giudice atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale al fine di garantire il giusto temperamento dei contrapposti interessi (Cass. civ., n. 3775/1994, Cass. civ., n. 20106/2009).

Sulla scorta di tali insegnamenti, anche la giurisprudenza di merito ha affermato che nei contratti di durata le pattuizioni hanno certamente valenza obbligatoria ma secondo la clausola *"rebus sic stantibus"*, cosicché, a fronte di eventi straordinari, sussiste un obbligo per le parti di cooperare secondo correttezza e buona fede al fine di riequilibrare il sinallagma contrattuale in un'ottica che riconduca le prestazioni entro i limiti della normale e prevedibile alea e che, in mancanza di un adeguamento spontaneo, deve ammettersi l'intervento sostitutivo del giudice (cfr. Trib. Bari, 28 maggio 2025; Trib. Firenze, 27 gennaio 2021; Trib. Bari, 14 giugno 2011).

Infatti, l'art. 1374 c.c. *"ci dice che il contratto scatena tutte le conseguenze che gli si fanno in base all'idea di equità. Gli artt. 1467 e 1468 fanno governo di questa stessa idea di equità"*¹⁰ programmando procedimenti mediante i quali il contraente troppo onerato potrà sollevarsi da certi effetti iniqui del negozio: *nulla ci obbliga a ritenere che l'art. 1374 non possa generare rimedi equitativi ulteriori, rispetto alla risoluzione e alla riduzione"*¹¹.

D'altronde, appare ragionevole che tutte le volte in cui una sopravvenienza determini un sensibile mutamento dei presupposti, delle condizioni, delle esigenze e delle opportunità -dal punto di vista giuridico ed economico- alla base della pattuizione negoziale, la parte danneggiata (che ora ritiene svantaggioso un contratto che, all'epoca in cui lo ha stipulato, verosimilmente non lo era) abbia la possibilità, in costanza di esecuzione, di rinegoziare il contenuto delle prestazioni (e, a monte, di rivendicare il diritto a rinegoziare); il che vale, *a fortiori*, nei contratti di durata, qual è la locazione.

Non è affatto detto, cioè, che lo scioglimento del vincolo (che parrebbe essere l'opzione maggiormente rispondente allo spirito del codice di sfavore verso i vincoli particolarmente lunghi o, ancor più, perpetui¹²) sia, in concreto, la strada più confacente agli interessi delle parti.

Anzi.

Come efficacemente stigmatizzato da autorevole dottrina, *“la risoluzione uccide il rapporto contrattuale. La rinegoziazione dovrebbe servire a curarlo”*¹³.

Curare significa, di fatto, apportare tutte le modifiche necessarie e sufficienti a far sì che le parti -alla luce di eventi imprevedibili e sopravvenuti- rivedano, adeguandolo, l'assetto negoziale, in precedenza determinato, in senso più favorevole e maggiormente rispondente agli interessi di entrambe.

Senza dubbio, il percorso interpretativo che consente di giungere ad affermare la sussistenza di un vero e proprio obbligo di rinegoziazione (chiaramente, anche qualora le parti non lo abbiano espressamente previsto in contratto) è reso più agevole e meno impervio proprio dalla presenza nell'ordito normativo del Codice civile di tutte le citate disposizioni, in primo luogo gli artt. 1175, 1366, 1374 e 1375.

Conseguentemente, *“se le due parti sono disponibili, s’incontrano e concludono. Se una delle due si nega [o, verrebbe da aggiungere, se non si riesce a raggiungere un accordo, ndr], il giudice decide”*¹⁴.

E saranno proprio i succitati parametri – che rientrano nello strumentario del giusdicente – oltre all'imprescindibile valutazione delle circostanze del caso concreto, degli usi, della natura dell'affare e delle specifiche pattuizioni contrattuali a garantire che l'attività giudiziale non sia arbitraria, puramente e semplicemente creativa, meramente discrezionale e soggettiva.

Chiaramente, nei casi in cui la prestazione divenga completamente irrealizzabile o non fruibile per il creditore a causa di eventi esterni sopravvenuti, non v'è altra strada rispetto alla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta ai sensi degli artt. 1256 e 1463 c.c.

Allorché, invece, la prestazione sia divenuta solo parzialmente impossibile (ad esempio perché il bene locato è stato colpito da sopravvenuta inutilizzabilità relativa e/o temporanea a causa dell'adozione di misure contenitive quali quelle adottate in tempi di pandemia), già il legislatore ha apprestato più d'un rimedio nel senso della conservazione del rapporto, indipendentemente dalla volontà dei contraenti: – l'art. 1464 c.c. ai sensi del quale, nei contratti a prestazioni corrispettive, ove la prestazione sia divenuta parzialmente impossibile, la controparte *“ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da lui dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale”*; - l'art. 1584, comma 1, c.c., che attribuisce al conduttore il diritto *“a una riduzione del corrispettivo, proporzionata all'intera durata delle riparazioni stesche ed all'entità del mancato godimento”* (sul punto, v. anche Cass. civ., sez. III, 27/02/2004, n. 3991); – gli artt. 1578 e 1581 c.c., che riconoscono analogo diritto al conduttore in caso di vizi, originari o sopravvenuti, imputabili al locatore, *“che diminuiscono in modo apprezzabile l'idoneità all'uso pattuito”* del bene locato; – l'art. 2, comma 3, L. n. 431/1998, che prevede la possibilità di ridurre il canone di locazione qualora *“l'immobile locato non è utilizzabile, anche parzialmente, per cause non imputabili al conduttore”*.

Del resto, il principio di buona fede *in executivis* impone a ciascuna parte del rapporto obbligatorio il dovere di agire anche nella fase di esecuzione del contratto in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge nei limiti dell'interesse proprio o, comunque, nei limiti in cui ciò possa avvenire senza un apprezzabile sacrificio a suo carico e sempre che non pregiudichi in modo apprezzabile il proprio interesse.

Primaria è, quindi, l'esigenza di tutelare l'interesse alla conservazione del rapporto locatizio.

Pertanto, posto che, in materia locatizia, si rinvencono diversi appigli normativi atti a

fondare il diritto del conduttore a rinegoziare i termini contrattuali e, nello specifico, in presenza dei requisiti di legge, a ottenere la riduzione del canone in precedenza pattuito, persiste l'interrogativo in ordine all'estensione dei poteri d'intervento sul regolamento negoziale e di adeguamento dello stesso spettanti al giudice civile, il quale dovrà inevitabilmente rifarsi a criteri oggettivamente desumibili dal contratto da mantenere.

Tuttavia, da ultimo, la Corte di cassazione, con la pronuncia n. 16113/2025, sembra aver imboccato una strada differente rispetto al percorso interpretativo e giurisprudenziale finora tracciato, allorché – ritenendo non pertinente il richiamo al principio di buona fede e ai criteri di integrazione del contratto – ha affermato il seguente principio di diritto: *“In tema di contratti ad esecuzione continuata, periodica o differita, l'art. 91, comma 1, del d.l. 17 marzo 2020, n.18 (c.d. decreto “Cura Italia”), assume rilievo ai fini del giudizio di imputabilità dell'inadempimento nelle fattispecie di responsabilità contrattuale, attribuendo all'impedimento derivante dal rispetto delle misure anti-Covid la natura di impedimento non prevedibile né superabile con la diligenza richiesta al debitore e quindi di causa non imputabile della inesecuzione della prestazione da parte sua, liberandolo dall'obbligo di risarcimento del danno ed escludendo la legittimazione della controparte all'azione di risoluzione per inadempimento; dalla norma in questione, invece, non può farsi derivare l'esistenza di un diritto potestativo giudiziale di ottenere la riduzione della prestazione dovuta in esecuzione di un rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata o periodica per effetto dell'incidenza su tale rapporto delle suddette misure restrittive anti-pandemiche, atteso che, stante il principio di tipicità dei rimedi giudiziali potestativi diretti a suscitare sentenze di carattere costitutivo (art. 2908 cod. civ.), un potere conservativo di riduzione ad equità della prestazione va riconosciuto alla parte eccessivamente onerata soltanto nell'ipotesi di contratto a titolo gratuito (art. 1468 cod. civ.), mentre, al di fuori di tale ipotesi, essa parte resta legittimata all'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, spettando in tal caso alla controparte che intenda evitare lo scioglimento del rapporto contrattuale un diritto potestativo di rettifica (da esercitarsi mediante negozio giuridico unilaterale e recettizio), analogo a quello previsto in tema di contratto annullabile per errore (art. 1432 cod. civ.) e di contratto rescindibile (art. 1450 cod. civ.) e fondato sul principio di conservazione del contratto, avente ad oggetto la riduzione ad equità non della singola prestazione, ma più in generale, del contenuto del contratto (art. 1467, terzo comma, cod. civ.) al fine di ripristinarne l'originario equilibrio”.*

A ben vedere, la sentenza testé citata non ha escluso *expressis verbis* la sussistenza di un obbligo di rinegoziazione in capo alle parti del contratto ma ha negato l'esistenza di un diritto potestativo (facendo ricorso a questa specifica situazione giuridica soggettiva), nel senso che non è, di conseguenza, configurabile il potere di uno dei contraenti di operare il mutamento della situazione giuridica dell'altro, che, quindi, non può venire a trovarsi in una posizione di soggezione.

Sicuramente il dibattito sul tema è destinato a non esaurirsi qui, a riprova della assoluta attualità delle questioni affrontate; in particolare, è assai probabile che nella prassi applicativa continuerà a porsi l'interrogativo concernente gli strumenti di tutela fruibili dalla parte che, non avendo interesse alla risoluzione del contratto, preferisca perseguire l'obiettivo della conservazione dello stesso, atteso che, ai sensi dell'art. 1467, comma 3, c.c., solo il contraente contro cui è domandata la risoluzione può (peraltro, non deve) evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

2. Inadempimento del conduttore e risarcimento del danno: riflessioni a caldo su Sezioni Unite n. 4892/2025

La giurisprudenza di legittimità si era interrogata (e divisa) sulle conseguenze della risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore.

In particolare, si erano delineati – in seno alla Terza sezione Civile – due orientamenti.

Secondo un primo orientamento, il locatore, che abbia chiesto e ottenuto la risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, ha diritto anche al risarcimento del danno per la anticipata cessazione del rapporto, da individuare nella mancata percezione dei canoni concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore, e il cui ammontare è riservato alla valutazione del giudice di merito sulla base di tutte le circostanze del caso concreto.

Ciò in quanto l'interesse del locatore sotteso al contratto di locazione (e che il contratto, quindi, deve tutelare) è quello al godimento indiretto del bene, ossia a percepire il corrispettivo dell'altrui godimento.

Sicché, qualora il conduttore si renda inadempiente, il programma negoziale finalizzato al godimento indiretto non può essere realizzato¹⁵.

Invero, questo indirizzo, evolutosi nel tempo, è giunto ad affermare che il danno risarcibile non corrisponde *sic et simpliciter* alla mancata percezione dei canoni di locazione concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore, essendo necessario l'apprezzamento da parte del giudice del merito di tutte le circostanze del caso concreto.

Ebbene, tale esito evolutivo – come riconosciuto dalle stesse Sezioni unite – è coerente con la distinzione fra danno evento e danno conseguenza.

Il danno evento, coincidente con l'inadempimento, si identifica effettivamente con la mancata percezione dei canoni di locazione concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore.

Il danno risarcibile è, però, il danno conseguenza, disciplinato dall'art. 1223 c.c.¹⁶, che prevede la risarcibilità di tutti i danni che sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento.

Donde l'onere per il locatore di provare il nesso di causalità giuridica fra l'evento di danno e le conseguenze pregiudizievoli. È parte di tale onere probatorio del locatore l'essersi attivato per rendere conoscibile con i mezzi ordinari la disponibilità dell'immobile per una nuova locazione.

Infatti, il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Chiaramente, non viene in gioco alcun concorso di colpa del danneggiato, in quanto -in questo caso- il danno ha pur sempre causa esclusiva nell'inadempimento del conduttore.

Il creditore/danneggiato ha soltanto il dovere di attivarsi per limitare gli effetti dannosi prodotti dal danneggiante.

In questo quadro, semmai, potrebbe essere interessante capire, in concreto, quanto il conduttore possa opporre ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.¹⁷.

Secondo altro orientamento, in ipotesi di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, intervenuto il rilascio del bene locato, la mancata percezione da parte del locatore dei canoni che sarebbero stati esigibili fino alla scadenza

convenzionale o legale del rapporto, ovvero fino al momento in cui il locatore stesso conceda ad altri il godimento del bene con una nuova locazione, non configura di per sé un danno da “perdita subita”, né un danno da “mancato guadagno”.

Stante il carattere corrispettivo del canone rispetto alla privazione del godimento, non si ravviserebbe, in tale mancata percezione, una diminuzione del patrimonio del creditore-locatore rispetto alla situazione nella quale egli si sarebbe trovato in assenza dell’inadempimento del conduttore.

Al contrario, sempre secondo questo orientamento, può configurarsi un danno correlato alla mancata percezione del canone dopo il rilascio se, per le concrete condizioni in cui si trova l’immobile, la restituzione del bene non abbia consentito al locatore di poter esercitare, né in via diretta né in via indiretta, il godimento di cui si era privato concedendo il bene in locazione, commisurandosi in tal caso la perdita al tempo occorrente per il relativo ripristino quale conseguenza dell’inesatto adempimento dell’obbligazione di rilascio nei sensi dell’art. 1590 c.c.

Dunque, la mancata percezione del canone fino alla scadenza naturale del contratto a causa dell’inadempimento del conduttore non configura un danno-conseguenza risarcibile, atteso che, quando il contratto si risolve, il locatore torna nella disponibilità del bene.

In altri termini, ritornato il bene nella disponibilità del locatore, non vi sarebbe più alcun danno per quest’ultimo, proprio perché – se è vero che non viene corrisposto il canone – è altresì vero che il godimento dell’immobile torna a essere “diretto”.

Il Supremo Consesso ha condivisibilmente aderito al primo degli orientamenti illustrati.

In tal modo, ha voluto, da un lato, escludere che la restituzione dell’immobile locato prima della naturale scadenza del contratto valga di per sé a precludere il diritto del locatore a rivendicare, a titolo risarcitorio, il pagamento dei canoni destinati a scadere successivamente alla restituzione (fino alla prevista scadenza del contratto o all’eventuale nuova locazione dell’immobile) e, dall’altro, negare che il danno risarcibile in favore del locatore debba ricomprendere, con carattere di automaticità, tutti i canoni non percepiti fino alla scadenza del contratto originariamente stabilita dalle parti o, in alternativa, al reperimento di un nuovo conduttore.

È stata, in sostanza, negata la validità “degli estremi opposti”.

Le Sezioni unite, in particolare, non hanno condiviso l’assunto (sostenuto dall’orientamento minoritario) secondo cui la causa del contratto di locazione riposerebbe sulla preliminare “rinuncia al godimento diretto” da parte del locatore, in quanto essa esprime una prospettiva del tutto marginale della realtà contrattuale della locazione.

Tuttavia, così facendo, si finisce per leggere in termini estremamente riduttivi e, in parte, errati, la causa e la funzione del contratto di locazione, con il quale – stando alla definizione che ne offre l’art. 1571 c.c. – una parte si obbliga a far godere all’altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo.

Ma tale lettura non può essere condivisa poiché, come anticipato, il contratto di locazione non è preordinato al “godimento indiretto del bene”, fondandosi, invece, sul nesso inscindibile di reciprocità e interdipendenza sussistente tra le rispettive prestazioni a carico delle parti.

Conseguentemente, la restituzione anticipata dell’immobile da parte del conduttore inadempiente non ripristina, di fatto, il preesistente equilibrio delle sfere giuridico-patrimoniali delle parti (se non quello “prenegoziale”, ormai superato dalla conclusione del contratto); per converso, non fa che attestare il fallimento (per responsabilità del conduttore) del programma contrattuale alla cui realizzazione le parti si erano positivamente vincolate e, quindi, la sopravvenuta impossibilità (sempre per fatto del con-

duttore) di pervenire alla realizzazione del piano degli effetti economici e giuridici che i contraenti avevano originariamente prefigurato.

D'altronde, se le parti, con la stipulazione di un contratto, si proponessero soltanto di *"ricomporre, come conseguenza della realizzazione della causa contrattuale, il medesimo equilibrio economico originario astrattamente considerato"*, sarebbe ben poca cosa, ossia il contratto avrebbe una funzione alquanto ridotta, che rasenterebbe l'inutilità.

Al contrario, i paciscenti – addivenendo alla sottoscrizione di un contratto – vogliono, essenzialmente, accrescere e migliorare la propria sfera giuridico-patrimoniale.

In proposito, nella motivazione della pronuncia in commento, si fa – decisamente – notare che il significato del rapporto obbligatorio non si esaurisce nell'astratto apprezzamento economico dell'esecuzione della prestazione del debitore ma si estende alla considerazione dell'interesse (anche non patrimoniale, ex art. 1174 c.c.) del creditore e alla sua soddisfazione.

Il rapporto obbligatorio deve essere finalizzato alla realizzazione dell'interesse del creditore ad acquisire al suo patrimonio un determinato bene, un'utilità prodotta da altro soggetto, un vantaggio specifico *et similia*: *"il rapporto obbligatorio può essere esaminato sia dal punto di vista della pretesa del creditore, sia dal punto di vista del dovere di prestare dell'obbligato. Entrambi, però, sono ordinati all'adempimento, che consiste nell'esatta esecuzione della prestazione da parte del debitore e che produce l'estinzione dell'obbligazione in virtù della soddisfazione dell'interesse creditorio e della liberazione del debitore dal vincolo"*¹⁸.

E tanto vale a maggior ragione per il contratto, strumento volto al soddisfacimento di interessi, innanzitutto, economici.

Quindi, rileggendo la fattispecie in esame alla luce delle illustrate coordinate ermeneutiche, ben si comprende come la frustrazione cagionata dall'inadempimento del conduttore non possa di certo essere eliminata mediante la sola ricollocazione del locatore nella medesima condizione economico-patrimoniale antecedente alla conclusione del contratto.

Diversamente opinando, si finirebbe per neutralizzare la rilevanza dell'inadempimento del conduttore.

Anche se le considerazioni finora operate basterebbero a convincere dell'erroneità dell'anzidetta tesi, le Sezioni unite hanno fatto ricorso a un ulteriore argomento, di primario rilievo, fondato su considerazioni di ordine generale.

Infatti, se si ritenesse che l'anticipata restituzione dell'immobile da parte del conduttore faccia venir meno il pregiudizio, si perverrebbe alla definitiva cancellazione dell'interesse positivo quale componente costitutiva del danno contrattuale regolato dall'art. 1223 c.c. (ai sensi del quale *"Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta"*), finendo col determinare la sostanziale assimilazione del danno da inadempimento al danno precontrattuale, per tradizione circoscritto al solo interesse negativo.

Il discorso appare estremamente semplice e lineare: il danno emergente e il lucro cessante sono, per dirla con Bianca, *"i due fondamentali aspetti"* del danno risarcibile.

La giurisprudenza della Corte di cassazione ha già ripetutamente rilevato¹⁹ che, nei contratti a prestazioni corrispettive, alla risoluzione per inadempimento (che è uno dei rimedi specifici posti a tutela della parte nei contratti a prestazioni corrispettive²⁰) si affianca sempre il diritto, per il contraente fedele, al risarcimento del danno, cioè un rimedio generale a tutela del credito, che, dunque, protegge qualsiasi posizione creditoria, a prescindere dalla fonte.

Il risarcimento non è limitato all'interesse negativo (*id quod interest contractum non fuisse*) ma è esteso all'interesse positivo (*quantum lucrari potuit*), atteso, per un verso, che l'azione di risoluzione è alternativa all'azione di adempimento (per sua natura finalizzata al conseguimento dell'interesse positivo) e considerato, per altro verso, che, diversamente opinando, la responsabilità (contrattuale) per inadempimento coinciderebbe *quoad effectum* con la responsabilità precontrattuale, venendosi a trattare in modo uguale situazioni diverse.

Ecco perché il locatore, il quale abbia chiesto e ottenuto la risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, ha diritto anche al risarcimento del danno per l'anticipata cessazione del rapporto, da individuare nella mancata percezione dei canoni concordati fino alla scadenza del contratto o al reperimento di un nuovo conduttore; in tal caso, l'ammontare del danno risarcibile costituirà valutazione del giudice di merito, che terrà conto di tutte le circostanze del caso concreto (Cass., Sez. 3, n. 8482 del 5/5/2020), prime fra tutte l'utile che il locatore avrà ricavato (o che avrebbe potuto comunque ricavare con l'uso della normale diligenza) dall'immobile nel periodo intercorso tra la risoluzione prematura e il termine convenzionale del rapporto inadempito (Cass., Sez. 6 - 3, n. 194 del 5/1/2023).

Rimane, a questo punto, l'interrogativo, forse, più importante: come determinare (*rectius*: quantificare) il danno risarcibile?

Per sgombrare il campo da dubbi, le Sezioni unite hanno fin da subito messo in chiaro il rifiuto di "ogni prospettabile automatismo".

Nel rispondere a tale domanda, la – Suprema Corte rimarcata la necessità di non confondere l'azione risarcitoria con l'azione di adempimento²¹ (solo grazie alla quale il locatore può esigere il mancato pagamento dei canoni convenuti fino alla scadenza del rapporto) – ha fatto ritorno su alcune tematiche già affrontate, sempre a Sezioni unite, nel 2022, in tema di occupazione *sine titulo*.

L'iter logico-giuridico seguito dalla Corte può essere ricostruito nei seguenti termini.

L'operazione di liquidazione del danno si fonda necessariamente sulla preliminare distinzione fra danno-evento (nel nostro caso, la mancata percezione dei canoni di locazione concordati fino alla scadenza del contratto o al reperimento di un nuovo conduttore) e danno-conseguenza²² disciplinato dall'art. 1223 c.c., ai sensi del quale il mancato guadagno del locatore, in tanto potrà ritenersi risarcibile, in quanto appaia configurabile alla stregua di una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento²³.

Tale nesso di causalità giuridica tra l'evento di danno e le sue conseguenze pregiudizievoli dev'essere necessariamente provato dal locatore, ai sensi dell'art. 2697 c.c., a prescindere da quanto il conduttore potrà eventualmente opporre ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.

In definitiva, acclarato, a monte, che non può essere esclusa, *a priori*, la risarcibilità delle possibili conseguenze dannose correlate alla mancata percezione dei canoni dovuti fino alla naturale scadenza del contratto o alla conclusione di un eventuale nuovo contratto di locazione, si tratterà di verificare, a valle²⁴, quali siano stati i pregiudizi in concreto sofferti che siano conseguenza immediata e diretta dell'evento dannoso, nei limiti – s'intende – di quelli effettivamente e concretamente provati dal locatore (normalmente identificabili con la perdita dei canoni previsti fino alla naturale scadenza del contratto).

Si comprende, dunque, perché è decisivo che il locatore dimostri di essersi convenientemente attivato, non appena ottenuta la riconsegna del proprio immobile, al fine di rendere conoscibile con i mezzi ordinari la disponibilità dell'immobile per una nuova locazione.

Sicché, perviene ad affermare la Suprema Corte, *“un atteggiamento di persistente ingiustificata inerzia del locatore nel riattivare le possibilità di recupero della redditività del proprio bene a seguito della sua riacquistata disponibilità (in tesi confidando sul diritto a conseguire, a titolo risarcitorio, tutti i canoni convenuti fino alla naturale scadenza del contratto), non potrà non legittimare, secondo l'id quod plerumque accidit, la prospettazione dell'eventuale riconducibilità della cessata redditività del bene alla responsabilità dello stesso locatore; una responsabilità nella specie assumibile anche ex fide bona, in coerenza a un criterio valutativo generale del comportamento delle parti contraenti riferibile, oltre che alla relazione prenegoziale (ex art. 1337 c.c.), all'interpretazione del contratto (ex art. 1366 c.c.) e alla sua esecuzione (ex art. 1375 c.c.), anche alla fase che segue la formale risoluzione degli effetti del negozio (arg. altresì ex art. 1175 c.c., nella prospettiva della determinazione del credito risarcitorio, là dove impone al creditore di «comportarsi secondo le regole della correttezza»)”* (cfr. capo 18 della motivazione – pagg. 19 e 20).

Torniamo, dunque, al ruolo (sempre più) centrale della buona fede, in tutti i momenti della vita del rapporto negoziale, dalla formazione del vincolo prima della stipulazione alla fase che segue alla risoluzione del contratto per inadempimento.

Il canone della buona fede, a cui bisogna guardare da più di un angolo prospettico deve, cioè, orientare il comportamento delle parti non solo nelle trattative precontrattuali e nel corso dell'esecuzione (diciamo, fisiologica) del contratto ma anche quando – entrati nella crisi del rapporto a causa dell'inadempimento di una delle parti – debba pervenirsi alla concreta determinazione del risarcimento spettante alla parte fedele e adempiente.

Ecco che si comprende la giustezza della tesi dottrinale²⁵ che ha negato la possibilità di ridurre la buona fede a mero “correttivo” del rigoroso giudizio di formale conformità del comportamento alla legge in quanto *“anche se applicata nella fase di attuazione del contratto²⁶, è pur sempre una regola obiettiva che concorre a determinare il comportamento dovuto. A differenza di altre regole la buona fede non impone tuttavia un comportamento a contenuto prestabilito. Essa è piuttosto una clausola generale che richiede comportamenti diversi, positivi od omissivi, in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto”²⁷.*

La pronuncia in commento, ad avviso di chi scrive, si colloca appieno nel solco delle illustrate coordinate ermeneutiche, avendo, infatti, richiamato tutte le disposizioni del Codice civile (artt. 1175, 1337, 1358, 1366, 1375) da cui si desume che la buona fede è una regola di condotta cui devono conformarsi le parti di qualsiasi rapporto obbligatorio.

In quanto tale, funge anche da parametro di valutazione del comportamento delle parti, ragion per cui si distingue dalla “mera” diligenza, che afferisce alle modalità di adempimento e, pertanto, all'impegno profuso dal soggetto che deve eseguire la prestazione in vista della realizzazione dell'interesse del creditore.

Riprendendo, in conclusione, le fila del discorso delle Sezioni unite, incombe sul locatore l'onere di dimostrare che, nonostante la restituzione dell'immobile prima della scadenza del contratto da parte del conduttore inadempiente, il danno costituito dalla mancata percezione del canone fino a detta scadenza, o fino alla conclusione di un nuovo contratto di locazione, si è ugualmente verificato.

A tal fine, tuttavia, non potrà venire in soccorso la previsione dell'art. 1591 c.c., ai sensi del quale *“il conduttore in mora a restituire la cosa è tenuto a dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, salvo l'obbligo di risarcire il maggior danno”²⁸*, atteso che essa si riferisce esclusivamente alla differente ipotesi di inadempimento del conduttore consistente nella ritardata riconsegna dell'immobile, non giustificandosi un'applicazione analogica di tale norma²⁹.

In conclusione, acclarata l'impossibilità di far ricorso (i) al criterio di cui all'art. 1591 c.c. e (ii) a qualsiasi forma di automatismo risarcitorio, sono rimessi al giudice di

merito l'apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto, la valutazione del compendio probatorio (e, in particolare, delle prove eventualmente offerte dal locatore in ordine ai pregiudizi subiti) e la determinazione del risarcimento del danno eventualmente spettante.

Sicché, chiarito che il risarcimento non corrisponde necessariamente all'insieme dei canoni non percepiti, sarà onere del locatore dimostrare, secondo i crismi dell'art. 1223 c.c., il danno concretamente patito, per esempio, attingendo al parametro dell'attuale (eventualmente diverso) canone locativo di mercato quale valore economico del godimento nell'ambito di un contratto tipizzato dalla legge, come la locazione, che fa proprio del canone il valore del godimento della cosa.

Bibliografia

Bianca, C.M. (2000, II Ed.), *Diritto Civile, Il Contratto*, Milano, Giuffré Editore, pp. 501-502.

Bianca, C.M. (2012, II Ed.), *Diritto Civile, La responsabilità*, Milano, Giuffré Editore, pp. 121-127 nonché 140 e ss.

Celeste, A., Amendolagine, V., Tarantino, M. (a cura di) (2022), *Locazioni – casistica e orientamenti*, Milano, Giuffré Editore, pp. 94-95.

Fratini, M. (2024), *Manuale Sistemático di Diritto Civile*, Molfetta, NelDiritto Editore, p. 767.

Grossi, P. (2007, III Ed.), *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffré Editore.

Grossi, P. (2020), *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, pp. 63 e ss. e p. 72.

Relazione Tematica n. 56 dell'8.7.2020 dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione.

Rodotà, S. (1967), *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, LXV.

Rodotà, S. (2014), *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, p. 42.

Roppo, V. (2011, II Ed.), *Il Contratto*, Milano, Giuffré Editore, p. 499.

Sacco, R. – De Nova, G. (2016, IV Ed.), *Il Contratto*, Milano, Utet Wolters Kluwer Italia Srl, pp. 1708, 1709 e 1711.

Santoro-Passarelli, F. (2012), *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, pp. 125 e ss.

Uda, G.M., *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corrispettività delle prestazioni*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1990, I, p. 301.

Note

1. Santoro-Passarelli F. (2012), *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, pp. 125 e ss.
2. Roppo V. (2011, II Ed.), *Il Contratto*, Milano, Giuffr  Editore, p. 499. Come si avr  modo di illustrare nel prosieguo, nella pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 4892/2025 si rinviengono considerazioni di rilievo sulle "finalit " e sulla "funzione" del contratto.
3. Alquanto trascurato e, almeno in apparenza, dimenticato dalle codificazioni otto-novecentesche.
4. Sul punto, cfr. Relazione Tematica n. 56 dell'8.7.2020 dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione.
5. Sul "nuovo" ruolo delle clausole generali non pu  non rammentarsi il notissimo Rodot  S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, LXV, 1967, a cui -unitamente al discorso inaugurale dell'anno accademico dell'Universit  degli Studi di Macerata tenuto nel dicembre del 1966 dal prof. Rodot - ha reso il giusto tributo il prof. Paolo Grossi in *Oltre la legalit * (2020), Roma-Bari, Laterza, pp. 63 e ss.
6. "Negare, per esempio, la intrinseca - cio , nativa, originaria - giuridicit  del principio di solidariet  enunciato nitidamente nell'art. 2 avrebbe il deplorabile risultato di dimostrarci ancora irretiti da quelle mitologie giuridiche della modernit , che sono scese tanto suadentemente nella statua interiore del giurista italiano fino a conformarne una sorta di pseudo-ossatura" (Grossi P. (2020), *Oltre la legalit *, cit., p. 72, che riprende le pi  ampie considerazioni effettuate in Grossi. P. (2007, III Ed.), *Mitologie giuridiche della modernit *, Milano, Giuffr  Editore).
7. Queste riflessioni, sempre attualissime, sono contenute in Rodot  S. (2014), *Solidariet , un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, p. 42. Sul tema, deve segnalarsi anche Alpa G. (2022), *Solidariet . Un principio normativo*, Bologna, il Mulino.
8. "La buona fede rappresenta infatti uno dei principi portanti del nostro ordinamento sociale, e il fondamento etico che le viene riconosciuto trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale, che si pone al di l  dei tradizionali confini del buon costume" (Bianca C.M. (2000, II Ed.), *Diritto Civile, Il Contratto*, Milano, Giuffr  Editore, p. 501).
9. Uda G.M., *Integrazione del contratto, solidariet  sociale e corrispettivit  delle prestazioni*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1990, I, 301.
10. A ulteriore riprova del fatto che solidariet , buona fede, equit  non possono e non devono essere concepite quali istituti, principi e clausole "nemiche" della volont  dei contraenti e della loro autonomia.
11. Sacco R. - De Nova G. (2016, IV Ed.), *Il Contratto*, Milano, Utet Wolters Kluwer Italia Srl, pp. 1708-1709.
12. Ma quest'ultimo non   il caso delle locazioni, a uso abitativo o diverso che siano.
13. Sacco R. - De Nova G. (2016, IV Ed.), *Il Contratto*, cit., *ibidem*.
14. Sacco R. - De Nova G. (2016, IV Ed.), *Il Contratto*, cit., p. 1711.
15. Cfr. Cass. civ., n. 8482/2020.
16. In tema, non possono non essere richiamate le illuminanti considerazioni operate in Bianca C.M. (2012, II Ed.), *Diritto Civile, La responsabilit *, Milano, Giuffr  Editore, pp. 121- 127 nonch  140 e ss.: "La determinazione del danno quale effetto economico negativo ha riguardo alle conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento, cio  alla perdita subita e al mancato guadagno. [...] Antigiuridica   la lesione dell'interesse creditorio, cio  dell'interesse che l'obbligazione   preordinata a soddisfare, mentre il risarcimento comprende tutti gli interessi lesi che vi sono direttamente connessi. Tali interessi devono essere giuridicamente apprezzabili senza necessariamente identificarsi in altrettanti diritti soggettivi. [...] Il danno ingiusto, cio  il danno evento,   risarcibile mediante il risarcimento delle sue conseguenze pregiudizievoli, patrimoniali e non patrimoniali o, in alternativa, in forma specifica mediante la diretta rimozione della lesione".
17. Si tratta, come noto, di un'eccezione in senso proprio, che quindi pu  essere eccepita esclusivamente dal danneggiante.
18. Fratini M., (2024), *Manuale Sistematico di Diritto Civile*, Molfetta, NelDiritto Editore, p. 767, che cos  continua: "le norme che disciplinano la prestazione guardano al conseguimento del bene o dell'utilit  e, perci , alla

soddisfazione del creditore come alla finalità ed alla ragion d'essere esclusiva o quantomeno caratterizzante del rapporto obbligatorio".

19. Cfr., ad esempio, Cass., Sez. 3, n. 28022 del 14/10/2021 e Cass., Sez. 3, n. 36497 del 29/12/2023.
20. Alla stessa stregua, pur nella diversità di funzioni e finalità, dell'azione di riduzione del prezzo e dell'eccezione di inadempimento.
21. Altro "rimedio generale" a tutela del credito.
22. Come puntualizzato dalle Sezioni Unite in tema di risarcimento del danno da occupazione *sine titulo*, il danno conseguenza assume rilevanza giuridica non per la mera differenza patrimoniale fra il prima e il dopo dell'evento dannoso, ma solo in quanto cagionato da un evento lesivo di un interesse meritevole di tutela a un determinato bene della vita, secondo la fondamentale definizione contenuta in Cass. Sez. U. 22 luglio 1999, n. 500; reciprocamente, l'evento di danno è giuridicamente rilevante solo se produttivo del danno conseguenza quale concreto pregiudizio al bene della vita. La nozione di danno ingiusto di cui all'art. 2043 cod. civ. rappresenta la sintesi di questi due reciproci vettori. Pertanto, verificatosi l'evento di danno e lesivo, dunque, il diritto, affinché un danno risarcibile vi sia, perfezionandosi così la fattispecie del danno ingiusto, è necessario che al profilo dell'ingiustizia (che si sostanzia nella violazione del diritto) si affianchi anche quello della "conseguenza" dell'evento, *sub specie* di perdita subita e/o di mancato guadagno, a condizione, ovviamente, che essi siano conseguenza immediata e diretta dell'evento dannoso.
23. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che «*se sussiste solo il fatto lesivo, ma non vi è un danno-conseguenza, non vi è l'obbligazione risarcitoria*» (Cass. Sez. U. n. 576 del 2008). La fattispecie del fatto illecito si perfeziona con il danno conseguenza: ciò vuol dire che la perdita subita e il mancato guadagno (art. 1223) non sono un *posterius* rispetto al danno ingiusto, ma sono i criteri di determinazione di quest'ultimo, secondo la lettera dell'art. 2056.
24. E a farlo non potrà che essere il giudice di merito.
25. Si rammentino, in tema, le riflessioni di Bianca, Bigliazzi Geri, Natoli, Rodotà.
26. E, sulla scorta delle Sezioni Unite del 2025, anche dopo che il contratto si è "sciolto".
27. Bianca C.M. (2000, II Ed.), *Diritto Civile, Il Contratto*, cit., pp. 501-502.
28. Che, di fatto, predetermina -a livello normativo, con meccanismo analogo a quello dell'art. 1224 c.c. per i danni nelle obbligazioni pecuniarie- il danno da mancata restituzione in misura pari al canone pattuito in contratto, salvo il risarcimento dell'eventuale maggior danno, da riconoscersi soltanto qualora il locatore dimostri, anche tramite ricorso a presunzioni, l'esistenza di una concreta lesione del suo patrimonio in relazione alle condizioni dell'immobile, alla sua ubicazione e alle possibilità di una specifica attuale utilizzazione nonché all'esistenza di soggetti seriamente disposti ad assicurarsene il godimento dietro corrispettivo (cfr. Cass. n. 29202/2018); dev'essere, in sostanza, dimostrato che il suddetto ritardo abbia concretamente pregiudicato la possibilità di locare a terzi il bene per un canone superiore all'ultimo pattuito con il conduttore inadempiente, non essendo sufficiente la prova del diverso e maggior valore locativo di mercato (cfr. Cass. n. 23704/2016). In tema, Celeste A., Amendolagine V., Tarantino M. (a cura di) (2022), *Locazioni - casistica e orientamenti*, Milano, Giuffrè Editore, pp. 94-95. Chiaramente, sia detto per inciso, riecheggia anche in questa fattispecie l'obbligo di cooperazione che grava su tutte le parti del rapporto obbligatorio. Il locatore, infatti, deve cooperare con il conduttore per rendere possibile la consegna della cosa locata.



Persone minori e famiglia

Cinquant'anni dalla riforma del diritto di famiglia: evoluzione legislativa e giurisprudenziale



di Rossella Casillo

Magistrato, Tribunale di Campobasso

It

A cinquant'anni dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, si analizzano le principali tappe dell'evoluzione successiva: dall'affidamento condiviso all'affermazione dell'unicità dello status di figlio, sino all'emersione di nuove tipologie di famiglia e alle sfide dettate dalla diffusione della famiglia unipersonale e dalla tendenza verso l'affermazione del diritto all'autodeterminazione orientata alla genitorialità.



riforma 1975, affidamento condiviso, bigenitorialità, stepchild adoption, maternità surrogata, adozione dei single

Eng

Fifty years after the 1975 reform of family law, this work analyzes the main steps of subsequent evolution: from the shared custody to the affirmation of the uniqueness of the status of child, up to the appearance of new types of family and the challenges dictated by the spread of the single-person family and the trend towards the affirmation of the right to self-determination oriented towards parenthood.



1975 reform, shared custody, coparenting, stepchild adoption, surrogacy, single parent adoption

Sommario

1. Introduzione: la famiglia... un'isola in mezzo al mare del diritto – 2. L'assetto precostituzionale: la famiglia come átomos – 3. L'assetto costituzionale: la persona al centro (ma il paradigma resta) – 3.1. L'attuazione – 4. La bigenitorialità: la moglie ha gli stessi diritti del marito, il padre ha gli stessi doveri della madre – 4.1. Affidamento condiviso e “ddl Salomone” – 4.2. Dai genitori che si contendono i figli ai genitori disinteressati ai figli: l'illecito endofamiliare – 5. Il superamento del paradigma della famiglia quale istituzione fondata sul matrimonio tra persone dello stesso sesso – 5.1. Unicità dello status di figlio: “e ffiglie so' ffiglie e sono tutti uguali...” – 5.2. Unioni civili e convivenze – 6. Le sfide del presente – 6.1. Adozioni dei single – 6.2. Maternità surrogata – 7. Conclusioni: dal principio personalista al principio individualista?

1. Introduzione: la famiglia... un'isola in mezzo al mare del diritto

Il concetto di famiglia sembra così ovvio e naturale da non richiedere spiegazioni. Nel linguaggio comune, è anzi frequente l'utilizzo dell'aggettivo *familiare* per riferirsi a qualcosa di conosciuto, con cui si ha dimestichezza.

Eppure, dal punto di vista giuridico, il concetto di famiglia è tutt'altro che univoco, come dimostrato dall'assenza di una definizione: lo stesso art. 29 Cost., norma fondamentale in materia, non definisce la famiglia ma, semplicemente, la riconosce, come società naturale fondata sul matrimonio.

Emerge quasi un imbarazzo del legislatore nel regolamentare una materia così delicata come la famiglia, definita, del resto, *"un'isola che il mare del diritto può solo lambire ma non perimetrare"*¹, anche se oggi, più che di isola, sarebbe corretto parlare di arcipelago.

2. L'assetto precostituzionale: la famiglia come átomos

La famiglia, tradizionalmente, era concepita in senso atomistico, sia nel senso etimologico di particella indivisibile (dal greco *átomos*, indivisibile), sia nel senso di prima e più elementare istituzione della società, indispensabile per la compagine statale, tanto da ricevere una specifica tutela in ambito penale quale istituzione, mentre, nell'impostazione originaria, restavano sullo sfondo i bisogni di tutela dei singoli componenti della famiglia. L'istituzione *famiglia* vedeva la donna e i figli in posizione di netta inferiorità e soggezione rispetto al capofamiglia e rifletteva, quindi, una concezione gerarchica e patriarcale delle relazioni familiari.

3. L'assetto costituzionale: la persona al centro (ma il paradigma resta)

Con l'entrata in vigore della Costituzione, tale assetto è risultato non più conforme all'affermato principio di parità coniugale (art. 29 co. 2 Cost.: "il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi") e alla mutata concezione della famiglia. Si è scoperto che, così come l'atomo non è l'unità più piccola della materia, essendo in realtà divisibile, anche la famiglia è, del pari, divisibile – divisibilità che sarà ancor più evidente con l'entrata in vigore della legge istitutiva del divorzio (*infra*: 3.1.), che porrà fine al dogma dell'indissolubilità del matrimonio –, in quanto formata da individui che ricevono oggi una considerazione e una tutela, anche penalistica, in quanto singoli componenti. Con l'affermazione del principio personalistico, che pone la persona al centro dell'ordinamento giuridico, la famiglia non è più strumentale rispetto allo Stato, bensì rispetto al singolo, quale prima formazione sociale al cui interno si sviluppa la personalità dell'individuo (art. 2 Cost.).

Accanto al principio di uguaglianza e pari dignità dei coniugi, la Costituzione afferma un altro basilare principio in tema di relazioni familiari: quello per cui i genitori hanno dei doveri, prima ancora di avere dei diritti, nei confronti dei figli (art. 30 co. 1 Cost.: "è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli"). È stata sottolineata in dottrina la collocazione non casuale dei lemmi *dovere* e *diritto*, laddove il dovere precede il diritto, a voler chiarire che i diritti del genitore verso il figlio sono funzionali all'assolvimento dei doveri nei suoi confronti².

Relativamente al rapporto con i figli, la Costituzione delinea un modello di procreazio-

ne responsabile – ma al concetto di *responsabilità* contrapposto a quello di *potestà* si arriverà solo nel 2013 –, piuttosto lontano dalla *patria potestà* di romanistica memoria, ove il *pater familias* godeva dello *ius vitae ac necis*.

Nonostante la proclamazione del principio di uguaglianza e pari dignità dei coniugi e l'affermazione dei doveri (prima che dei diritti) dei genitori nei confronti dei figli, il modello di famiglia uscente dalla Costituzione è ancora quello fondato sul matrimonio, come si evince dall'inciso finale dell'art. 30 co. 1 "anche se nati fuori del matrimonio" (subordinata concessiva che lascia intendere una non piena equiparazione tra le due tipologie di famiglia), cui fa eco l'art. 30 co. 3, ove si legge che "la legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima".

3.1. L'attuazione

L'assetto disegnato dalla Costituzione verrà attuato solo negli anni a venire. Tra le principali tappe si ricordano:

- le sentenze 126/1968 e 147/1969, con cui la Corte costituzionale ha ritenuto illegittima la disciplina dei reati di adulterio e concubinato, in quanto discriminatoria nel trattamento, rispettivamente, riservato al tradimento della moglie, per configurare il quale era sufficiente un solo rapporto, rispetto a quello del marito, penalmente rilevante solo laddove il tradimento integrasse gli estremi di una vera e propria relazione *more uxorio* notoria;
- la legge 898/1970 istitutiva del divorzio, con cui è stata introdotta una riforma epocale, considerata una vittoria sia dai sostenitori dello Stato laico in un Paese a forte connotazione cattolica, sia dalle donne che si affacciavano al mondo del lavoro e iniziavano a godere di autonomia economica, in quanto riforma che consentiva loro di poter scegliere;
- la sentenza 87/1975, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la norma che sanciva la perdita della cittadinanza italiana della donna che si coniugava con un cittadino straniero;
- la legge 151/1975 di riforma del diritto di famiglia, che ha rappresentato una tappa fondamentale dell'evoluzione verso il moderno diritto di famiglia e il cui obiettivo era l'eliminazione delle disparità tra i coniugi ancora contenute in molte norme (si pensi agli istituti della potestà maritale, della dote o della patria potestà previsti dai previgenti artt. 144, 170 e 316 c.c.);
- la legge 194/1978 di introduzione dell'aborto, che segna un traguardo della lotta femminista nella misura in cui afferma il diritto all'autodeterminazione della madre, tutelato anche nei confronti delle donne minori di età, le quali pure sono libere di autodeterminarsi in ordine all'interruzione della gravidanza, dovendo solo ottenere l'autorizzazione del giudice tutelare che, però, si limita ad un controllo esterno circa il grado di libertà e di consapevolezza della scelta, senza poter entrare nel merito della medesima;
- la legge 442/1981 di abrogazione del matrimonio riparatore, del delitto d'onore e dell'abbandono di un neonato per causa d'onore (rispettivamente previsti dagli artt. 544, 587 e 592 c.p.);
- la sentenza 30/1983, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della norma che impediva alla madre cittadina di trasmettere la cittadinanza ai figli;
- la legge 184/1983 sull'adozione, che, con l'affermazione del diritto del minore di crescere e vivere in famiglia, segna un'importante tappa nell'evoluzione della tutela dei minori privi di adeguato sostegno familiare, i quali, sino a quel momento, erano gestiti principalmente mediante la politica dell'istituzionalizzazione.

Attuata la Costituzione, era, però, necessario fare ancora un passo avanti.

4. La bigenitorialità: la moglie ha gli stessi diritti del marito, il padre ha gli stessi doveri della madre

Il principio di bigenitorialità garantisce il diritto del figlio alla presenza, nella propria vita, di entrambi i genitori anche in caso di crisi della coppia.

Si tratta di un diritto funzionale ad assicurare al minore il sereno, armonioso e completo sviluppo della personalità.

Alla base, vi è una configurazione culturale della paternità profondamente trasformata rispetto al passato. Gli atteggiamenti psicologici dei padri verso i figli sono cambiati: dinanzi ai bisogni di accudimento materiale della prole, sono crescenti la disponibilità, il desiderio e la capacità dei padri ad occuparsene. Le funzioni materna e paterna, un tempo ben distinte, si sono fatte sempre più simili sino a divenire intercambiabili una volta conclusa la fase dell'allattamento. Tale evoluzione socioculturale ha conseguentemente accresciuto la litigiosità dei genitori separati per la gestione dei figli.

Nell'ordinamento italiano la proclamazione del principio di bigenitorialità è legata a due leggi. La prima è la 40/2004, che ha fatto leva su tale principio per motivare l'esclusione (ritenuta giustificata, dal punto di vista della ragionevolezza, anche dalla sentenza costituzionale 69/2025; *infra*: 6.1.) delle donne singole dall'accesso alle tecniche di pma., cui possono accedere le coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile.

La seconda è la 54/2006, che ha posto, quale regola fondamentale in materia di affidamento dei figli nei casi di crisi della coppia genitoriale, l'affidamento condiviso.

4.1. Affidamento condiviso e "ddl Salomone"

La legge 54/2006, ponendosi in linea di continuità con le enunciazioni della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, ha ridisegnato l'assetto dei provvedimenti relativi ai figli in tutti i casi di dissoluzione della coppia genitoriale, stabilendo che la regola dell'affidamento condiviso può essere derogata solo qualora il rapporto con uno dei genitori sia contrario all'interesse del minore.

La Corte di cassazione, infatti, ha ribadito a più riprese che il diritto alla bigenitorialità è pur sempre subordinato al benessere del minore e che, quindi, non vi è l'obbligo di darvi corso qualora sia, in concreto, in contrasto con tale benessere.

In caso di crisi della coppia, dunque, l'affidamento del minore è tendenzialmente condiviso, con collocamento prevalente del minore presso uno dei genitori e con regolamentazione del diritto di visita e frequentazione da parte dell'altro secondo modalità quanto più possibile effettive.

La scelta del genitore collocatario deve essere effettuata avendo riguardo al *best interest* del minore ma anche, ove compatibili, ai suoi *desiderata*, che verranno tanto più presi in considerazione quanto più il minore si avvicini alla maggiore età (cd. *grand enfant*) e sia, quindi, in grado di esprimere una preferenza consapevole.

L'affidamento condiviso, peraltro – pur essendo, indiscutibilmente, la modalità ideale di affidamento sul piano dei principi –, può presentare, in taluni casi, delle controindicazioni di carattere pratico, determinate dalle difficoltà che la coppia genitoriale può, in concreto, incontrare nella gestione in comune del minore; ciò si verifica, in particolare, a causa della difficoltà che talune coppie (per via, perlopiù, degli impegni di ciascuno) riscontrano nel coordinarsi, ad esempio, per incontrarsi per il rilascio delle autorizzazioni necessarie all'espletamento di attività scolastiche o sportive, anche ordinarie, del minore.

Consapevoli di tali difficoltà, alcune corti di merito hanno anche individuato la soluzione dell'affidamento condiviso con attribuzione dei poteri decisionali ordinari (ad es.: autorizzazione alla gita scolastica, iscrizione in palestra, etc.) al genitore collocatario³, che appare effettivamente praticabile nelle situazioni in cui non ci sia un contrasto, a

livello di principio, sull'educazione da impartire ai figli, quanto, piuttosto, una difficoltà di ordine pratico ad organizzarsi per assumere, in concreto, le decisioni.

In senso contrario, si pone, tuttavia, il disegno di legge 832/2025, ironicamente ribattezzato, dai primi commentatori, "ddl Salomone", perché, come il re biblico, sembrerebbe voler dividere esattamente a metà i figli, nell'ottica di una bigenitorialità in termini matematici: si prevedono, così, il doppio domicilio del minore, la presenza paritaria del minore presso entrambi i genitori e il mantenimento diretto del minore da parte di ciascun genitore per il tempo in cui è presso questi.

Il pericolo che – da più parti – si teme è che la traslazione del principio di bigenitorialità nel senso di una perfetta pariteticità nei tempi di permanenza del minore presso ciascun genitore possa risolversi, in assenza di valutazioni individualizzate, in una soluzione rigidamente simmetrica, in contrasto proprio con il *best interest* del minore, che potrebbe sentirsi ancora più diviso tra la coppia genitoriale.

Un altro aspetto che è stato sottolineato quale aspetto potenzialmente critico del ddl è la modifica dell'art. 316-ter c.c., laddove la norma, nel prevedere che "il padre è tenuto a condividere con la madre ogni spesa relativa al parto", sembrerebbe istituzionalizzare una soggettività giuridica maschile paterna prima del parto. Ciò ha destato l'allarme di quanti temono che attribuire al padre dei doveri ancor prima della nascita del figlio possa aprire all'attribuzione al medesimo anche di diritti, scardinando l'impianto della legge 194/1978 che tutela l'autodeterminazione della donna in quanto unica titolare del diritto di decidere sulla prosecuzione della gravidanza.

4.2. Dai genitori che si contendono i figli ai genitori disinteressati ai figli: l'illecito endofamiliare

L'illecito endofamiliare è una categoria al cui interno la giurisprudenza ricomprende diverse tipologie di comportamenti illeciti nell'ambito familiare, che danno la stura al risarcimento del danno non patrimoniale.

Esempi di illecito endofamiliare si registrano anche nei rapporti di filiazione: la violazione dei doveri genitoriali, infatti, quando comporta la lesione di diritti costituzionali come la salute psicofisica, l'integrità morale e la dignità, può costituire un illecito risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c.

Comportamenti quali il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione da parte del genitore consapevole di aver procreato o l'assenza della figura genitoriale dovuta al disinteresse del genitore nel prendere parte alla vita del figlio costituiscono, così, comportamenti che, in quanto violano i doveri connessi alla genitorialità e, quindi, quel principio di procreazione responsabile affermato dalla Costituzione, si riverberano negativamente sul diritto, di rango costituzionale, del figlio ad essere amato e curato dai propri genitori (artt. 2 e 30 Cost.), facendo sorgere, in capo al genitore inadempiente, l'obbligazione di risarcire il danno non patrimoniale sofferto dal figlio in conseguenza di tale comportamento (così: Cass. civ. 5652/2012).

5. Il superamento del paradigma della famiglia quale istituzione fondata sul matrimonio tra persone dello stesso sesso

5.1. Unicità dello *status* di figlio ("*e figlie so' ffiglie e sono tutti uguali...*")

L'esclamazione con cui si chiude la celebre commedia "*Filomena Marturano*" (1946), scritta dal grande Eduardo De Filippo (che, in prima persona, aveva sofferto il fatto di essere *figlio illegittimo* di Eduardo Scarpetta), viene, qui, presa in prestito, in quanto, nella sua potente semplicità, celebra il superamento del disagio verso un diritto di famiglia che, i figli, non li considerava affatto tutti uguali⁴.

La legge 219/2012 ha rappresentato, in questo senso, un traguardo di civiltà: il legislatore è intervenuto nel delicato settore della filiazione eliminando le disparità di trattamento che ancora permanevano (in materia successoria e di riconoscimento dei figli) nell'ordinamento giuridico e che relegavano i figli *naturali* in una posizione deteriore rispetto ai figli *legittimi*.

Tale discriminazione è stata superata sin dal piano semantico: l'art. 1 co. 1 della legge 219 prevede che "nel c.c., le parole «figli legittimi» e «figli naturali», ovunque ricorrono, sono sostituite dalla seguente: «figli»", mentre l'art. 315 c.c. viene riscritto con l'affermazione del principio ispiratore della riforma: "tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico".

5.2. Unioni civili e convivenze

La legge 76/2016 ha segnato una svolta epocale nel diritto di famiglia.

Dalla riforma del 1975 molto è cambiato: allora, l'esigenza era quella di parificare l'uomo e la donna all'interno della famiglia; dal 1975, però, la società – già profondamente trasformata rispetto al dopoguerra, per effetto della rivoluzione culturale di fine anni Sessanta – ha continuato ad evolversi, portando ad emersione nuovi modelli di famiglia.

In quest'ottica si pone la legge istitutiva delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto, resasi necessaria dopo la condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti umani. Con la legge 76/2016, al matrimonio (che resta ad appannaggio della coppia eterosessuale) si aggiungono, così, due ulteriori forme familiari: l'unione civile e la convivenza.

Il matrimonio e l'unione civile sono, sostanzialmente, equiparati *quoad effectum*, differendo, oltre che da un punto di vista terminologico e dei soggetti che possono accedervi (coppie eterosessuali in un caso, coppie omosessuali nell'altro caso), anche:

- per la mancata previsione, per le parti dell'unione civile, dell'obbligo di fedeltà;
- per la possibilità, per le parti dell'unione civile, di scegliere un cognome comune;
- per le tempistiche di scioglimento, più rapide per l'unione civile rispetto al matrimonio;
- per la mancata possibilità di adottare figli e/o di adottare il figlio dell'altra parte dell'unione civile, mentre è possibile adottare il figlio del coniuge.

È il tema della stepchild adoption, allo stato non consentita se non tramite il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, co. 1, lett. D, della legge 184/1983, con cui si riconosce ad una parte dell'unione civile, in taluni casi, quantomeno nei più recenti approdi della giurisprudenza, la possibilità di adottare il figlio dell'altra parte⁵.

Si segnala che, di recente, la Corte costituzionale (sentenza 68/2025) ha dichiarato l'illegittimità della legge 40/2004 nella parte in cui non prevede il riconoscimento dello *status* di figlio da parte della c.d. madre intenzionale nei confronti del nato da fecondazione eterologa praticata all'estero da una coppia di donne nel rispetto della *lex loci*. Per quanto riguarda, invece, le differenze tra matrimonio e convivenza, le stesse sono più evidenti, in quanto la convivenza non fa sorgere alcun regime patrimoniale né alcun diritto successorio.

Si scorge, tuttavia, la tendenza verso una sempre maggior equiparazione della famiglia fondata sulla convivenza rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio.

La sentenza costituzionale 148/2024 ricostruisce l'evoluzione della convivenza, dal suo riconoscimento solo marginale ad opera della riforma del 1975 sino al punto di svolta rappresentato dalla sentenza costituzionale 237/1986, che ha esteso al convivente la causa di non punibilità di alcuni reati, tra cui la falsa testimonianza, prevista in favore di chi ha commesso il fatto per la necessità di salvare un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore; svolta proseguita con le sentenze costituzionali 404/1988 (che ha riconosciuto al convivente il diritto di subentrare nel contratto di locazione in caso di morte del conduttore), 213/2016 (che ha riconosciuto

al convivente il diritto al permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap) e, più di recente, 10/2024 (che ha riconosciuto al detenuto il diritto ai colloqui con il convivente).

Conclude la Corte nella sentenza 148/2024 che, se è vero che permangono differenze di disciplina tra convivenza e matrimonio, *"quando si tratta di diritti fondamentali, esse sono recessive e la tutela non può che essere la stessa"*, giungendo, così, ad estendere al convivente la tutela codicistica riservata al lavoro nell'impresa familiare.

6. Le sfide del presente

6.1. Adozione dei *single*

Con la sentenza 33/2025, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la legge 184/1983, nella parte in cui non include le persone singole tra coloro che possono presentare la dichiarazione di disponibilità all'adozione internazionale, aprendo le porte all'adozione dei *single*.

Prima, alle persone singole non era del tutto precluso di diventare genitori attraverso l'adozione, benché ciò fosse assai complesso, potendo avvenire solo nei casi particolari previsti dall'art. 44 della legge 184/1983.

Nella citata sentenza, la Corte costituzionale ha osservato che, nell'attuale contesto caratterizzato da una significativa riduzione delle domande di adozione, specie internazionali, il divieto di adozione nei confronti delle persone singole comporta *"un sacrificio dell'autodeterminazione orientata alla genitorialità che rischia di riverberarsi negativamente sulla stessa effettività del diritto del minore a essere accolto in un ambiente familiare stabile e armonioso"*.

Si inizia, così, a discorrere di diritto all'autodeterminazione orientata alla genitorialità, benché sempre finalizzata alla tutela del diritto del minore a crescere in una famiglia.

6.2. Maternità surrogata

Il nostro ordinamento vieta il ricorso alla maternità surrogata. Di tale aspetto si è occupata, di recente, la Corte europea dei diritti umani (sentenza 21/08/2023), che – interessata della legittimità o meno del rifiuto dell'Italia di trascrivere l'atto di nascita di una minore nata all'estero tramite gestazione per altri – ha affermato che tale divieto è funzionale alla protezione della salute della donna, nonché all'interesse del minore stesso. Nel caso di specie, la minore era nata a seguito dell'impianto, nell'utero di una madre surrogata, di un embrione formato dall'ovulo di una donatrice anonima e dallo sperma dell'uomo della coppia. Viene, quindi, redatto un atto di nascita estero, del quale i genitori (padre biologico e madre intenzionale), una volta rientrati in Italia, chiedono la trascrizione.

Ebbene, la Corte, nella richiamata pronuncia, ha stabilito:

- che il rifiuto di procedere alla trascrizione dell'atto di nascita ha rappresentato un'ingerenza nel diritto alla vita privata e familiare dei genitori;
- che tale ingerenza, benché prevista dalla legge (atteso il quadro normativo italiano che vieta il ricorso alla gpa) e benché volta a perseguire scopi previsti anche dall'art. 8, co. 2, Cedu (tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui), non era, in concreto, proporzionata rispetto al perseguimento di tali scopi quanto al padre biologico, essendosi tradotta nell'impossibilità o comunque nella gravosità, di fatto, del riconoscimento del rapporto di filiazione;
- che tale ingerenza era, invece, proporzionata, rispetto al perseguimento di tali scopi, con riferimento alla madre intenzionale, non essendosi tradotta nell'impossibilità assoluta di ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione, attesa la possibilità della donna di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari.

Il tema della maternità surrogata, così come quello dell'adozione da parte dei *single*, pone l'interrogativo se la genitorialità sia un diritto. Si può ritenere ormai del tutto superata la concezione della famiglia fondata su legami di sangue. Del resto, anche l'adozione non è basata su legami di sangue ma giuridici e affettivi, benché la finalità dell'istituto non sia – se non indirettamente – la tutela del diritto del singolo di diventare genitore, bensì la tutela del diritto del minore (già nato) a crescere in una famiglia. Un'apertura nel senso dell'affermazione del diritto ad essere genitori si rinviene nella sentenza costituzionale 162/2014, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa (ossia della fecondazione con gamete maschile di donatore esterno alla coppia), laddove si afferma che *"la scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi"*. Nella citata pronuncia, in particolare, la Consulta ha valorizzato il fatto che il divieto (allora vigente) di fecondazione eterologa potesse incidere sulla *"salute della coppia"*: *"non si tratta"* – ha precisato la Corte – *"di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango"*.

Trattasi di argomento delicato, che porta ad interrogarsi su cosa sia *naturale* e se solo ciò che coincide con *naturale* sia sinonimo di *morale* o *buono*. Più di recente, la stessa Corte costituzionale (sentenza 69/2025), pur nel ritenere che la scelta legislativa di non consentire alla donna singola di accedere alla procreazione medicalmente assistita limita l'autodeterminazione orientata alla genitorialità in maniera non manifestamente irragionevole e sproporzionata, ha affermato, incidentalmente, che resta ferma *"l'assenza di impedimenti costituzionali affinché il legislatore estenda l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche a nuclei familiari diversi da quelli indicati nell'art. 5 della legge n. 40/2004"*.

7. Conclusione: dal principio personalista al principio individualista?

Dall'evoluzione ripercorsa, si ricava come vari fattori (la rivoluzione sessuale; il cambiamento del ruolo delle donne nella società; la crescita dell'instabilità coniugale e, più in generale, delle relazioni; il riconoscimento di nuove tipologie di coppie e di famiglie; l'importanza attribuita al benessere e alla felicità della coppia e all'affermazione della personalità del singolo; il non più esclusivo orientamento verso un progetto di formazione di una famiglia) uniti a fenomeni sociali quali la relativizzazione dei valori e le profonde trasformazioni nei modelli di consumo hanno prodotto cambiamenti profondi nel concetto di *famiglia*.

Assistiamo a quella che è stata definita la crisi della famiglia: non solo della famiglia tradizionale, grazie all'emersione di nuove tipologie di famiglia, ma anche alla crisi della famiglia *tout court* o, forse, delle relazioni: di pari passo alla crisi della famiglia e delle relazioni, si assiste, infatti, alla diffusione della cd. *famiglia unipersonale*, formata da un solo soggetto che occupa un'unità abitativa e che pure può nutrire l'aspirazione ad una genitorialità. È una crisi anche esistenziale, che affonda le sue radici nell'individualismo del nostro tempo, caratterizzato dall'incredibile accessibilità e velocità con cui tutto, anche le relazioni nell'ambito familiare, si consuma; verrebbe da chiedersi se il *focus* che la Costituzione ha, giustamente, restituito alla persona e alla sua dignità non sia tuttavia, oggi, portato al suo estremo opposto, di esaltazione dell'individuo e dei suoi bisogni, a discapito di quelli della collettività. Ed è evidente come l'evolversi della realtà sociale determini anche l'evolversi delle soluzioni operative.

Così, ad esempio, la durata sempre più breve del matrimonio può rilevare nella quantificazione dell'assegno di mantenimento in sede di separazione⁶ o, addirittura, secondo un orientamento più recente, può incidere sul suo stesso riconoscimento nell'*an*⁷.

Del pari, in tema di modifica delle condizioni di divorzio, si è affermato che la breve durata del matrimonio, ad uno con il lungo lasso di tempo decorso dalla presentazione del ricorso per il divorzio alla richiesta di riconoscimento dell'assegno divorzile, può incidere sulla quantificazione e sullo stesso riconoscimento, nell'*an*, dell'assegno stesso⁸, che non può tradursi in una rendita a vita a carico del coniuge obbligato. Del resto, è intuitivo che i doveri post matrimoniali nei confronti dell'ex coniuge siano stati pensati dal legislatore nell'ottica di un matrimonio che, benché non più indissolubile, presupponga un investimento di vita quantomeno a lungo termine, mentre, in un contesto di maggiore liquidità e di minor durata delle relazioni, anche il fattore tempo costituisce un elemento di cui tenere conto nella concreta regolamentazione di tali doveri.

Si tratta di tematiche rispetto alle quali gli operatori del diritto non possono che limitarsi ad assistere, cercando di dare risposte quanto più possibile adeguate alla mutata realtà sociale.

Note

1. Jemolo C.A., (1949), *"La famiglia e il diritto"*, in *"Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania"*, III, 1949, p. 22.
2. Si veda Liberali B. (2018), *"(Prima) il dovere e (poi) il diritto: alla ricerca degli "ossimori costituzionali nella cura dei figli"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, III, 1 ss., la quale, a sua volta, richiama Lamarque E., *"Famiglia e filiazione"*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *"La famiglia davanti ai suoi giudici"*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 597.
3. Così: Trib. Firenze 02/11/2018.
4. V., in tal senso, la suggestione tratta da Graziosi A. (2013), *"E figlie so' ffiglie, e so tutt'eguale!"*: prime notazioni a margine della l. n. 219/2012", in *"Rivista dell'associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori"*, anno XVIII, n. 1, gennaio-aprile 2013, 65 e ss.
5. La giurisprudenza ammette tale possibilità nel caso, ad es., di provvedimento straniero di riconoscimento della genitorialità di due persone dello stesso sesso relativamente ad un minore nato all'estero da maternità surrogata (così: Sezioni unite civili 12193/2019; in senso analogo, v. anche: Cedu 21/08/2023 – *infra*: 6.2 –).
6. Così: Cass. civ. n. 1622/2017, secondo cui *"In tema di separazione personale dei coniugi, alla breve durata del matrimonio non può essere riconosciuta efficacia preclusiva del diritto all'assegno di mantenimento, ove di questo sussistano gli elementi costitutivi [...] Al più, alla durata del matrimonio può essere attribuito rilievo ai fini della determinazione della misura dell'assegno di mantenimento"*.
7. V., in tal senso, Cass. civ. n. 402/2018, secondo cui *"nell'ipotesi di durata particolarmente breve del matrimonio, in cui non si è ancora realizzata, al momento della separazione, alcuna comunione materiale e spirituale tra i coniugi, attesa la insussistenza di condivisione di vita e, dunque, la mancata instaurazione di un vero rapporto affettivo qualificabile come «affectio coniugalis», non può essere riconosciuto il diritto al mantenimento"*, o, ancora, Cass. civ. n. 16737/2018, secondo cui *"se è vero che la breve durata del matrimonio non esclude di per sé il diritto all'assegno, tuttavia, la mancata instaurazione di una comunione materiale e spirituale fra i coniugi può costituire una causa di esclusione"*.
8. Così: Cass. civ. n. 25327/2017, secondo cui *"la breve durata del matrimonio (due anni circa) ed il lasso di tempo trascorso rispetto alla data di presentazione del ricorso ex art. 9 della legge n. 898/1970 «denunciano e dimostrano la totale autonomia della situazione economica in cui attualmente assume di versare [la ricorrente] rispetto a quella determinata e maturata in costanza di matrimonio"*.

