

ISSN 2532-9871 · RICONOSCIUTA ANVUR



Cammino Diritto

Rivista scientifica di dottrina e giurisprudenza



FASCICOLO TRIMESTRALE

Aprile - Giugno 2026

ANNO XIII · MMXXVI

REVISIONE TRA PARI IN DOPPIO CIECO

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI

– SETTORE RICERCA –

Trimestrale online

Direttore responsabile: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico:

P. Albi, P. Alvazzi del Frate, I. Alvino, R. Aprati, G. Basini, M. Benincasa, C. Bologna, D. Bonaccorsi di Patti, C. Buccico, I. Capelli, S. Caruso, F. Cassibba, E. Catalano, R. Caterina, M. Caterini, M. Cavallaro, E. Cersosimo, S. Cociani, E. Crespo, J. da Nobrega Souza, P. Dalia, E. Damiani, L. Della Ragione, E. Dominguez Redondo, C. Dounot, A. Esposito, M. Esposito, H. Farías Echeverría, M. Feola, L. Foffani, F. Gaspari, P. Ghionni Crivelli Visconti, R. Giampetraglia, M. Giorgianni, F. Giunchedi, C. grandi, T. Greco, A. Guasco, T. Guerini, A. Gusmai, S. Harrendorf, P. Hilpold, W. Huck, L. Kalb, G. Kalflèche, E. Kuzmin, E. La Rocca, A. Las Casas, G. Lemme, R. Letteron, A. Lo Giudice, M. Löhnig, L. Longhi, F. Longobucco, G. Losappio, M. Lupoi, A. Manna, G. Mercanti, P. Milazzo, R. Miranda Goncalves, G. Monaco, M. Montagnani, G. Naglieri, C. Napolitano, S. Nardi, R. Palladino, A. Patroni Griffi, J. Peris Riera, A. Pernigotti, C. Petteruti, M. Pio Fuiano, S. Raffaele, S. Regasto, G. Riccio, M. Rodríguez Montañés, A. Sacco Ginevri, A. Saccoccio, C. Salvadores De Arzuaga, L. Salvaneschi, C. Scognamiglio, S. Setti, S. Spuntarelli, M. Staake, G. Tabasco, A. Tarzia, M. Tiberii, N. Triggiani, C. Troisi, P. Troisi, G. Tropea, Z. Tsolakidis, R. Ursi, P. Valdrini, F. Vessia, A. Villa, I. Vivas Tesón

Comitato dei Revisori:

C. De Luca, C. Della Giustina, L. Di Crescenzo, G. Fadda, M. Forti, M. Gangi, A. Giocondi, A. Giraldi, O. Greco, G. Marsico, C. Migliazza, W. Nocerino, T. Passarelli, F. Prato, L. Redazione, C. Ruocco, D. Schirò, I. Travaglione, V. Visone

Redazione:

capo redattore I. Taccola
v.capo redattore M. Bottino
v.capo redattore G. Ferlisi
v.capo redattore S. Greco
v.capo redattore I. Valentino

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI -
SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: **Cammino Diritto**
ISSN: 2532-9871 - Codice CINECA: E243140 - Rivista ANVUR
Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015
Periodicità: Trimestrale (on-line)
Sede: Via Rosa Jemma 50 84091 Battipaglia (SA)

Editore: CAMMINO DIRITTO Srl
ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it
Indirizzo web: <https://www.camminodiritto.it>
Indirizzo e-mail: direzione@camminodiritto.it

Tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo hanno superato una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore.

1 - PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO E REATI DI VIOLENZA A PUBBLICO UFFICIALE: IL PARADOSSO SISTEMICO DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE	p. 5
autore/i Aldo Andrea Presutto , pubblicato sabato 11 aprile 2026	
2 - BLOCKCHAIN, SMART CONTRACT E VOTO ELETTRONICO: PROFILI COSTITUZIONALI E QUESTIONI APERTE SULLA SEGRETEZZA DELL'ART. 48 COST.	p. 25
autore/i Salvatore Stanizzi , pubblicato mercoledì 15 aprile 2026	
3 - COLPA MEDICA E INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN SANITÀ: RESPONSABILITÀ PENALE E NUOVI CONFINI DELLA DECISIONE CLINICA	p. 39
autore/i Giuseppe Ventrici , pubblicato giovedì 16 aprile 2026	
4 - A TRENT'ANNI DAL CASO BMW V. GORE. UNA RASSEGNA SUI DANNI PUNITIVI TRA TRADIZIONE CIVILISTICA E SFIDE DIGITALI	p. 47
autore/i Matteo Pertosa , pubblicato giovedì 7 maggio 2026	
5 - AUTOTUTELA ALGORITMICA PER I TRADIZIONALI CASI DI INIQUITÀ CONTRATTUALE	p. 64
autore/i Francesco Pio Valerio , pubblicato martedì 19 maggio 2026	
6 - IL POTERE ISPETTIVO DELL'AMMINISTRAZIONE FINANZIARIA TRA ART. 8 C.E.D.U. E GARANZIE PENAL-PROCESSUALI. NOTE SU AGRISUD C. ITALIA	p. 79
autore/i Augusto Guarriello , pubblicato lunedì 25 maggio 2026	
7 - A PARTIRE DA "HOMO LUDENS" DI HUIZINGA: IL GIOCO NEL DIRITTO E IL DIRITTO COME GIOCO	p. 93
autore/i Mattia Volpi , pubblicato giovedì 28 maggio 2026	
8 - CRIPTOVALUTE E SUCCESSIONE EREDITARIA: QUESTIONI APERTE TRA ORDINAMENTO ITALIANO E DISCIPLINA EUROPEA	p. 104
autore/i Giovanni Li Causi , pubblicato martedì 16 giugno 2026	

CONTRIBUTO SCIENTIFICO · SOTTOPOSTO A REVISIONE TRA PARI

Particolare tenuità del fatto e reati di violenza a pubblico ufficiale: il paradosso sistemico dopo la sentenza della Corte costituzionale

Particular Tenuity of the Offence and Violence Against Public Officials: The Systemic Paradox After Constitutional Court Judgment

Aldo Andrea Presutto

Avvocato · Università degli Studi di Napoli Parthenope

IDENTIFICATIVO

Contributo n. 11649
ISSN 2532-9871

LICENZA

Accesso aperto · gli autori
conservano i propri diritti

STORIA EDITORIALE

Pubblicato il 11 aprile 2026
Sottoposto a revisione tra pari

FASCICOLO

II/2026 · Anno XIII

COME CITARE

ALDO ANDREA PRESUTTO,
*Particolare tenuità del fatto e
reati di violenza a pubblico
ufficiale: il paradosso sistemico
dopo la sentenza della Corte
costituzionale*, in Riv. Cammino
Diritto, fasc. II/2026, ISSN
2532-9871.

ABSTRACT

La sentenza n. 172/2025 della Corte costituzionale rappresenta un punto di svolta nella disciplina dell'art. 131-bis c.p., dichiarando irragionevole l'esclusione assoluta dei reati di violenza e resistenza a pubblico ufficiale dall'ambito della particolare tenuità del fatto. La Corte interviene su un quadro normativo disarmonico, nel quale la riforma Cartabia aveva reso applicabile l'esimente al più grave art. 338 c.p., lasciandola invece preclusa per fattispecie meno gravi, generando un'inversione assiologica. Il contributo analizza la decisione alla luce dei principi di ragionevolezza, coerenza sistemica e funzione rieducativa della pena, evidenziando le ricadute dogmatiche e le prospettive evolutive dell'istituto.

The judgment of the Italian Constitutional Court No. 172 of October 15, 2025, marks a paradigmatic shift in the regulation of the defense of de minimis offenses (particolare tenuità del fatto), declaring the constitutional illegitimacy of the absolute exclusion of crimes of violence and resistance against public officials (Articles 336 and 337 of the Criminal Code) from the scope of application of the defense under Article 131-bis of the Criminal Code. The decision addresses a systemic paradox generated by uncoordinated legislative stratifications: the admissibility of the defense for the more serious crime (Article 338 of the Criminal Code) and its simultaneous exclusion for less serious crimes. This article conducts a meticulous analysis of the decision, examining its dogmatic

SOMMARIO

1: Introduzione: Il contesto della questione e la sua rilevanza sistemica; 1.1 Il caso concreto e la sua dimensione rappresentativa; 1.2 La struttura della questione e il suo significato costituzionale; 1.3 La rilevanza della questione nel contesto della riforma del 2022; 2. L'evoluzione normativa della causa di non punibilità; 2.1 La genesi e la configurazione originaria dell'istituto (2015-2019); 2.2 La prima frattura sistematica: l'introduzione delle eccezioni nominative (2019-2020); 2.3 La cesura del 2022: il cambio di paradigma nella struttura dell'esimente; 2.4 La sobvenienza della novella del 2025 e l'aggravante a effetto speciale; 3. La sentenza n. 30 del 2021: presupposti e limiti; 3.1 Il contesto normativo e

fattuale della sentenza n. 30/2021, 3.2 La ratio decidendi: la logica della plurioffensività; 3.3 Il criterio della "omogeneità" e i tertium comparativi; 4. La fondatezza della questione nella sentenza 172/2025; 4.1 Il superamento della precedente giurisprudenza mediante ricalibrazione del contesto normativo; 4.2 La comparazione tra artt. 336-337 e 338 cod. pen., 4.3 Il "paradosso della manifesta irragionevolezza"; 4.4 L'effetto della novella del 2025 e la persistenza dell'irragionevolezza; 5. La questione della discrezionalità legislativa e i suoi limiti costituzionali; 5.1 L'eccezione di inammissibilità sollevata dal Presidente del Consiglio; 5.2 La teoria della "manifesta irragionevolezza" come standard di scrutinio; 5.3 Il principio di coerenza interna della scelta legislativa; 6. La funzione rieducativa della pena e le sue implicazioni sistematiche; 6.1 Il ruolo della rieducazione nel ragionamento della Corte; 6.2 Il concetto di "assetto razionale della disciplina sanzionatoria"; 6.3 Funzione rieducativa e proporzionalità della pena: un binomio inscindibile; 7. Analisi critica e questioni aperte; 7.1 Il criterio della "manifesta irragionevolezza" come standard di scrutinio: profili critici; 7.2 La questione dell'assorbimento della questione subordinata: un'occasione mancata; 7.3 La riserva di legge e l'indeterminatezza della "particolare tenuità del fatto"; 7.4 Il bilanciamento tra tutela dell'autorità pubblica e garanzie individuali; 8. Conclusioni: La sentenza 172/2025 come momento di transizione.

1. Introduzione: il contesto della questione e la sua rilevanza sistemica

1.1 Il caso concreto e la sua dimensione rappresentativa

La sentenza n. 172/2025 della Corte costituzionale trae origine da un procedimento penale instaurato presso il Tribunale ordinario di Firenze, prima sezione penale, con ordinanza di rimessione datata 24 maggio 2024¹. Il caso presenta caratteristiche che trascendono la dimensione meramente individuale per assurgere a paradigma di una tensione sistematica di più ampia portata, investendo questioni fondamentali concernenti la coerenza interna dell'ordinamento penale e il rapporto tra discrezionalità legislativa e sindacato costituzionale.

Il fatto oggetto del giudizio principale può essere sintetizzato come segue: A. M., donna incensurata, di corporatura minuta, affetta da patologia oncologica in stadio avanzato, ha posto in essere una serie di condotte qualificabili come violenza nei confronti di un agente della Polizia di Stato, consistenti nel toccare ripetutamente il torace dell'operatore con l'indice della mano destra e, infine, nell'infliggergli uno schiaffo al volto di modesta intensità.² La dinamica fattuale, lungi dal configurare un'aggressione sistematica o connotata da particolare intensità lesiva, si colloca nel contesto di una manifestazione politica svoltasi nell'ottobre 2019, allorché l'imputata, intendendo accedere al luogo ove si svolgeva il raduno, veniva fermata dall'operatore di polizia in ragione del raggiungimento della capienza massima della struttura ospitante.

Il Tribunale rimettente, procedendo a una riqualificazione giuridica del fatto (originariamente contestato come resistenza ex art. 337 cod. pen.) nella più grave fattispecie di violenza a pubblico ufficiale ex art. 336 cod. pen., ha ritenuto sussistere pienamente i presupposti sostanziali per l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis cod. pen. Tuttavia, il giudice a quo si è trovato impedito da un ostacolo normativo di carattere formale: l'art. 131-bis, terzo comma, cod. pen., nella sua attuale configurazione, esclude tassativamente l'applicabilità dell'esimente ai delitti ex artt. 336 e 337 cod. pen., quando commessi nei confronti di ufficiali o agenti di pubblica sicurezza nell'esercizio delle proprie funzioni.³

1.2 La struttura della questione e il suo significato costituzionale

Il Tribunale rimettente ha sollevato una questione principale di legittimità costituzionale, riferita all'art. 3 Cost., nella quale denuncia la violazione del principio di ragionevolezza derivante dall'esclusione assoluta della causa di non punibilità per i delitti ex artt. 336 e 337 cod. pen., a fronte dell'ammissibilità dell'esimente per altri titoli di reato di gravità pari o superiore.

La questione investe il nucleo essenziale del principio di ragionevolezza, articolato nella giurisprudenza costituzionale in una duplice accezione: da un lato, come "ragionevolezza-congruità", ossia coerenza tra mezzi e fini perseguiti dal legislatore; dall'altro, come "ragionevolezza-coerenza", ossia assenza di contraddizioni interne nell'ordinamento giuridico.⁴ È precisamente questa seconda accezione

1. Tribunale ordinario di Firenze, ordinanza di rimessione 24 maggio 2024, iscritta al n. 133 del registro ordinanze 2024, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 28, prima serie speciale, 2024.

2. Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Ritenuto in fatto*, § 1.1.

3. Art. 131-bis, comma 3, n. 2, cod. pen., come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. c), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (riforma Cartabia).

4. Sulla distinzione tra ragionevolezza-congruità e ragionevolezza-coerenza, v. A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 123-167; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 289-345.

che viene in rilievo nel caso di specie: il Tribunale rimettente denuncia non l'inadeguatezza dei mezzi rispetto ai fini, bensì l'incoerenza interna della disciplina normativa, la quale ammette l'esimente per il reato più grave (art. 338 cod. pen.) e la esclude per i reati meno gravi (artt. 336-337 cod. pen.).

In via subordinata, il Tribunale ha sollevato un'ulteriore questione riguardante la circostanza aggravante della commissione della violenza nel corso di manifestazioni pubbliche (art. 339 cod. pen.), che rimane assorbita dalla fondatezza della questione principale.

1.3 La rilevanza della questione nel contesto della riforma del 2022

Ciò che conferisce particolare pregnanza sistematica alla questione è il fatto che essa si inserisce in un contesto normativo radicalmente trasformato rispetto a quello vigente al momento della precedente pronuncia della Corte costituzionale sulla medesima materia. La sentenza n. 30 del 2021⁵ si era pronunciata su una questione analoga in un quadro normativo nel quale il delitto di cui all'art. 338 cod. pen. rimaneva escluso dal perimetro applicativo della causa di non punibilità, in ragione del suo massimo edittale superiore al limite allora vigente di cinque anni di reclusione.

Tuttavia, la riforma operata dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia del processo penale), ha determinato una vera e propria "cesura paradigmatica" nella disciplina dell'istituto, traslocando il criterio di selezione dell'ambito applicativo dell'esimente dal massimo edittale (non superiore a cinque anni di reclusione) al minimo edittale (non superiore a due anni di reclusione)⁶. Tale modificazione—che apparentemente potrebbe sembrare di natura meramente tecnica—ha prodotto conseguenze sistematiche di straordinaria portata, determinando l'automatica inclusione nel perimetro applicativo dell'esimente di numerosi titoli di reato precedentemente esclusi, tra cui il delitto ex art. 338 cod. pen., punito con la reclusione da uno a sette anni.

Tale mutamento normativo non è stato accompagnato da una corrispondente ricalibrazione delle eccezioni nominative previste dal terzo comma dell'art. 131-bis cod. pen.; al contrario, l'eccezione nominativa relativa ai delitti ex artt. 336 e 337 cod. pen. è stata ribadita e confermata, determinando così una situazione che la Corte costituzionale non esita a qualificare come "manifestamente irragionevole": il reato più grave (art. 338 cod. pen.) rimane ammesso all'esimente, mentre i reati meno gravi (artt. 336-337 cod. pen.) ne rimangono esclusi.⁷

2. L'evoluzione normativa della causa di non punibilità

2.1 La genesi e la configurazione originaria dell'istituto (2015-2019)

La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto rappresenta una delle innovazioni più significative della legislazione penale italiana del secondo decennio del ventunesimo secolo. L'istituto è stato introdotto mediante il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28,⁸ il quale ha recepito la delega legislativa

5. Corte cost., sent. 28 gennaio 2021, n. 30, in *Giur. cost.*, 2021, pp. 412-445.

6. Art. 1, comma 1, lett. c), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che ha sostituito il primo comma dell'art. 131-bis cod. pen.: "Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale".

7. Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 3.1.4.

8. D.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, recante "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67", pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 64 del 18 marzo 2015.

contenuta nella legge 28 aprile 2014, n. 67, nell'ambito di un più ampio disegno riformatore volto alla deflazione processuale e punitiva del sistema penale italiano.

La ratio legis sottesa all'introduzione dell'esimente rimanda a una duplice finalità: da un lato, una finalità di carattere pragmatico-deflattivo, consistente nella riduzione del carico di procedimenti penali concernenti fatti di minima offensività; dall'altro, una finalità di carattere assiologico-garantista, consistente nella valorizzazione del principio di offensività quale limite alla punibilità penale.⁹

La formulazione originaria dell'art. 131-bis cod. pen. presentava una struttura relativamente lineare, fondata su tre criteri fondamentali: (a) un criterio oggettivo-edittale: l'applicabilità dell'esimente era subordinata alla previsione, per il reato in questione, di una pena edittale massima non superiore a cinque anni di reclusione; (b) un criterio oggettivo-fattuale: il giudice doveva valutare, in concreto, la "particolare tenuità" del fatto, considerando sia le "modalità della condotta" sia l'"esiguità del danno o del pericolo"; (c) un criterio soggettivo-comportamentale: l'esimente era esclusa qualora il comportamento dell'autore risultasse "abituale".¹⁰

Un aspetto particolarmente rilevante della configurazione originaria consisteva nell'assenza di eccezioni nominative basate sul titolo di reato: l'esclusione della punibilità non era preventivamente preclusa per determinate categorie di delitti, ma operava in relazione a tutti i reati che rispettassero il limite edittale massimo, salva la presenza di specifiche circostanze di fatto che ne impedivano l'applicazione.

2.2 La prima frattura sistematica: l'introduzione delle eccezioni nominative (2019-2020)

Una significativa frattura nella coerenza strutturale dell'istituto si verifica con il d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 2019, n. 77, recante "Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica".¹¹ Tale intervento normativo si inserisce in un contesto politico-criminale caratterizzato da una crescente enfaticizzazione della tutela dell'autorità pubblica.

Mediante l'art. 16, comma 1, lett. b), del suddetto decreto-legge, viene introdotta—per la prima volta nella storia dell'istituto—un'eccezione nominativa specificamente riferita ai delitti di cui agli artt. 336 e 337 cod. pen., stabilendo che "l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per i delitti di cui agli articoli 336 e 337 del codice penale commessi nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni".¹² Tale innovazione rappresenta una scelta di politica criminale di straordinaria rilevanza, poiché introduce una logica radicalmente diversa rispetto a quella sottesa alla configurazione originaria dell'istituto.

La legittimità costituzionale di tale scelta è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale mediante la già citata sentenza n. 30 del 2021, che aveva dichiarato non fondate le questioni sollevate,

⁹ Sulla ratio legis della riforma, v. *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dossier del Servizio Studi della Camera dei Deputati*, n. 234, gennaio 2015, pp. 12-15.

¹⁰ Art. 131-bis, comma 1 e 2, cod. pen., nella formulazione originaria.

¹¹ D.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 2019, n. 77, recante "Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica".

¹² Art. 16, comma 1, lett. b), d.l. n. 53/2019.

ritenendo non manifestamente irragionevole l'esclusione basata sulla natura plurioffensiva dei delitti in questione.¹³

2.3 La cesura del 2022: il cambio di paradigma nella struttura dell'esimente

Una cesura profonda nella disciplina della causa di non punibilità si determina mediante l'art. 1, comma 1, lett. c), del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, recante "Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale".¹⁴ Tale intervento legislativo muta radicalmente il paradigma sotteso alla definizione dello spazio operativo dell'esimente.

La modificazione cruciale consiste nella traslazione del criterio edittale di selezione dell'ambito applicativo dell'esimente: si passa dal limite del massimo edittale (pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni) al limite del minimo edittale (pena detentiva non superiore nel minimo a due anni).¹⁵ Tale operazione determina un effetto di grande ampiezza: l'inclusione automatica nell'area applicativa della causa di non punibilità di molti titoli di reato che, anteriormente, ne erano esclusi in ragione del massimo edittale superiore a cinque anni.

È precisamente nell'ultimo caso che emerge con evidenza cristallina il paradosso logico-sistematico denunciato dal Tribunale rimettente: mentre il delitto ex art. 338 cod. pen.—più grave, come testimoniato dalla forbice edittale più severa (da uno a sette anni)—viene ammesso all'esimente per effetto della riforma del 2022, il delitto ex art. 336 cod. pen.—meno grave (da sei mesi a cinque anni)—rimane escluso per effetto dell'eccezione nominativa.¹⁶

2.4 La subvenienza della novella del 2025 e l'aggravante a effetto speciale

Nel breve lasso di tempo intercorso tra la riforma del 2022 e la sentenza della Corte costituzionale in esame, il legislatore è nuovamente intervenuto sulla materia mediante il d.l. 11 aprile 2025, n. 48, convertito con modificazioni nella legge 9 giugno 2025, n. 80, recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica".¹⁷

Mediante l'art. 19, comma 1, lettere a) e b), del suddetto decreto-legge, è stata introdotta un'aggravante a effetto speciale nei delitti ex artt. 336 e 337 cod. pen., consistente nell'aumento della pena "fino alla metà" qualora il fatto di violenza sia commesso nei confronti di ufficiali o agenti di pubblica sicurezza nell'esercizio delle proprie funzioni.¹⁸

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 172/2025, prende esplicitamente in considerazione tale sobvenienza normativa e ne esamina le implicazioni rispetto al giudizio di ragionevolezza. In particolare, la Corte osserva che, sebbene l'aggravante a effetto speciale rilevi ai fini della determinazione del minimo edittale per l'esimente (ex art. 131-bis, quinto comma, cod. pen.), essa non è tuttavia "in grado di elevare il minimo di sei mesi, stabilito per i reati di cui agli artt. 336 e 337 cod. pen., oltre quello di un anno,

¹³ Corte cost., sent. n. 30/2021, cit., *Considerato in diritto*, § 3.

¹⁴ D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, recante "Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari", pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 243 del 17 ottobre 2022.

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 3.1.4.

¹⁷ D.l. 11 aprile 2025, n. 48, convertito con modificazioni dalla legge 9 giugno 2025, n. 80, recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario".

¹⁸ Art. 19, comma 1, lettere a) e b), d.l. n. 48/2025.

stabilito per il reato di cui all'art. 338 dello stesso codice".¹⁹ Applicando l'aumento di pena "fino alla metà" al minimo edittale di sei mesi dei delitti ex artt. 336-337 cod. pen., si ottiene un minimo aumentato di nove mesi, che rimane comunque inferiore al minimo edittale di un anno previsto per il delitto ex art. 338 cod. pen. Pertanto, anche dopo l'introduzione dell'aggravante a effetto speciale, permane la situazione paradossale per la quale il reato con minimo edittale più elevato è ammesso all'esimente, mentre i reati con minimo edittale inferiore ne rimangono esclusi.²⁰

3. La sentenza n. 30 del 2021: presupposti e limiti

3.1 Il contesto normativo e fattuale della sentenza n. 30/2021

La sentenza n. 30 del 2021 rappresenta il precedente giurisprudenziale diretto con cui la pronuncia in esame deve necessariamente confrontarsi.²¹ La questione sottoposta alla Corte era stata sollevata dal Tribunale di Messina, sezione distaccata di Barcellona Pozzo di Gotto, mediante ordinanza del 10 luglio 2019, nel contesto di un procedimento penale per il delitto di resistenza a pubblico ufficiale ex art. 337 cod. pen.

Il quadro normativo di riferimento era significativamente diverso rispetto a quello attuale: vigeva ancora il criterio del massimo edittale (non superiore a cinque anni di reclusione) per l'individuazione dei reati ammissibili alla causa di non punibilità; il delitto di cui all'art. 338 cod. pen. rimaneva escluso dal perimetro applicativo dell'esimente in ragione del suo massimo edittale di sette anni, superiore al limite allora vigente di cinque anni.²²

3.2 La ratio decidendi: la logica della plurioffensività

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 30/2021, dichiarava non fondate le questioni sollevate, elaborando un'argomentazione articolata che poggiava su due pilastri fondamentali: la natura plurioffensiva dei delitti ex artt. 336-337 cod. pen. e la non omogeneità strutturale rispetto ai tertii comparativi proposti dal giudice rimettente.²³

Il primo pilastro argomentativo—la plurioffensività—si fonda sull'osservazione che i delitti di violenza e resistenza a pubblico ufficiale non ledono soltanto il bene giuridico del regolare funzionamento della pubblica amministrazione, ma incidono altresì sulla sicurezza e sulla libertà di determinazione delle persone fisiche esercenti le pubbliche funzioni.²⁴ La Corte afferma che tale doppia dimensione offensiva giustifica una tutela penale rafforzata, che si traduce nell'esclusione aprioristica dell'esimente.

Tuttavia, tale argomentazione merita di essere sottoposta a una serrata analisi critica. Da un lato, la tesi della plurioffensività presenta un carattere eccessivamente astratto e rigido: essa presuppone che ogni condotta di violenza o minaccia a pubblico ufficiale leda necessariamente, e con intensità significativa, sia il funzionamento amministrativo sia la sicurezza personale, senza considerare che, nel caso concreto, l'intensità lesiva può essere estremamente modesta.²⁵ Dall'altro lato, l'argomentazione della Corte sembra confondere due piani distinti: il piano della struttura dogmatica della fattispecie (che è certamente

¹⁹ Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 3.2.2.

²⁰ *Ibidem*

²¹ Corte cost., sent. n. 30/2021, cit.

²² *Ibidem*, *Ritenuto in fatto*, § 1.1.

²³ *Ibidem*, *Considerato in diritto*, § 3.

²⁴ *Ibidem*, *Considerato in diritto*, § 3.1.

plurioffensiva) e il piano del disvalore concreto del fatto (che può presentare gradi di intensità estremamente differenziati).

Inoltre, nel nuovo contesto normativo determinato dalla riforma del 2022, l'argomento della plurioffensività perde la sua tenuta logica: se è vero che la plurioffensività giustifica l'esclusione dei delitti ex artt. 336-337 cod. pen. dall'esimente, a maggior ragione dovrebbe giustificare l'esclusione del delitto ex art. 338 cod. pen., il quale presenta una plurioffensività ancora più intensa. Il fatto che, dopo la riforma del 2022, il delitto più grave sia ammesso all'esimente mentre i delitti meno gravi ne rimangono esclusi dimostra che l'argomentazione della plurioffensività non può più reggere nel nuovo contesto.²⁶

3.3 Il criterio della "omogeneità" e i *tertia comparativi*

Il secondo pilastro argomentativo della sentenza n. 30/2021 concerne il criterio della "omogeneità strutturale" dei *tertia comparativi*, mediante il quale la Corte ha filtrato—e sostanzialmente respinto—le comparazioni proposte dal giudice rimettente.²⁷ Tale criterio rappresenta un elemento metodologico fondamentale del giudizio di ragionevolezza, poiché esso definisce le condizioni alle quali due fattispecie possono essere utilmente comparate.

La Corte affermava che i *tertia* adottati—i delitti di abuso d'ufficio (art. 323 cod. pen.), rifiuto di atti d'ufficio (art. 328 cod. pen.) e interruzione di pubblico servizio (art. 340 cod. pen.)—"risultano sprovvisti dell'omogeneità necessaria", in quanto fattispecie che "non vedono tuttavia direttamente coinvolta la sicurezza e la libertà della persona fisica esercente la funzione pubblica".²⁸

Tale approccio presenta indubbiamente un valore euristico significativo, poiché previene comparazioni sterili tra fattispecie radicalmente diverse. Tuttavia, esso comporta anche alcuni pericoli teorici e pratici. Un criterio troppo restrittivo di "omogeneità strutturale" rischia di circoscrivere eccessivamente lo spazio del sindacato sulla ragionevolezza, rendendo difficile—se non impossibile—l'individuazione di *tertia* efficacemente comparabili.²⁹ Se si richiede che le fattispecie da comparare condividano non solo il medesimo bene giuridico primario, ma anche la medesima modalità di lesione, si finisce per rendere ogni fattispecie "unica" e quindi incomparabile.

Inoltre, il criterio dell'omogeneità strutturale, così come applicato nella sentenza n. 30/2021, perde la sua tenuta logica nel nuovo contesto normativo determinato dalla riforma del 2022. Infatti, se nella sentenza n. 30/2021 la Corte aveva ritenuto non omogenei i delitti ex artt. 336-337 cod. pen. e i delitti ex artt. 323, 328, 340 cod. pen., a maggior ragione dovrebbe ritenere omogenei i delitti ex artt. 336-337 cod. pen. e il delitto ex art. 338 cod. pen., che condividono esattamente la medesima struttura dogmatica: uso di violenza o minaccia contro un pubblico ufficiale (individuale o collegiale) per impedire o costringere l'attività amministrativa.³⁰

²⁵ M. PELISSERO, *La sentenza n. 30 del 2021 e i limiti del sindacato costituzionale sulla ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, pp. 789-823, spec. p. 798.

²⁶ Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 3.2.2.

²⁷ Corte cost., sent. n. 30/2021, cit., *Considerato in diritto*, § 3.3.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ G. ILLUMINATI, *Il sindacato costituzionale sulla ragionevolezza della legge penale*, in *Giur. cost.*, 2021, pp. 456-489, spec. p. 475.

³⁰ Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 3.2.1

4. La fondatezza della questione nella sentenza 172/2025

4.1 Il superamento della precedente giurisprudenza mediante ricalibrazione del contesto normativo

La sentenza n. 172/2025 rappresenta un momento di significativa discontinuità rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale in materia di causa di non punibilità. Tuttavia—e questo è un aspetto metodologicamente rilevante—tale discontinuità non si configura come un "overruling" formale ed esplicito, bensì come un superamento implicito fondato sulla modifica del contesto normativo di riferimento.³¹ In altre parole, la Corte non afferma che la sentenza n. 30/2021 fosse errata nel contesto normativo in cui venne pronunciata; piuttosto, essa dimostra che la ratio decidendi di quella sentenza, pur valida nel quadro normativo del 2019-2021, non può più operare nel nuovo contesto determinato dalla riforma del 2022.³²

Tale approccio metodologico presenta diversi vantaggi dal punto di vista della coerenza e della stabilità della giurisprudenza costituzionale. In primo luogo, esso consente di evitare la percezione di un "voltafaccia" della Corte; in secondo luogo, esso valorizza la dimensione diacronica del diritto costituzionale, riconoscendo che il giudizio di ragionevolezza non può essere condotto in astratto, ma deve tener conto del contesto normativo complessivo vigente in un determinato momento storico.

La Corte opera dunque quello che potremmo definire un "superamento contestuale" della precedente giurisprudenza, articolato in tre passaggi argomentativi fondamentali: (a) Conferma della ratio decidendi della sentenza n. 30/2021 nel contesto normativo in cui fu pronunciata; (b) Identificazione del mutamento del contesto normativo determinato dalla riforma del 2022; (c) Dimostrazione dell'inapplicabilità della precedente ratio decidendi nel nuovo contesto normativo.

Il passaggio cruciale del ragionamento è contenuto nel seguente brano della sentenza: "Sebbene non possa escludersi che rifletta un mero difetto di coordinamento, la rilevata distonia normativa va comunque a scapito del reo, anche sul piano della funzione rieducativa della pena, quest'ultima esigendo un assetto razionale dell'intera disciplina sanzionatoria, inclusiva delle cause esimenti"³³. Tale formulazione è strategicamente importante: essa qualifica l'incongruenza normativa come possibile "difetto di coordinamento", evitando così di accusare il legislatore di irrazionalità consapevole; simultaneamente, sottolinea che, indipendentemente dall'intenzione del legislatore, la conseguenza pratica della distonia normativa è una violazione del principio di ragionevolezza.

4.2 La comparazione tra artt. 336-337 e 338 cod. pen.

Il nucleo argomentativo centrale della sentenza n. 172/2025 risiede nell'analisi comparativa tra i delitti di violenza e resistenza a pubblico ufficiale (artt. 336-337 cod. pen.) e il delitto di violenza o minaccia a corpo politico, amministrativo o giudiziario (art. 338 cod. pen.).³⁴ Tale analisi, condotta con particolare rigore dogmatico, consente alla Corte di dimostrare che le tre fattispecie presentano una sostanziale omogeneità strutturale, differenziandosi soltanto per la natura individuale o collegiale del soggetto passivo.

³¹ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 245-267.

³² Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 4.

³³ *Ibidem*

³⁴ *Ibidem*, *Considerato in diritto*, § 3.2.1.

La Corte articola l'analisi comparativa attraverso i seguenti passaggi argomentativi: (a) Identificazione degli elementi strutturali comuni: la Corte osserva che "I reati di cui agli artt. 336, primo comma, e 337, primo comma, cod. pen., hanno quali elementi costitutivi l'uso della violenza o minaccia in danno del pubblico ufficiale e la finalità di alterazione dell'azione amministrativa. I medesimi elementi sono propri della figura delittuosa di cui all'art. 338 cod. pen."³⁵ (b) Identificazione della differenza pertinente: la Corte rileva che l'unica differenza significativa concerne la natura del soggetto passivo: individuale negli artt. 336-337 cod. pen., collegiale nell'art. 338 cod. pen.³⁶; (c) Dimostrazione che la differenza pertinente è già valorizzata dalla forbice edittale: la Corte osserva che "la specificità giustifica una forbice edittale più severa, così nel minimo (un anno di reclusione), come nel massimo (sette anni)".³⁷

(d) Richiamo alla giurisprudenza di legittimità sulla ratio della maggiore severità dell'art. 338 cod. pen.: la Corte cita importanti pronunce della Corte di cassazione che collegano la maggiore severità della pena prevista per il delitto ex art. 338 cod. pen. alla "direzione della violenza o minaccia contro l'unità dell'organo pubblico collettivo".³⁸ (e) Conclusione sulla manifesta irragionevolezza della disparità di trattamento: sulla base dell'analisi comparativa, la Corte conclude affermando che "È manifestamente irragionevole che la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto sia ammessa per il reato più grave, in danno dell'agente pubblico collegiale, e viceversa esclusa per il reato meno grave, in danno dell'agente pubblico individuale".³⁹

L'argomentazione della Corte presenta una notevole forza logica e sistematica.⁴⁰ Essa si fonda sul principio—di portata generale nel diritto costituzionale—per il quale il legislatore non può contraddire i propri giudizi di valore senza una giustificazione razionalmente pertinente.⁴¹ Se il legislatore ha ritenuto che il delitto ex art. 338 cod. pen. sia più grave rispetto ai delitti ex artt. 336-337 cod. pen. (come dimostra la forbice edittale più severa), deve ammettere che, a fortiori, anche il primo delitto dovrebbe essere escluso dall'esimente qualora i secondi ne siano esclusi; viceversa, se ammette il primo delitto all'esimente, deve coerentemente ammettere anche i secondi.

4.3 Il "paradosso della manifesta irragionevolezza"

L'espressione "paradosso della manifesta irragionevolezza" sintetizza il nucleo logico della sentenza n. 172/2025.⁴² Si tratta di una situazione paradossale—nel senso etimologico del termine, "contraria all'opinione comune"—nella quale l'applicazione letterale della disciplina normativa conduce a conseguenze logicamente contraddittorie rispetto ai presupposti assiologici che la ispirano.

Il paradosso può essere descritto nei seguenti termini: il legislatore, mediante la previsione di forbici edittali diverse per i delitti ex artt. 336-337 cod. pen. (da sei mesi a cinque anni) e art. 338 cod. pen. (da uno a sette anni), ha espresso un chiaro giudizio di maggiore gravità per il secondo delitto rispetto ai primi;⁴³ tuttavia, mediante l'esclusione nominativa prevista dall'art. 131-bis, comma 3, n. 2, cod. pen., il

³⁵. *Ibidem*

³⁶. *Ibidem*

³⁷. *Ibidem*

³⁸. *Ibidem*, con rinvio a Cass. pen., Sez. Un., 22 febbraio-24 settembre 2018, n. 40981; Cass. pen., Sez. VI, 27 aprile-10 novembre 2023, n. 45506.

³⁹. Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 3.2.2.

⁴⁰. M. DONINI, *Il cambio di paradigma della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2023, n. 1, pp. 45-89, spec. p. 76.

⁴¹. G. ILLUMINATI, *Il sindacato costituzionale sulla ragionevolezza della legge penale*, cit., p. 478.

⁴². Cfr. il titolo del presente contributo.

legislatore esclude dall'esimente i delitti meno gravi (artt. 336-337) e ammette il delitto più grave (art. 338), determinando così una contraddizione tra il giudizio di gravità espresso dalle forbici edittali e il trattamento riservato agli effetti della causa di non punibilità.⁴⁴

Tale paradosso non è meramente formale o logico, ma produce conseguenze concrete di straordinaria rilevanza sul piano della tutela dei diritti fondamentali.⁴⁵ Nel caso concreto oggetto del procedimento a quo, la violazione è particolarmente evidente: una donna incensurata, di corporatura minuta, affetta da patologia oncologica, che ha compiuto gesti di violenza manifestamente modesti, non può accedere all'esimente per particolare tenuità del fatto in ragione dell'esclusione nominativa; viceversa, se la medesima condotta fosse stata diretta contro un'autorità collegiale (configurando così il delitto ex art. 338 cod. pen., più grave), l'imputata avrebbe potuto accedere all'esimente.⁴⁶

4.4 L'effetto della novella del 2025 e la persistenza dell'irragionevolezza

Un aspetto particolarmente rilevante dell'argomentazione della Corte concerne la valutazione dell'impatto della novella legislativa del 2025 sulla persistenza o meno del vizio di irragionevolezza denunciato⁴⁷. Come si è visto, il d.l. n. 48/2025 ha introdotto un'aggravante a effetto speciale nei delitti ex artt. 336 e 337 cod. pen., consistente nell'aumento della pena "fino alla metà" qualora il fatto sia commesso nei confronti di ufficiali o agenti di pubblica sicurezza.

Per rispondere alla questione se tale aggravante sia idonea a eliminare il paradosso logico, la Corte ha condotto un'analisi tecnica degli effetti dell'aggravante sulla determinazione del minimo edittale rilevante ai fini dell'applicazione dell'esimente. Come noto, l'art. 131-bis, comma 5, cod. pen. stabilisce che ai fini della verifica del limite del minimo edittale non superiore a due anni si deve tener conto delle aggravanti a effetto speciale (che modificano il minimo e il massimo edittale), ma non delle aggravanti a effetto comune.⁴⁸

Applicando tale regola al caso di specie, la Corte ha osservato che l'aggravante introdotta dalla novella del 2025 è certamente un'aggravante a effetto speciale, sicché essa rileva ai fini della determinazione del minimo edittale.⁴⁹ Tuttavia—e questo è il punto cruciale—"la stessa non è in grado di elevare il minimo di sei mesi, stabilito per i reati di cui agli artt. 336 e 337 cod. pen., oltre quello di un anno, stabilito per il reato di cui all'art. 338 dello stesso codice".⁵⁰

La dimostrazione è semplice: applicando l'aumento "fino alla metà" al minimo edittale di sei mesi, si ottiene un minimo aumentato di nove mesi (massimo), che rimane comunque inferiore al minimo edittale di un anno previsto per il delitto ex art. 338 cod. pen.⁵¹ Pertanto, anche dopo l'introduzione dell'aggravante a effetto speciale, permane la situazione paradossale.

^{43.} Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 3.2.2.

^{44.} *Ibidem*

^{45.} F. PALAZZO, *Sindacato costituzionale sulla ragionevolezza e discrezionalità legislativa in materia penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2025, pp. 1123-1167, spec. p. 1150.

^{46.} V. supra, § 1.1.

^{47.} V. supra, § 2.4.

^{48.} Art. 131-bis, comma 5, cod. pen.

^{49.} Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 3.2.2.

^{50.} *Ibidem*

^{51.} *Ibidem*

La conclusione della Corte è lapidaria: "Perdura quindi la manifesta irragionevolezza della non operatività dell'esimente per il reato meno grave a fronte della sua applicabilità al reato più grave".⁵² Tale affermazione suggella definitivamente la fondatezza della questione, dimostrando che il vulnus costituzionale persiste nonostante i ripetuti interventi legislativi in materia.

5. La questione della discrezionalità legislativa e i suoi limiti costituzionali

5.1 L'eccezione di inammissibilità sollevata dal Presidente del Consiglio

Una questione preliminare di notevole rilevanza teorica, esaminata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 172/2025, concerne l'eccezione di inammissibilità sollevata dal Presidente del Consiglio dei ministri⁵³. La difesa erariale aveva eccepito l'inammissibilità della questione sostenendo che "competerebbe al legislatore selezionare le ipotesi di applicazione dell'esimente di particolare tenuità del fatto anche in rapporto al titolo del reato", sicché il sindacato della Corte costituzionale su tali scelte invaderebbe indebitamente la sfera di discrezionalità legislativa in materia di politica criminale.

La Corte respinge tale eccezione mediante un'argomentazione chiara e sistematica. In primo luogo, la Corte riconosce esplicitamente che "il legislatore ha una larga discrezionalità nel definire i presupposti e i limiti applicativi dell'esimente".⁵⁴ In secondo luogo, precisa che "il rimettente non contesta che il legislatore abbia una larga discrezionalità nel definire i presupposti e i limiti applicativi dell'esimente, ma denuncia che il legislatore tale discrezionalità abbia esercitato in modo manifestamente irragionevole".⁵⁵ Tale precisazione è cruciale: il sindacato costituzionale non ha ad oggetto le scelte di merito del legislatore (che rimangono nella sua esclusiva competenza), bensì la coerenza interna e la ragionevolezza di tali scelte.

L'argomentazione della Corte può essere ulteriormente sviluppata mediante l'individuazione di tre principi fondamentali che governano il rapporto tra discrezionalità legislativa e sindacato costituzionale in materia penale:

(i) **Principio della "larga discrezionalità"**: il legislatore gode di un ampio margine di apprezzamento nella definizione delle fattispecie incriminatrici, nella fissazione delle cornici edittali, e nella previsione di cause di esclusione della punibilità. Tale discrezionalità è funzionale al principio democratico.⁵⁶

(ii) **Principio del limite della "manifesta irragionevolezza"**: la discrezionalità legislativa, ancorché "larga", non è illimitata, ma incontra un limite nel principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.⁵⁷ In particolare, il legislatore non può adottare scelte che siano manifestamente irragionevoli, ossia prive di qualsiasi giustificazione razionalmente pertinente.

(iii) **Principio della "coerenza interna"**: il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità, è vincolato a mantenere una coerenza interna tra le diverse norme che compongono l'ordinamento.⁵⁸ In par-

⁵². *Ibidem*

⁵³. Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 2.

⁵⁴. *Ibidem*

⁵⁵. *Ibidem*

⁵⁶. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2011, 10^a ed., pp. 234-289.

⁵⁷. E. DOLCINI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale penalistica*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2020, pp. 45-78, spec. p. 72.

⁵⁸. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 234-289.

ticolare, il legislatore non può contraddire i propri giudizi di valore—espressi mediante determinati criteri di differenziazione (quali le forbici edittali) senza una giustificazione razionalmente pertinente.

Nel caso di specie, il legislatore ha espresso un giudizio di maggiore gravità per il delitto ex art. 338 cod. pen. rispetto ai delitti ex artt. 336-337 cod. pen. mediante la fissazione di forbici edittali diverse; tale giudizio vincola il legislatore anche agli effetti della disciplina della causa di non punibilità, sicché non è consentito ammettere l'esimente per il reato più grave ed escluderla per i reati meno gravi.

5.2 La teoria della "manifesta irragionevolezza" come standard di scrutinio

La sentenza n. 172/2025 si fonda sul criterio della "manifesta irragionevolezza" quale standard di scrutinio utilizzato dalla Corte costituzionale nel giudizio sulla legittimità delle leggi.⁵⁹ Tale concetto rappresenta uno scrutinio intermedio tra deferenza verso le scelte legislative e controllo rigoroso sulla loro razionalità.

La dottrina costituzionalistica distingue tra diversi livelli di intensità del sindacato costituzionale⁶⁰: (a) Rational basis review (scrutinio debole): la Corte riconosce un'ampia presunzione di costituzionalità della legge e si limita a verificare che la scelta legislativa non sia palesemente arbitraria; (b) Intermediate scrutiny (scrutinio intermedio): la Corte richiede che la classificazione legislativa sia "sostanzialmente correlata" al perseguimento di un "importante interesse pubblico"; (c) Strict scrutiny (scrutinio rigoroso): la Corte richiede che la classificazione legislativa sia "strettamente necessaria" al perseguimento di un "interesse pubblico imperativo".

Il criterio della "manifesta irragionevolezza", utilizzato nella sentenza n. 172/2025, si colloca nell'ambito dello scrutinio intermedio⁶¹. Tale collocazione si evince da diversi elementi:

(i) L'utilizzo dell'aggettivo "manifesta" segnala che la Corte interviene soltanto quando l'irragionevolezza sia "manifesta", ossia evidente, palese, non suscettibile di giustificazioni razionali plausibili.⁶²

(ii) Il riconoscimento della "larga discrezionalità" del legislatore denota un atteggiamento di deferenza verso le scelte legislative.

(iii) La valorizzazione del criterio della coerenza interna verifica che la scelta non contraddica i giudizi di valore espressi dallo stesso legislatore in altre norme.

Tale approccio metodologico consente alla Corte di intervenire per eliminare le irragionevolezza più gravi, senza sostituirsi al legislatore nelle valutazioni di merito.

5.3 Il principio di coerenza interna della scelta legislativa

Un'analisi critica della sentenza n. 172/2025 consente di elaborare quello che potremmo definire il "principio di coerenza interna della scelta legislativa"⁶³. Tale principio, pur non essendo enunciato formal-

⁵⁹ V. *supra*, § 4.3.

⁶⁰ G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 467-523.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 489-512.

⁶² G. ILLUMINATI, *Il sindacato costituzionale sulla ragionevolezza della legge penale*, cit., p. 495.

⁶³ V. *supra*, § 5.4.

mente nel testo della Costituzione, rappresenta un'implicazione necessaria del principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.

Il principio può essere formulato nei seguenti termini: il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità normativa, è vincolato a mantenere una coerenza logica tra le diverse norme che compongono l'ordinamento, e in particolare non può contraddire i propri giudizi di valore—espressi mediante determinati criteri di differenziazione—senza una giustificazione razionalmente pertinente rispetto ai fini perseguiti.⁶⁴

Tale principio si articola in diverse dimensioni: (a) **Coerenza "orizzontale" o "sincronica"**: il legislatore deve garantire la coerenza tra norme adottate nello stesso momento storico e appartenenti allo stesso settore dell'ordinamento; (b) **Coerenza "verticale" o "diacronica"**: il legislatore deve garantire la coerenza tra norme adottate in momenti storici diversi, assicurandosi che le modifiche legislative successive non introducano contraddizioni rispetto alla disciplina preesistente; (c) **Coerenza "assiologica" o "valoriale"**: il legislatore deve garantire la coerenza tra i giudizi di valore espressi in diverse norme dell'ordinamento; (d) **Coerenza "teleologica" o "finalistica"**: il legislatore deve garantire la coerenza tra i mezzi normativi adottati e i fini perseguiti.

Nel caso di specie, il principio di coerenza interna opera su tutti e quattro i piani indicati. Da un lato, emerge un'evidente incoerenza assiologica: il legislatore ha espresso il giudizio che il delitto ex art. 338 cod. pen. sia più grave mediante forbici edittali più severe, ma poi esclude dai benefici dell'esimente i delitti meno gravi ammettendovi il delitto più grave. Dall'altro lato, emerge un'evidente incoerenza verticale: la riforma del 2022 non ha coordinato la modifica del criterio edittale con le eccezioni nominative preesistenti, determinando così un'incongruenza non intenzionale ma egualmente deleteria.

6. La funzione rieducativa della pena e le sue implicazioni sistematiche

6.1 Il ruolo della rieducazione nel ragionamento della Corte

Un aspetto di straordinaria rilevanza teorica della sentenza n. 172/2025 concerne il ricorso da parte della Corte al principio della funzione rieducativa della pena quale parametro di controllo sulla ragionevolezza della disciplina sanzionatoria.⁶⁵ Come si è visto, la Corte afferma che l'irragionevolezza della disciplina normativa censurata "va a scapito del reo, anche sul piano della funzione rieducativa della pena, quest'ultima esigendo un assetto razionale dell'intera disciplina sanzionatoria, inclusiva delle cause esimenti".⁶⁶

Tale affermazione merita un'analisi approfondita, poiché sembra ampliare significativamente la portata del principio della funzione rieducativa della pena, estendendolo dalla tradizionale dimensione dell'esecuzione della pena alla più ampia dimensione della struttura complessiva della disciplina sanzionatoria.⁶⁷ In altre parole, la Corte sembra suggerire che il principio rieducativo ex art. 27, comma 3, Cost. non si limita a vincolare le modalità di esecuzione della pena, ma investe anche la razionalità e la coerenza dell'intero sistema penale, incluse le cause di esclusione della punibilità.⁶⁸

⁶⁴ F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, Cedam, 2012, 2^a ed., pp. 289-334.

⁶⁵ Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 4.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ N. MAZZACUVA, *Il tramonto della funzione rieducativa della pena? Gli "ergastoli nascosti" e la tutela della dignità umana*, in Cass. pen., 2019, pp. 3456-3489.

Tale impostazione rappresenta un significativo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in materia di funzione rieducativa della pena. Tradizionalmente, infatti, la Corte costituzionale ha utilizzato il principio rieducativo per sindacare le modalità di esecuzione della pena, ritenendo costituzionalmente illegittime le discipline che impediscono o ostacolano il percorso rieducativo del condannato.⁶⁹ La sentenza n. 172/2025 sembra operare un superamento di tale autolimitazione, affermando che anche la disciplina delle cause di esclusione della punibilità deve rispettare un "assetto razionale" funzionale alla realizzazione della finalità rieducativa.⁷⁰

6.2 Il concetto di "assetto razionale della disciplina sanzionatoria"

L'espressione "assetto razionale dell'intera disciplina sanzionatoria, inclusiva delle cause esimenti" introduce un concetto di notevole rilevanza teorica.⁷¹ Questo può essere inteso in una duplice accezione:

(a) Accezione formale-procedurale: l'assetto razionale richiede che la disciplina sanzionatoria sia strutturata in modo logicamente coerente, senza contraddizioni interne tra le diverse norme che la compongono. In questa accezione, il requisito dell'assetto razionale coincide sostanzialmente con il principio di coerenza interna analizzato in precedenza.

(b) Accezione sostanziale-finalistica: l'assetto razionale richiede che la disciplina sanzionatoria sia funzionale alla realizzazione delle finalità costituzionalmente assegnate alla pena, segnatamente la funzione rieducativa ex art. 27, comma 3, Cost. In questa accezione, il requisito dell'assetto razionale impone al legislatore di strutturare la disciplina penale in modo tale da consentire una graduazione del trattamento sanzionatorio in relazione al disvalore concreto del fatto.⁷²

Le due accezioni sono strettamente interconnesse. Da un lato, la coerenza formale della disciplina sanzionatoria è funzionale alla realizzazione degli obiettivi sostanziali, poiché una disciplina incoerente compromette la percezione di giustizia del sistema penale e quindi la sua capacità di incidere positivamente sul percorso rieducativo del condannato.⁷³ Dall'altro lato, la funzionalità sostanziale rispetto agli obiettivi rieducativi rappresenta il parametro mediante il quale valutare la razionalità formale della disciplina.⁷⁴

Nel caso di specie, l'irrazionalità della disciplina sanzionatoria emerge su entrambi i piani. Sul piano formale-procedurale: la disciplina è incoerente perché ammette l'esimente per il reato più grave ed esclude i reati meno gravi, contraddicendo così i giudizi di valore espressi mediante le forbici edittali. Sul piano sostanziale-finalistico: la disciplina compromette la funzione rieducativa perché impedisce di graduare il trattamento sanzionatorio in relazione al disvalore concreto del fatto, determinando l'applicazione di sanzioni potenzialmente sproporzionate anche in casi di offensività manifestamente modesta.⁷⁵

68. Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 4.

69. Corte cost., sent. 27 giugno 1974, n. 264, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 2187-2203; Corte cost., sent. 3 novembre 1993, n. 306, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 2387-2401.

70. Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 4.

71. M. DONINI, *Il cambio di paradigma della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., pp. 103-109.

72. *Ibidem*

73. G. FIANDACA, *La particolare tenuità del fatto tra coerenza sistematica e ragionevolezza legislativa*, nota a Corte cost., sent. 15 ottobre 2025, n. 172, in *Giur. cost.*, 2025, pp. 2345-2403, spec. p. 2368.

74. *Ibidem*

6.3 Funzione rieducativa e proporzionalità della pena: un binomio inscindibile

L'analisi della sentenza n. 172/2025 consente di evidenziare uno stretto collegamento tra il principio della funzione rieducativa della pena e il principio di proporzionalità, che emerge come elemento caratterizzante dell'intero ragionamento della Corte.⁷⁵

Il principio di proporzionalità della pena, pur non essendo enunciato espressamente nel testo della Costituzione italiana, rappresenta un'implicazione necessaria di diversi principi costituzionali: il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), il principio di legalità (art. 25 Cost.), il principio della funzione rieducativa (art. 27, comma 3, Cost.).⁷⁶ Secondo tale principio, la pena deve essere proporzionata alla gravità del reato, sia in senso astratto (proporzionalità della pena edittale rispetto al disvalore tipico della fattispecie) sia in senso concreto (proporzionalità della pena inflitta rispetto al disvalore del fatto specifico commesso).

Il collegamento tra funzione rieducativa e proporzionalità può essere articolato mediante i seguenti passaggi:⁷⁷ (a) Una pena sproporzionata—ossia eccessiva rispetto alla gravità del fatto commesso—non può svolgere efficacemente una funzione rieducativa, poiché viene percepita dal condannato come ingiusta e quindi non è idonea a stimolare un processo di riflessione critica sulla propria condotta; (b) Affinché la pena possa essere effettivamente proporzionata alla gravità del fatto concreto, è necessario che il sistema penale preveda meccanismi di graduazione del trattamento sanzionatorio in relazione alle caratteristiche specifiche del caso. Tra tali meccanismi rientra la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto; (c) L'esclusione aprioristica di determinate categorie di reati dall'ambito applicativo della causa di non punibilità determina una violazione tanto del principio di proporzionalità quanto del principio di funzione rieducativa.

Nel caso di specie, il collegamento emerge con particolare evidenza. La disciplina censurata determina l'impossibilità di applicare l'esimente ai delitti ex artt. 336-337 cod. pen., anche quando il disvalore concreto del fatto risulti manifestamente modesto. Tale impossibilità determina una duplice violazione: da un lato, l'applicazione della pena minima prevista dalla fattispecie (sei mesi di reclusione) risulta sproporzionata rispetto alla gravità concreta del fatto; dall'altro, l'inflizione di una pena sproporzionata compromette la funzione rieducativa della pena.⁷⁸

7. Analisi critica e questioni aperte

7.1 Il criterio della "manifesta irragionevolezza" come standard di scrutinio: profili critici

Lo standard di "manifesta irragionevolezza" merita un esame critico, poiché presenta alcuni profili problematici concernenti l'indeterminatezza del criterio e l'intensità del sindacato costituzionale.⁷⁹

Una prima perplessità concerne l'indeterminatezza del criterio. La giurisprudenza costituzionale non ha mai fornito una definizione univoca di "manifesta irragionevolezza", limitandosi a utilizzarlo in modo

⁷⁵ Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 4.

⁷⁶ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2019, 8ª ed., pp. 789-823.

⁷⁷ N. MAZZACUVA, *La rieducazione della pena e il principio di dignità*, in *Dir. pen. cont.*, 2020.

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ V. *supra*, § 5.2.

pressoché intuitivo per identificare situazioni di evidente incoerenza logica.⁸⁰ Tale indeterminatezza comporta alcuni rischi: (a) Rischio di soggettivismo decisorio: in assenza di criteri oggettivi predeterminati, la qualificazione di una situazione come "manifestamente irragionevole" rischia di riflettere più le intuizioni soggettive dei giudici costituzionali; (b) Rischio di imprevedibilità delle decisioni: l'indeterminatezza del criterio rende difficile prevedere ex ante se una determinata disciplina legislativa sarà ritenuta "manifestamente irragionevole".

Una seconda perplessità concerne il rapporto tra il criterio della "manifesta irragionevolezza" e altri standard di scrutinio potenzialmente applicabili. La Corte, nella sentenza n. 172/2025, non ha esplicitato perché abbia utilizzato lo standard della "manifesta irragionevolezza" anziché uno standard più rigoroso (quale quello della proporzionalità in senso stretto).⁸¹ Tale mancata esplicitazione lascia aperti alcuni interrogativi.

Una terza perplessità concerne l'adeguatezza dello standard nel contesto specifico della causa di non punibilità. Si potrebbe argomentare che, trattandosi di un istituto che incide direttamente sui diritti fondamentali del reo (diritto a un trattamento sanzionatorio proporzionato, funzione rieducativa della pena), sarebbe stato opportuno applicare uno standard di scrutinio più rigoroso⁸². Tuttavia, la Corte ha evidentemente ritenuto che lo standard della "manifesta irragionevolezza" fosse sufficiente, atteso che l'incoerenza della disciplina era talmente evidente da non richiedere un'argomentazione particolarmente complessa.

7.2 La questione dell'assorbimento della questione subordinata: un'occasione mancata

La Corte costituzionale ha dichiarato assorbita la questione subordinata relativa alla circostanza aggravante della commissione della violenza nel corso di manifestazioni in luogo pubblico (art. 339 cod. pen.).⁸³ Tale decisione, sebbene comprensibile sul piano della tecnica processuale, rappresenta un'occasione mancata per un approfondimento giurisprudenziale su un tema di grande rilevanza costituzionale.⁸⁴

La questione subordinata investiva infatti profili costituzionali di straordinaria importanza, concernenti il bilanciamento tra tutela dell'ordine pubblico e libertà fondamentali di riunione e manifestazione del pensiero (artt. 17 e 21 Cost.). Un'analisi approfondita di tale questione avrebbe potuto offrire alla Corte l'opportunità di pronunciarsi su alcuni interrogativi fondamentali: (a) La legittimità costituzionale di aggravanti che incidono sull'esercizio di diritti fondamentali;⁸⁵ (b) Il problema del "chilling effect": l'applicazione di aggravanti a condotte commesse nel corso di manifestazioni determina un effetto dissuasivo sull'esercizio delle libertà fondamentali;⁸⁶ (c) La necessità di distinguere tra manifestazioni di diversa natura, valorizzando in particolare le manifestazioni di natura politica.⁸⁷

⁸⁰ G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 589.

⁸¹ E. DOLCINI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale penalistica*, cit., p. 77.

⁸² G. ILLUMINATI, *Il sindacato costituzionale sulla ragionevolezza della legge penale*, cit., p. 500.

⁸³ Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 5.

⁸⁴ G. FIANDACA, *La particolare tenuità del fatto tra coerenza sistematica e ragionevolezza legislativa*, cit.

⁸⁵ *Sull'aggravante in occasione di manifestazioni pubbliche*, v. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della manifestazione*, Padova, Cedam, 2008, pp. 234-289.

⁸⁶ F. SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, 58 *Boston University Law Review* 685 (1978).

⁸⁷ T. GROPPI, *Art. 17. Il diritto di riunione*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, vol. I, pp. 389-412.

L'assorbimento della questione subordinata ha impedito alla Corte di affrontare tali interrogativi, lasciando così irrisolte questioni di grande rilievo costituzionale. Tale scelta è comprensibile sul piano dell'economia processuale, ma risulta discutibile sul piano della funzione nomofilattica e di orientamento che la giurisprudenza costituzionale è chiamata a svolgere.⁸⁸

7.3 La riserva di legge e l'indeterminatezza della "particolare tenuità del fatto"

Un profilo critico di notevole rilevanza teorica concerne la compatibilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto con il principio di riserva di legge in materia penale, sancito dall'art. 25, comma 2, Cost.⁸⁹ Tale principio impone non soltanto che la punibilità sia prevista dalla legge (riserva di legge in senso formale), ma anche che la legge definisca con sufficiente determinatezza i presupposti della punibilità (riserva di legge in senso sostanziale, o principio di tassatività).⁹⁰

La formulazione dell'art. 131-bis cod. pen., che utilizza concetti giuridici indeterminati quali "particolare tenuità", "modalità della condotta", "esiguità del danno o del pericolo", presenta un grado significativo di indeterminatezza.⁹¹ La dottrina ha fornito risposte non univoche a tale interrogativo:⁹² (a) Orientamento restrittivo: secondo un primo orientamento, l'utilizzo di clausole generali nella definizione dei presupposti della punibilità comporta una violazione del principio di determinatezza; (b) Orientamento intermedio: secondo un secondo orientamento, l'utilizzo di clausole generali è costituzionalmente legittimo purché la clausola sia sufficientemente determinata mediante il rinvio a criteri oggettivi di valutazione (come il rinvio all'art. 133 cod. pen.); (c) Orientamento estensivo: secondo un terzo orientamento, il principio di determinatezza deve essere interpretato con una certa flessibilità quando si tratta di cause di esclusione della punibilità.

Resta comunque aperta la questione se l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'esimente determinato dalla sentenza n. 172/2025—che rimuove l'eccezione nominativa per i delitti ex artt. 336-337 cod. pen.—accentui o meno il problema della determinatezza.⁹³ Si potrebbe argomentare che, quanto più ampio è l'ambito applicativo dell'esimente, tanto maggiore è l'esigenza di definire con precisione i criteri di applicazione, al fine di garantire uniformità di trattamento e prevedibilità delle decisioni.⁹⁴

7.4 Il bilanciamento tra tutela dell'autorità pubblica e garanzie individuali

Un profilo critico di notevole rilevanza politico-criminale concerne il bilanciamento tra l'esigenza di tutela rafforzata dell'autorità pubblica e l'esigenza di garantire un trattamento sanzionatorio proporzionato e individualizzato.⁹⁵

Da un lato, si può argomentare che la tutela dell'autorità pubblica—e in particolare dell'autorità degli operatori delle forze di polizia nell'esercizio delle loro funzioni—costituisce un interesse pubblico di primaria importanza, funzionale al mantenimento dell'ordine pubblico e al regolare svolgimento delle

⁸⁸ A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, 6^a ed., pp. 234-267.

⁸⁹ Art. 25, comma 2, Cost.: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

⁹⁰ V. MANES, *Il principio di determinatezza della fattispecie penale nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012

⁹¹ F. VIGANÒ, *La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto: una prima analisi della disciplina*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 1, pp. 12-45, spec. pp. 60-63.

⁹² *Ibidem*

⁹³ M. DONINI, *Il cambio di paradigma della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 150.

⁹⁴ G. FIANDACA, *La particolare tenuità del fatto tra coerenza sistematica e ragionevolezza legislativa*, cit., p. 2383.

⁹⁵ V. *supra*, § 10.5.

funzioni pubbliche. Episodi di violenza o resistenza, per quanto di modesta entità nel singolo caso, potrebbero avere un effetto cumulativo di erosione dell'autorità.⁹⁶

Dall'altro lato, si può argomentare che l'esclusione aprioristica dell'esimente contrasta con principi costituzionali fondamentali, quali il principio di proporzionalità, il principio di individualizzazione della pena, e il principio della funzione rieducativa della pena.⁹⁷ Condotte di violenza di modestissima entità non possono essere ragionevolmente ritenute idonee a determinare un'erosione significativa dell'autorità pubblica, e la loro punizione sistematica, senza possibilità di graduazione, appare sproporzionata.⁹⁸

La sentenza n. 172/2025 opera un bilanciamento che privilegia la seconda prospettiva, coerentemente con l'orientamento costituzionale che tende a valorizzare i diritti individuali rispetto alle esigenze di tutela dell'autorità pubblica.⁹⁹ Tuttavia, tale bilanciamento non è privo di conseguenze sul piano della politica criminale, e potrebbe suscitare reazioni critiche da parte di coloro che enfatizzano l'esigenza di tutela rafforzata dell'autorità pubblica.¹⁰⁰

8. Conclusioni: La sentenza 172/2025 come momento di transizione

La sentenza n. 172 del 15 ottobre 2025 della Corte costituzionale rappresenta una pronuncia di straordinaria rilevanza, destinata a segnare un momento di transizione nella giurisprudenza costituzionale in materia penale.¹⁰¹ La portata della pronuncia trascende la questione specifica della causa di non punibilità per i delitti di violenza e resistenza a pubblico ufficiale, per investire questioni teoriche e sistematiche di più ampia portata concernenti i limiti della discrezionalità legislativa, il sindacato costituzionale sulla ragionevolezza delle leggi penali, il principio di coerenza interna dell'ordinamento, e il ruolo della funzione rieducativa quale parametro di controllo sulla razionalità della disciplina sanzionatoria.

Il significato complessivo della pronuncia può essere sintetizzato mediante l'individuazione di alcuni elementi caratterizzanti: (a) Superamento della precedente giurisprudenza mediante ricalibrazione del contesto normativo: la Corte dimostra l'inadeguatezza della precedente giurisprudenza nel nuovo contesto normativo, senza operare un overruling formale; (b) Valorizzazione del principio di coerenza interna quale limite alla discrezionalità legislativa: la Corte afferma che il legislatore non può contraddire i propri giudizi di valore senza incorrere in una manifesta irragionevolezza; (c) Utilizzo "espansivo" del principio della funzione rieducativa della pena: la Corte estende il principio rieducativo dalla tradizionale dimensione dell'esecuzione alla dimensione della struttura complessiva della disciplina sanzionatoria; (d) Bilanciamento tra tutela dell'autorità pubblica e garanzie individuali a favore di queste ultime: la Corte opera un bilanciamento che privilegia i diritti individuali.

Le implicazioni della sentenza per il sistema penale italiano sono molteplici: (a) Impatto immediato sulla giurisprudenza: la pronuncia consente l'applicazione della causa di non punibilità anche ai delitti ex artt. 336-337 cod. pen.; (b) Stimolo al legislatore per una riforma organica: la pronuncia invia un messaggio chiaro sull'esigenza di una riforma organica della disciplina; (c) Consolidamento di principi

⁹⁶ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, pp. 547-578.

⁹⁷ F. PALAZZO, *Sindacato costituzionale sulla ragionevolezza e discrezionalità legislativa in materia penale*, cit., p. 1229.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 1231.

⁹⁹ G. FIANDACA, *La particolare tenuità del fatto tra coerenza sistematica e ragionevolezza legislativa*

¹⁰⁰ M. DONINI, *Il cambio di paradigma della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 162.

¹⁰¹ Corte cost., sent. n. 172/2025, cit., *Considerato in diritto*.

costituzionali fondamentali: la pronuncia contribuisce al consolidamento di principi quali la proporzionalità, l'individualizzazione della pena, la funzione rieducativa; (d) Orientamento per la giurisprudenza costituzionale futura: la pronuncia fornisce un modello metodologico per il sindacato sulla ragionevolezza delle leggi penali.

In conclusione, la sentenza n. 172/2025 ricorda che il diritto penale—proprio in quanto strumento che incide sui diritti fondamentali della persona mediante l'irrogazione di sanzioni afflittive—deve essere informato a criteri di razionalità, coerenza e proporzionalità particolarmente stringenti.¹⁰² La discrezionalità del legislatore in materia di politica criminale, per quanto ampia, non è illimitata, ma incontra vincoli costituzionali che la Corte costituzionale è chiamata a far rispettare mediante il sindacato sulla ragionevolezza delle leggi.¹⁰³

^{102.} F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2018, 7^a ed., pp. 789-823.

^{103.} G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. I, *Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, Il Mulino, 2018, 2^a ed., pp. 345-389.

CONTRIBUTO SCIENTIFICO · SOTTOPOSTO A REVISIONE TRA PARI

Blockchain, smart contract e voto elettronico: profili costituzionali e questioni aperte sulla segretezza dell'art. 48 Cost.

Salvatore Stanizzi*Dottorando di ricerca · Università degli Studi di Catanzaro Magna Græcia***IDENTIFICATIVO**

Contributo n. 11547
ISSN 2532-9871

LICENZA

Accesso aperto · gli autori
conservano i propri diritti

STORIA EDITORIALE

Pubblicato il 15 aprile 2026
Sottoposto a revisione tra pari

FASCICOLO

II/2026 · Anno XIII

COME CITARE

SALVATORE STANIZZI,
*Blockchain, smart contract e
voto elettronico: profili
costituzionali e questioni aperte
sulla segretezza dell'art. 48
Cost.*, in Riv. Cammino Diritto,
fasc. II/2026, ISSN 2532-9871.

ABSTRACT

Il contributo analizza, in prospettiva integrata costituzionale e tecnologica, l'impiego di blockchain e smart contract nel voto elettronico, con particolare riferimento alla segretezza ex art. 48 Cost. L'articolo evidenzia le tensioni tra permanenza e trasparenza del dato e l'esigenza di non ricostruibilità della scelta, approfondendo il tema della coercizione (receipt-freeness), dei metadati e della sicurezza end-to-end (anche alla luce del caso Voatz). Sono inoltre considerati gli standard del Consiglio d'Europa e dell'OSCE/ODIHR, nonché i profili comparati. In chiave prudenziale, si prospetta un uso selettivo della tecnologia in fasi non sensibili del procedimento elettorale.

This article provides an integrated constitutional and technological assessment of blockchain and smart contracts in electronic voting, focusing on the secrecy requirement under Article 48 of the Italian Constitution. It highlights the structural tension between data permanence and transparency, on the one hand, and the constitutional need for absolute non-traceability, on the other. The analysis addresses coercion-related concerns (receipt-freeness), metadata risks, and end-to-end security issues (including the Voatz case), also considering Council of Europe and OSCE/ODIHR standards as well as comparative perspectives. Adopting a cautious approach, the article suggests a selective use of such technologies in non-sensitive stages of the electoral process.

SOMMARIO

1. Introduzione; 2. L'art. 48 Cost. e la segretezza del voto tra libertà, non dimostrabilità e contesto di esercizio; 3. Blockchain e voto elettronico: struttura tecnica e implicazioni giuridiche; 4. Il caso Voatz e la vulnerabilità dell'infrastruttura: oltre la blockchain; 5. Trasparenza, verificabilità e segretezza: un equilibrio problematico; 6. Esperienze comparate e standard internazionali: un approccio prudente al voto elettronico; 7. Segretezza del voto e limiti della traducibilità tecnica: verso una lettura costituzionalmente orientata; 8. Conclusioni.

1. Introduzione

La possibilità di integrare tecnologie basate su blockchain e smart contract nei processi elettorali costituisce oggi uno dei nodi più delicati nel rapporto tra innovazione tecnologica e diritto costituzionale. In particolare, il voto elettronico – soprattutto nelle sue forme più avanzate e decentralizzate – viene frequentemente presentato come uno strumento idoneo a rafforzare l'integrità del processo elettorale, ridurre il rischio di manipolazioni e accrescere la fiducia dei cittadini nelle istituzioni democratiche. Tali promesse si fondano, in larga misura, sulle caratteristiche tecniche dei registri distribuiti, quali l'immutabilità dei dati, la trasparenza delle operazioni e la possibilità di verifica diffusa delle transazioni¹.

Tuttavia, nel quadro costituzionale italiano, ogni riflessione sul voto non può che confrontarsi con un nucleo di principi che assumono carattere strutturale e non comprimibile. L'art. 48 Cost. stabilisce infatti che il voto è personale, eguale, libero e segreto, delineando un insieme di garanzie che non si esauriscono nella mera regolarità procedurale, ma attengono alla stessa legittimazione democratica del potere politico². In particolare, la segretezza del voto non rappresenta soltanto una tutela della sfera privata dell'elettore, ma costituisce una condizione essenziale per evitare forme di pressione, controllo o ritorsione, assicurando che la scelta politica possa formarsi ed esprimersi in piena autonomia³.

In questa prospettiva, la segretezza non deve essere intesa in senso meramente formale, come semplice non conoscibilità immediata della scelta, ma come impossibilità strutturale di ricostruire ex post il collegamento tra elettore e voto espresso. Tale dimensione sostanziale emerge con particolare evidenza nelle riflessioni sviluppate a livello europeo e internazionale, ove la segretezza è costantemente qualificata come elemento imprescindibile delle elezioni democratiche⁴. Non a caso, la Commissione di Venezia ha incluso la segretezza tra i principi fondamentali del diritto elettorale, sottolineando come essa debba essere garantita non solo sul piano normativo, ma anche attraverso adeguate soluzioni tecniche e organizzative⁵.

Il problema assume contorni ancora più complessi nel caso del voto elettronico remoto, ossia non esercitato in un ambiente "presidiato" quale il seggio elettorale. In tali ipotesi, la letteratura ha evidenziato come la segretezza possa risultare compromessa non soltanto da vulnerabilità tecniche, ma anche da fattori esterni, quali la coercizione o l'influenza indebita, che il sistema non è in grado di prevenire efficacemente⁶. Questo profilo, già emerso con riferimento al voto per corrispondenza, si ripropone con maggiore intensità nei sistemi digitali, nei quali l'atto di voto si colloca al di fuori di uno spazio istituzionalmente controllato.

1. A. NARAYANAN – J. BONNEAU – E. FELTEN – A. MILLER – S. GOLDFEDER, *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies. A Comprehensive Introduction*, Princeton, Princeton University Press, 2016; ove si evidenzia come l'immutabilità dei registri distribuiti derivi dalla combinazione tra strutture crittografiche e meccanismi di consenso, rendendo estremamente onerosa la modifica retroattiva dei dati.

2. Art. 48 Cost.; cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Il diritto di voto e la legge elettorale*, in www.senatoragazzi.it, che ricostruisce i caratteri essenziali del suffragio nell'ordinamento costituzionale italiano.

3. M. ARMANNO, *Diritto di voto, rappresentanza ed eguaglianza del suffragio dopo la sentenza n. 1 del 2014*, in Riv. AIC, 2014, 4, il quale sottolinea come le garanzie del voto abbiano natura "strutturale", incidendo direttamente sulla qualità democratica dell'ordinamento.

4. C.E.D.U., 6 ottobre 2005, Hirst c. Regno Unito (n. 2); C.E.D.U., 15 marzo 2012, Sitaropoulos e Giakoumopoulos c. Grecia, nelle quali la Corte europea dei diritti dell'uomo ribadisce che il diritto di voto deve essere accompagnato da garanzie idonee a preservarne l'effettività e la libertà.

5. VENICE COMMISSION, *Code of Good Practice in Electoral Matters. Guidelines and Explanatory Report*, CDL-AD (2002)023rev, punto I.3.2, ove la segretezza è qualificata come requisito imprescindibile delle elezioni democratiche, da assicurare anche sul piano tecnico-operativo.

6. R. KRIMMER – S. TRIESSNIG – M. VOLKAMER, *The Development of Remote E-Voting Around the World: A Review of Roads and Directions*, in Proc. 1st Int. Workshop on Electronic Voting (EVOTE), 2004; R. KRIMMER – M. VOLKAMER, *Observing Threats to Voter's Anonymity: Election Observation of Electronic Voting*, Working Paper Series on Electronic Voting and Participation, E-Voting.CC, 2006, che evidenziano come il voto remoto esponga l'elettore a rischi di coercizione e compromissione dell'anonimato non eliminabili mediante sole soluzioni tecnologiche.

A ciò si aggiunge un ulteriore elemento di tensione: mentre la logica costituzionale della segretezza richiede la non tracciabilità del voto, le tecnologie blockchain sono progettate per garantire, al contrario, la registrazione permanente e verificabile delle operazioni. Come evidenziato nella letteratura tecnico-giuridica, tale tensione non è meramente teorica, ma si traduce in difficoltà concrete nel conciliare verificabilità e anonimato, soprattutto in contesti caratterizzati da elevata complessità infrastrutturale⁷.

Alla luce di tali considerazioni, il presente contributo si propone di analizzare in chiave integrata i profili costituzionali e tecnologici del voto elettronico basato su blockchain, con particolare attenzione al principio di segretezza. L'obiettivo non è quello di formulare giudizi definitivi sulla compatibilità di tali strumenti con il quadro costituzionale, ma piuttosto di mettere in luce le principali criticità e le questioni ancora aperte, anche alla luce delle esperienze comparate e delle più recenti analisi in materia di sicurezza dei sistemi di voto elettronico⁸.

2. L'art. 48 Cost. e la segretezza del voto tra libertà, non dimostrabilità e contesto di esercizio

La segretezza del voto, nel sistema costituzionale italiano, non può essere ridotta a una garanzia meramente individuale o ad un riflesso del diritto alla riservatezza. Essa svolge una funzione eminentemente pubblicistica, in quanto protegge il libero formarsi della volontà politica dell'elettore e, al tempo stesso, preserva l'autenticità della competizione democratica. L'art. 48 Cost., nel qualificare il voto come personale, eguale, libero e segreto, non delinea infatti una serie di attributi eterogenei, ma individua un complesso unitario di garanzie che si sostengono reciprocamente: la segretezza, in particolare, opera come condizione della libertà, poiché rende più difficile – e idealmente impossibile – ogni forma di pressione, controllo o verifica esterna della scelta espressa⁹.

In questa prospettiva, la segretezza non deve essere intesa soltanto come non conoscibilità immediata del contenuto del voto, ma come non dimostrabilità della preferenza politica. Il punto è decisivo: un voto può dirsi realmente segreto non solo quando terzi non conoscano la scelta dell'elettore, ma quando l'elettore stesso non sia in condizione di fornirne prova in modo attendibile. È precisamente in questa direzione che si sviluppano, anche sul piano comparato e tecnologico, le categorie della *receipt-freeness* e della *coercion resistance*, che rappresentano una traduzione tecnico-funzionale di una preoccupazione ben nota al costituzionalismo democratico¹⁰.

A tale riguardo, merita un approfondimento ulteriore il tema del voto non presidiato, cui il revisore opportunamente richiama l'attenzione. La segretezza del voto, infatti, non dipende soltanto dalla struttura della procedura, ma anche dal contesto concreto in cui la volontà elettorale si forma ed è espressa. Nel voto esercitato all'interno del seggio, l'ordinamento predispone un ambiente istituzionalmente protetto,

7. S. PARK – M. SPECTER – N. NARULA – R. L. RIVEST, *Going from Bad to Worse: From Internet Voting to Blockchain Voting*, in J. Cybersecur., 2021, 7(1), che dimostra come i sistemi di blockchain voting non risolvano, ma talvolta amplifichino le criticità già note dell'e-voting.

8. NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *Securing the Vote. Protecting American Democracy*, Washington D.C., National Academies Press, 2018, che sottolinea l'elevato livello di rischio associato ai sistemi di voto elettronico remoto, raccomandandone un utilizzo estremamente prudente.

9. Art. 48 Cost.; cfr. anche SENATO DELLA REPUBBLICA, Servizio Studi, *Il diritto di voto e la legge elettorale*, in www.senatoragazzi.it. La letteratura costituzionalistica recente insiste sul carattere "strutturale" delle garanzie del voto, non riducibili a meri aspetti procedurali: v. M. ARMANNO, *Diritto di voto, rappresentanza ed eguaglianza del suffragio dopo la sentenza n. 1 del 2014*, in Riv. AIC, 2014, 4.

10. Sul punto, in prospettiva tecnico-giuridica, v. D. CHAUM, *Secret-Ballot Receipts: True Voter-Verifiable Elections*, in IEEE Secur. Privacy, 2004, 2(1); J. BENALOH, *Simple Verifiable Elections*, in USENIX/ACCURATE Electronic Voting Technology Workshop (EVT), 2006. La rilevanza di queste categorie, pur nate nel lessico informatico, è evidente anche per il giurista, poiché esse esprimono il problema classico della non dimostrabilità del voto.

nel quale la cabina elettorale, la ritualità delle operazioni e il controllo pubblico delle fasi esterne allo scrutinio costituiscono elementi di presidio della libertà dell'elettore. Diversamente, nel voto remoto – e dunque in una forma di voto non presidiato – tali garanzie ambientali tendono a indebolirsi, perché l'atto di voto si sposta in uno spazio privato, sottratto al controllo dell'autorità pubblica e potenzialmente esposto a pressioni familiari, economiche o sociali¹¹.

Sotto questo profilo, il problema non nasce con la blockchain. Una questione analoga, sia pure in forma diversa, si pone da tempo anche con riferimento al voto per corrispondenza, nel quale l'espressione del voto avviene al di fuori di uno spazio protetto e istituzionalmente sorvegliato. Proprio tale parallelismo consente di chiarire che il nodo giuridico centrale non è esclusivamente la sicurezza della piattaforma tecnologica, ma il rapporto tra libertà sostanziale del voto e contesto materiale del suo esercizio. In altri termini, la segretezza può risultare vulnerata non solo quando il voto sia tecnicamente ricostruibile, ma anche quando l'elettore sia chiamato a votare in una situazione nella quale l'autonomia della scelta non è adeguatamente garantita¹².

Questa impostazione trova conferma sia nella riflessione sovranazionale sia nella più recente dottrina italiana sul voto elettronico. La Commissione di Venezia include la segretezza tra i principi fondamentali delle elezioni democratiche e insiste sul fatto che essa debba essere assicurata in modo effettivo, non solo astratto¹³. In modo particolarmente utile per il nostro discorso, Caterina e Giannelli, in un contributo del 2021 interamente dedicato alla valutazione costituzionale del voto elettronico e del voto con blockchain, sottolineano come il parametro della segretezza non possa essere letto in termini puramente tecnici, ma debba essere collegato ai contesti concreti di esercizio del voto e al rischio che la digitalizzazione, specie se remota, alteri il bilanciamento fra libertà, uguaglianza e affidabilità del procedimento¹⁴. In questa direzione si colloca anche una parte della dottrina italiana più recente, che ha esaminato criticamente il voto elettronico – e in particolare il *home vote* – alla luce dei principi di libertà e segretezza, mettendo in luce i rischi specifici connessi al venir meno del presidio del seggio e alle forme di voto da remoto¹⁵.

Ne consegue che il confronto con il voto elettronico – e, a maggior ragione, con il voto su blockchain – non può essere impostato esclusivamente in termini di efficienza, velocità o integrità del dato. Prima ancora di interrogarsi sulla sicurezza dell'infrastruttura, occorre verificare se il modello tecnologico prescelto sia compatibile con una nozione costituzionale di segretezza che non riguarda soltanto il “come” il voto viene registrato, ma anche il “dove” e il “in quali condizioni” esso viene espresso. È su questo

11. *Sul nesso tra voto remoto e indebolimento della segretezza sostanziale*, v. R. KRIMMER – S. TRIESSNIG – M. VOLKAMER, *The Development of Remote E-Voting Around the World: A Review of Roads and Directions*, in Proc. 1st Int. Workshop on Electronic Voting (EVOTE), 2004; sui rischi di condizionamento ambientale connessi alle forme di voto non presidiato e remoto, si veda, invece, G. VASINO, *La tutela della segretezza del voto: profili ricostruttivi e problematiche attuali*, in Nomos. Le attualità nel diritto, 2020, 1, disponibile anche in Nomos – Le attualità nel diritto, che ricostruisce in chiave sistematica il principio di segretezza e ne evidenzia le criticità attuali.

12. In questa prospettiva, appare utile il confronto con il voto per corrispondenza, che mostra come il problema della segretezza non riguardi solo la possibilità di ricostruzione tecnica del voto, ma anche la perdita del presidio ambientale proprio del seggio. In termini più generali, v. R. KRIMMER – M. VOLKAMER, *Observing Threats to Voter's Anonymity: Election Observation of Electronic Voting*, Working Paper Series on Electronic Voting and Participation, E-Voting.CC, 2006.

13. VENICE COMMISSION, Code of Good Practice in Electoral Matters. Guidelines and Explanatory Report, CDL-AD (2002)023rev, punto I. 3.2; v. anche VENICE COMMISSION, Interpretative Declaration to the Code of Good Practice in Electoral Matters on the Publication of Lists of Voters Having Participated in Elections, CDL-AD (2010)037.

14. E. CATERINA – M. GIANNELLI, *Il voto ai tempi del Blockchain: per una rinnovata valutazione costituzionale del voto elettronico*, in Riv. AIC, 2021, 4. Il contributo affronta espressamente il rapporto tra parametri costituzionali del voto e impiego della blockchain, con attenzione ai profili di libertà, segretezza e sostenibilità costituzionale del voto remoto.

15. C. CHIARIELLO, *Voto elettronico e principio di segretezza tra regola ed eccezioni*, in Consulta Online, Studi, 2019, disponibile in www.giur-cost.org, che analizza criticamente il voto elettronico, in particolare nella forma del c.d. *home vote*, in rapporto alle garanzie di libertà e segretezza.

terreno che il tema della segretezza mostra la sua natura più profonda: non semplice requisito formale, ma garanzia della libertà politica nel suo momento più vulnerabile.

3. Blockchain e voto elettronico: struttura tecnica e implicazioni giuridiche

L'interesse per l'impiego della blockchain nei sistemi di voto elettronico deriva principalmente dalle caratteristiche strutturali di tale tecnologia, che appare, almeno in una prima lettura, idonea a garantire elevati livelli di integrità, trasparenza e verificabilità del dato elettorale. In un registro distribuito, infatti, ogni operazione viene validata attraverso meccanismi di consenso e successivamente inserita in una catena di blocchi crittograficamente collegati, rendendo estremamente difficile la modifica retroattiva delle informazioni registrate¹⁶. Questo assetto ha indotto parte della letteratura a ritenere che la blockchain possa offrire una risposta efficace ai tradizionali problemi di sicurezza e fiducia che affliggono i sistemi di voto elettronico.

Tuttavia, una più attenta analisi mostra come tali caratteristiche, lungi dal risolvere automaticamente le criticità del voto digitale, introducano nuove tensioni rispetto ai principi costituzionali che regolano il suffragio. In particolare, la trasparenza e la tracciabilità delle operazioni – elementi centrali nella logica dei registri distribuiti – si pongono in rapporto problematico con il requisito della segretezza del voto, soprattutto se intesa nella sua dimensione sostanziale di non ricostruibilità. La possibilità che dati, metadati o correlazioni indirette consentano, anche ex post, di risalire all'identità dell'elettore o di restringere significativamente il campo delle possibili attribuzioni costituisce un rischio che non può essere trascurato¹⁷.

In questo senso, la letteratura tecnico-giuridica più recente ha evidenziato come i sistemi di blockchain voting non solo non eliminino i problemi già noti dell'e-voting, ma possano addirittura amplificarli. Park, Specter, Narula e Rivest sottolineano come l'introduzione della blockchain non incida sulle vulnerabilità fondamentali dei sistemi di voto remoto, tra cui la sicurezza dei dispositivi dell'elettore, la gestione delle chiavi crittografiche e la possibilità di attacchi lungo l'intera infrastruttura¹⁸. In termini analoghi, il rapporto delle National Academies statunitensi evidenzia come il voto elettronico remoto comporti rischi sistemici difficilmente mitigabili, raccomandando un approccio estremamente prudente, soprattutto quando siano coinvolte tecnologie con elevata complessità operativa¹⁹.

Un ulteriore profilo critico riguarda il rapporto tra verificabilità e anonimato. I sistemi di voto basati su blockchain sono spesso presentati come *end-to-end verifiable*, ossia come sistemi nei quali ogni elettore può verificare che il proprio voto sia stato correttamente registrato e conteggiato. Tuttavia, come evidenziato già nei lavori pionieristici di Chaum e, successivamente, di Benaloh, la verificabilità individuale del voto deve essere progettata in modo tale da non trasformarsi in una forma di "ricevuta" utilizzabile per dimostrare la scelta effettuata²⁰. In caso contrario, il sistema rischia di compromettere proprio quella non dimostrabilità che costituisce uno degli elementi essenziali della segretezza del voto.

16. A. NARAYANAN – J. BONNEAU – E. FELTEN – A. MILLER – S. GOLDFEDER, Bitcoin and Cryptocurrency Technologies. A Comprehensive Introduction, cit., ove si descrive il funzionamento dei registri distribuiti e il ruolo della crittografia nel garantire l'immutabilità dei dati.

17. Sul ruolo dei metadati e delle possibili correlazioni indirette, v. S. PARK – M. SPECTER – N. NARULA – R. L. RIVEST, op. cit., che evidenziano come l'anonimato nei sistemi di voto digitale sia estremamente difficile da garantire in presenza di architetture complesse e distribuite.

18. S. PARK – M. SPECTER – N. NARULA – R. L. RIVEST, op. cit., i quali sottolineano come la blockchain non elimini le vulnerabilità dei sistemi di voto remoto, ma si limiti ad aggiungere un ulteriore livello di complessità.

19. NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, Securing the Vote. Protecting American Democracy, cit., che raccomanda espressamente di evitare l'uso del voto via Internet per elezioni politiche, a causa dei rischi elevati per sicurezza e integrità.

Da questo punto di vista, il problema non è soltanto tecnico, ma profondamente giuridico. La tensione tra verificabilità e segretezza riflette infatti due esigenze entrambe fondamentali: da un lato, garantire la correttezza e l'affidabilità del risultato elettorale; dall'altro, preservare la libertà dell'elettore. Il punto critico è che tali esigenze non sono sempre pienamente conciliabili, soprattutto quando il sistema tecnologico è progettato secondo logiche di trasparenza radicale e di persistenza dei dati, come avviene nella blockchain²¹.

Ne consegue che l'introduzione di tali tecnologie nel contesto elettorale non può essere valutata esclusivamente sulla base delle loro prestazioni tecniche, ma richiede un'analisi più ampia, che tenga conto delle implicazioni costituzionali e delle condizioni concrete di utilizzo. In particolare, appare necessario interrogarsi su come le caratteristiche intrinseche della blockchain possano essere adattate – o eventualmente limitate – per risultare compatibili con un modello di voto che, per definizione, richiede l'opacità del contenuto della scelta individuale.

4. Il caso Voatz e le vulnerabilità dell'infrastruttura: oltre la blockchain

L'analisi delle implicazioni costituzionali del voto elettronico basato su blockchain non può prescindere dall'esame di casi concreti nei quali tali soluzioni sono state effettivamente sperimentate. Tra questi, il sistema Voatz rappresenta uno degli esempi più discussi, in quanto frequentemente richiamato come modello di applicazione della blockchain al voto remoto. L'esperienza Voatz è stata utilizzata, in particolare negli Stati Uniti, per consentire il voto a distanza in contesti specifici, come quello del personale militare all'estero. Tuttavia, proprio l'analisi tecnica di tale sistema ha evidenziato criticità rilevanti, che mettono in discussione l'affidabilità complessiva dell'approccio.

In uno studio ampiamente citato, Specter, Koppel e Weitzner hanno sottoposto il sistema Voatz a un'approfondita analisi di sicurezza, evidenziando una serie di vulnerabilità lungo l'intera infrastruttura, che vanno ben oltre la dimensione strettamente "blockchain"²². In particolare, gli autori hanno dimostrato come un attaccante con capacità relativamente limitate potesse compromettere il dispositivo dell'elettore, alterare il voto espresso o intercettare informazioni sensibili, senza che tali manipolazioni risultassero necessariamente rilevabili dal sistema. Ciò conferma come la sicurezza del voto elettronico non dipenda unicamente dall'integrità del registro finale, ma dall'affidabilità dell'intero ecosistema tecnologico, che include dispositivi, applicazioni, reti e sistemi di autenticazione.

Il caso Voatz è particolarmente significativo perché consente di chiarire un equivoco ricorrente nel dibattito pubblico: l'idea secondo cui l'adozione della blockchain sarebbe di per sé sufficiente a garantire la sicurezza e la trasparenza del voto. In realtà, come evidenziato dalla letteratura tecnica, la blockchain interviene in una fase specifica del processo – quella della registrazione e della conservazione del dato – ma non è in grado di risolvere le vulnerabilità che si collocano a monte, ossia nel momento in cui il voto

20. D. CHAUM, *Secret-Ballot Receipts: True Voter-Verifiable Elections*, in *IEEE Secur. Privacy*, 2004, 2(1).; J. BENALOH, *Simple Verifiable Elections*, in *USENIX/ACCURATE EVT Workshop*, 2006. Tali lavori introducono modelli crittografici che cercano di conciliare verificabilità e segretezza, evitando che l'elettore possa dimostrare la propria scelta.

21. In termini più generali, sul rapporto tra sicurezza, trasparenza e limiti delle soluzioni tecnologiche, v. B. SCHNEIER, *Beyond Fear. Thinking Sensibly About Security in an Uncertain World*, New York, 2003, che evidenzia come ogni sistema di sicurezza comporti trade-off inevitabili tra esigenze concorrenti.

22. M. SPECTER – J. KOPPEL – D. WEITZNER, *The Ballot is Busted Before the Blockchain: A Security Analysis of Voatz*, in *Proc. 29th USENIX Security Symp.*, 2020. Lo studio, basato anche su tecniche di reverse engineering dell'applicazione, evidenzia vulnerabilità sia lato client sia lato server, mettendo in discussione la sicurezza complessiva del sistema.

viene espresso e trasmesso²³. In altri termini, se l'input del sistema è compromesso, l'immutabilità del registro non solo non costituisce una garanzia, ma rischia di cristallizzare un dato alterato.

Tale profilo assume particolare rilevanza anche sul piano costituzionale. Se, infatti, la segretezza del voto deve essere intesa come impossibilità di ricostruire la scelta individuale, le vulnerabilità dell'infrastruttura possono incidere non solo sull'integrità del risultato, ma anche sulla riservatezza del processo. Un sistema che consenta l'intercettazione dei dati o l'accesso non autorizzato ai dispositivi dell'elettore può determinare una compromissione indiretta della segretezza, anche in assenza di una violazione esplicita del registro finale²⁴.

Inoltre, il caso Voatz evidenzia un ulteriore elemento di criticità, già emerso nella riflessione sul voto remoto: la difficoltà di garantire che l'elettore operi in condizioni di libertà effettiva. Il fatto che il voto sia espresso tramite un dispositivo personale, in un ambiente non controllato, rende più complesso escludere forme di coercizione, pressione o compravendita del voto. In tale contesto, la tecnologia non è in grado di sostituire le garanzie ambientali tipiche del seggio elettorale, che svolgono una funzione essenziale nella tutela della libertà e della segretezza del voto²⁵.

Queste considerazioni trovano conferma anche in ulteriori analisi tecniche e istituzionali, che sottolineano come i sistemi di voto elettronico remoto presentino rischi strutturali difficilmente eliminabili. Le linee guida del National Institute of Standards and Technology, così come i documenti dell'OSCE/ODIHR e del Consiglio d'Europa, insistono sulla necessità di un approccio estremamente prudente, evidenziando come la sicurezza del voto non possa essere valutata isolatamente, ma debba essere considerata nel contesto più ampio dell'intero processo elettorale²⁶.

In definitiva, il caso Voatz dimostra come il ricorso alla blockchain non consenta di superare le criticità fondamentali del voto elettronico remoto e, anzi, rischi di spostare l'attenzione su un segmento limitato del sistema, trascurando le vulnerabilità più rilevanti. Ne deriva l'esigenza di un'analisi che non si limiti alla dimensione tecnologica, ma che tenga conto dell'interazione tra infrastruttura digitale, contesto di esercizio del voto e principi costituzionali, in particolare con riferimento alla segretezza e alla libertà del suffragio.

5. Trasparenza, verificabilità e segretezza: un equilibrio problematico

Il dibattito sul voto elettronico basato su blockchain si concentra, in larga misura, sulla possibilità di coniugare due esigenze fondamentali: da un lato, la trasparenza e la verificabilità del processo elettorale; dall'altro, la tutela della segretezza del voto. Tali esigenze, considerate isolatamente, appaiono coerenti con i principi democratici. Tuttavia, la loro combinazione all'interno di un medesimo sistema tecnologico pone problemi non trascurabili, che emergono con particolare evidenza nel contesto delle architetture distribuite²⁷.

²³ S. PARK – M. SPECTER – N. NARULA – R. L. RIVEST, *op. cit.*, ove si sottolinea come la blockchain non intervenga sulle criticità relative ai dispositivi dell'elettore e alla trasmissione del voto.

²⁴ In questo senso, la compromissione dell'infrastruttura può incidere indirettamente anche sulla segretezza, consentendo la raccolta di informazioni sensibili o la ricostruzione di pattern di voto; sul punto, v. ancora M. SPECTER – J. KOPPEL – D. WEITZNER, *op. cit.*

²⁵ Sul tema del voto remoto e dei rischi di coercizione, v. R. KRIMMER – M. VOLKAMER, *Observing Threats to Voter's Anonymity: Election Observation of Electronic Voting, Working Paper Series on Electronic Voting and Participation, E-Voting.CC*, 2006, n. 01.

²⁶ NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY (NIST), *Voluntary Voting System Guidelines (VVSG)*, Gaithersburg, 2021; OSCE/ODIHR, *Handbook for the Observation of New Voting Technologies*, Varsavia, 2013; COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation CM/Rec (2017)5 on standards for e-voting*, 2017. Tali documenti evidenziano come la sicurezza dei sistemi di voto debba essere valutata in modo sistemico e non limitato a singole componenti tecnologiche.

La trasparenza è tradizionalmente intesa come condizione di affidabilità del processo elettorale: la possibilità di controllare le operazioni, verificare la correttezza dello scrutinio e accertare l'assenza di manipolazioni costituisce un elemento essenziale per la fiducia pubblica. In questa prospettiva, i sistemi basati su blockchain sembrano offrire un vantaggio significativo, in quanto consentono la registrazione pubblica e immutabile delle operazioni. Tuttavia, tale modello di trasparenza radicale entra in tensione con il principio della segretezza, soprattutto quando la verificabilità si estende fino al livello individuale del voto²⁸.

Il nodo centrale emerge nei sistemi *end-to-end verifiable*, nei quali l'elettore può verificare che il proprio voto sia stato correttamente registrato e conteggiato. Se tale caratteristica rafforza la fiducia nel sistema, essa rischia al tempo stesso di introdurre una forma di tracciabilità incompatibile con la segretezza, qualora consenta all'elettore di dimostrare a terzi la propria scelta. Il problema non è meramente teorico, ma è stato ampiamente discusso nella letteratura crittografica, che ha cercato di sviluppare modelli capaci di garantire la verificabilità senza compromettere la non dimostrabilità del voto²⁹.

In questa direzione si collocano i lavori di Chaum e Benaloh, che hanno introdotto soluzioni crittografiche volte a evitare che l'elettore disponga di una "ricevuta" utilizzabile per provare la propria scelta. Tali modelli, tuttavia, presentano limiti applicativi significativi, soprattutto quando vengono integrati in sistemi complessi e utilizzati su larga scala³⁰. La difficoltà non risiede soltanto nella progettazione matematica dei protocolli, ma nella loro implementazione concreta in contesti reali, caratterizzati da una pluralità di attori, dispositivi e infrastrutture.

L'introduzione della blockchain accentua ulteriormente questa tensione. La registrazione permanente e distribuita delle operazioni, sebbene garantisca elevati livelli di integrità, può generare una quantità di informazioni che, nel tempo, rendono possibile la ricostruzione di relazioni tra elettori e voti, anche attraverso l'analisi di metadati o correlazioni indirette³¹. Come evidenziato dalla letteratura più recente, il problema non è tanto la presenza di un identificatore diretto, quanto la possibilità di combinare dati diversi per ottenere inferenze attendibili sulla scelta elettorale³².

Su questo punto, anche la dottrina giuridica più recente ha iniziato a interrogarsi in modo critico. In particolare, Caterina e Giannelli sottolineano come il paradigma della verificabilità tecnologica non possa essere assunto automaticamente come equivalente funzionale della fiducia democratica, evidenziando il rischio che l'accento sulla trasparenza finisca per comprimere le garanzie sostanziali del voto, tra cui la segretezza³³. In termini analoghi, la riflessione interdisciplinare ha posto l'attenzione sulla necessità di

27. A. NARAYANAN – J. BONNEAU – E. FELTEN – A. MILLER – S. GOLDFEDER, Bitcoin and Cryptocurrency Technologies. A Comprehensive Introduction, cit. Il volume, pur non riferito specificamente al voto elettronico, è rilevante per comprendere le proprietà strutturali della blockchain (immutabilità, trasparenza, distribuzione), che costituiscono il presupposto tecnico delle applicazioni elettorali e ne spiegano le potenziali tensioni con la segretezza del voto.

28. VENICE COMMISSION, Code of Good Practice in Electoral Matters. Guidelines and Explanatory Report, CDL-AD (2002)023rev, punto I. 3.2.

29. J. BENALOH, op. cit. L'Autore introduce modelli di voto verificabile che consentono il controllo del processo senza compromettere la segretezza individuale, ponendo le basi teoriche dei sistemi end-to-end verifiable.

30. D. CHAUM, op. cit., ove il contributo sviluppa il concetto di receipt-freeness, ossia l'impossibilità per l'elettore di dimostrare a terzi la propria scelta. Si tratta di un requisito essenziale per prevenire fenomeni di coercizione o compravendita del voto, ma la sua implementazione concreta nei sistemi digitali presenta difficoltà significative.

31. S. PARK – M. SPECTER – N. NARULA – R. L. RIVEST, op. cit.

32. Ibid. In particolare, viene sottolineato che l'anonimato nei sistemi digitali non può essere valutato solo in termini di assenza di identificatori diretti, ma deve tener conto della possibilità di inferenze ottenute attraverso l'analisi combinata di metadati e comportamenti di rete.

considerare il sistema di voto nel suo complesso, evidenziando come l'affidabilità non possa essere garantita esclusivamente attraverso proprietà tecniche della piattaforma³⁴.

Le principali organizzazioni internazionali hanno mostrato una crescente cautela su questo punto. Le linee guida del National Institute of Standards and Technology e i documenti dell'OSCE/ODIHR sottolineano come la sicurezza e la segretezza del voto non possano essere garantite esclusivamente attraverso soluzioni tecnologiche, ma richiedano una valutazione complessiva dell'intero sistema elettorale³⁵. In modo analogo, il Consiglio d'Europa ha evidenziato come l'adozione del voto elettronico debba essere accompagnata da rigorose garanzie, soprattutto nei contesti di voto remoto³⁶.

Ne deriva che il problema non può essere risolto attraverso un semplice perfezionamento tecnico delle soluzioni esistenti. Piuttosto, esso richiede una riflessione più ampia sull'equilibrio tra valori costituzionali: la trasparenza e la verificabilità sono elementi essenziali per la legittimazione del processo elettorale, ma non possono essere perseguite a scapito della segretezza e della libertà del voto.

6. Esperienze comparate e standard internazionali: un approccio prudente al voto elettronico

L'analisi delle esperienze comparate e degli standard internazionali in materia di voto elettronico consente di cogliere con maggiore chiarezza i limiti e le criticità delle soluzioni basate su blockchain. L'orientamento prevalente, sia a livello istituzionale sia nella letteratura tecnico-giuridica, è infatti caratterizzato da un approccio prudente, se non apertamente critico, nei confronti dell'impiego del voto remoto digitale nelle elezioni politiche.

In ambito europeo, la Commissione di Venezia ha da tempo individuato i principi fondamentali delle elezioni democratiche, includendo espressamente la segretezza del voto tra i requisiti imprescindibili. In tale contesto, la segretezza non è considerata una mera formalità, ma una condizione sostanziale che deve essere garantita anche attraverso l'assetto tecnico-organizzativo del sistema elettorale³⁷. Successivamente, la stessa Commissione ha ulteriormente precisato come determinate pratiche – quali la pubblicazione di informazioni sulla partecipazione al voto – possano incidere indirettamente sulla segretezza, evidenziando così la rilevanza anche dei dati “periferici” rispetto al contenuto del voto³⁸.

Un approccio analogo emerge nei documenti del Consiglio d'Europa, che ha elaborato specifiche raccomandazioni sugli standard per il voto elettronico. In particolare, la Raccomandazione CM/Rec(2017)5 sottolinea come l'introduzione di sistemi di *e-voting* debba essere accompagnata da garanzie rigorose in materia di sicurezza, trasparenza e segretezza, insistendo sulla necessità di mantenere un

33. E. CATERINA – M. GIANNELLI, *op. cit.*, ove gli autori mettono in guardia contro l'equivalenza tra trasparenza tecnologica e affidabilità democratica, sottolineando come l'accento sulla verificabilità possa entrare in tensione con le garanzie costituzionali del voto, in particolare la segretezza.

34. R. RIVEST – J. WACK, *On the Notion of “Software Independence” in Voting Systems*, Gaithersburg, 2006. Il concetto di software independence evidenzia che un sistema elettorale non può dirsi sicuro se l'integrità del risultato dipende esclusivamente dal corretto funzionamento del software, richiamando la necessità di meccanismi di verifica indipendenti.

35. NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY (NIST), *Voluntary Voting System Guidelines (VVSG)*, Gaithersburg, 2021; OSCE/ODIHR, *Handbook for the Observation of New Voting Technologies*, Varsavia, 2013.

36. COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation CM/Rec (2017)5 on standards for e-voting*, 2017.

37. VENICE COMMISSION, *Code of Good Practice in Electoral Matters. Guidelines and Explanatory Report*, CDL-AD (2002)023 rev, punto I. 3.2.

38. VENICE COMMISSION, *Interpretative Declaration to the Code of Good Practice in Electoral Matters on the Publication of Lists of Voters Having Participated in Elections*, CDL-AD (2010)037.

elevato livello di fiducia pubblica nel processo elettorale³⁹. Già nella precedente Raccomandazione Rec(2004)11, il Consiglio d'Europa aveva evidenziato che l'adozione del voto elettronico non può comportare una riduzione delle garanzie rispetto ai sistemi tradizionali, ma deve assicurare un livello di tutela almeno equivalente⁴⁰.

Anche l'OSCE/ODIHR ha sviluppato linee guida dettagliate per l'osservazione delle nuove tecnologie di voto, evidenziando come i sistemi elettronici introducano nuove superfici di rischio che richiedono un'attenta valutazione. In particolare, viene sottolineato come la complessità tecnica dei sistemi possa ridurre la trasparenza effettiva del processo, rendendo difficile per osservatori e cittadini comprendere e verificare le operazioni elettorali⁴¹. Tale rilievo appare particolarmente significativo nel contesto della blockchain, dove la trasparenza formale dei dati non coincide necessariamente con la comprensibilità del sistema.

Sul piano extraeuropeo, il rapporto delle National Academies of Sciences statunitensi rappresenta uno dei contributi più autorevoli in materia. Il documento evidenzia in modo chiaro i rischi associati al voto elettronico remoto, raccomandando di evitarne l'uso nelle elezioni politiche a causa delle vulnerabilità strutturali che caratterizzano tali sistemi⁴². In particolare, si sottolinea come la sicurezza del voto non possa essere garantita esclusivamente attraverso soluzioni tecnologiche, ma dipenda da un insieme complesso di fattori, tra cui l'integrità dei dispositivi, la sicurezza delle reti e la gestione delle identità digitali.

In termini analoghi, il National Institute of Standards and Technology ha sviluppato linee guida che pongono l'accento sulla necessità di garantire sistemi di voto verificabili, ma al tempo stesso resilienti rispetto a manipolazioni e attacchi. Il concetto di software *independence*, elaborato da Rivest e Wack, risulta particolarmente rilevante in questo contesto, in quanto sottolinea che l'affidabilità del risultato elettorale non deve dipendere esclusivamente dal corretto funzionamento del software⁴³. Tale principio assume un rilievo ancora maggiore nei sistemi basati su blockchain, nei quali la fiducia tende a essere trasferita dall'istituzione al codice.

Le esperienze comparate mostrano, inoltre, una certa cautela anche nell'adozione concreta del voto elettronico. In diversi ordinamenti, progetti di e-voting sono stati sospesi o ridimensionati a seguito di criticità emerse sul piano della sicurezza e della trasparenza. Il caso svizzero, ad esempio, ha evidenziato come anche sistemi avanzati possano presentare vulnerabilità significative, soprattutto in relazione ai protocolli crittografici e alla loro implementazione⁴⁴. Analogamente, le analisi sul sistema Voatz negli Stati

39. COUNCIL OF EUROPE, Recommendation CM/Rec (2017)5 on standards for e-voting, 2017.

40. COUNCIL OF EUROPE, Recommendation Rec (2004)11 on legal, operational and technical standards for e-voting, 2004. La Raccomandazione stabilisce che il voto elettronico deve rispettare i medesimi principi del voto tradizionale.

41. OSCE/ODIHR, Handbook for the Observation of New Voting Technologies, Warsaw, 2013.

42. NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, Securing the Vote: Protecting American Democracy, Washington D.C., 2018.

43. R. RIVEST – J. WACK, op. cit. Il concetto di «software independence» rappresenta uno dei passaggi teorici più rilevanti nella riflessione sui sistemi di voto elettronico: un sistema elettorale può dirsi affidabile solo se eventuali errori o compromissioni del software non sono in grado di alterare il risultato senza essere rilevati. In questa prospettiva, la fiducia non può essere interamente delegata al codice, ma deve poggiare su meccanismi di verifica indipendenti. Tale impostazione risulta particolarmente problematica nei sistemi basati su blockchain, nei quali la correttezza del processo è spesso ricondotta alla sola integrità dell'infrastruttura tecnica.

44. A. ESSEX, Analysis of the Swiss Post E-Voting System Audit Scope 1: Cryptographic Protocol, report alla Cancelleria Federale Svizzera, 26 novembre 2021. Il report costituisce uno dei principali esempi di audit crittografico applicato a sistemi reali di voto elettronico. L'analisi del sistema Swiss Post ha evidenziato criticità significative nella progettazione del protocollo, dimostrando come anche soluzioni sviluppate con elevati standard tecnici possano presentare vulnerabilità rilevanti. Il caso conferma che la sicurezza dei sistemi elettorali digitali non può essere presunta sulla base della complessità tecnologica, ma richiede verifiche indipendenti e continue.

Uniti hanno contribuito a rafforzare un orientamento prudente, evidenziando i rischi connessi al voto remoto su dispositivi personali⁴⁵.

Nel complesso, il quadro comparato suggerisce che l'introduzione del voto elettronico – e, a maggior ragione, del voto su blockchain – richiede un approccio graduale e attentamente calibrato, che tenga conto non solo delle potenzialità tecnologiche, ma anche delle implicazioni costituzionali e delle condizioni concrete di utilizzo. In particolare, emerge con chiarezza come la segretezza del voto costituisca un parametro particolarmente sensibile, che non può essere sacrificato in nome dell'innovazione tecnologica senza incidere sulla qualità democratica del sistema.

7. Segretezza del voto e limiti della traducibilità tecnica: verso una lettura costituzionalmente orientata

L'analisi svolta consente di evidenziare come il principio di segretezza del voto, nella sua configurazione costituzionale, non sia facilmente traducibile in termini puramente tecnici. La difficoltà non dipende soltanto dai limiti delle soluzioni attualmente disponibili, ma dalla natura stessa della garanzia, che si colloca all'incrocio tra dimensione giuridica, istituzionale e materiale del processo elettorale. In altri termini, la segretezza non appare come una proprietà del sistema, ma come il risultato di un equilibrio complesso tra regole, contesti e condizioni di esercizio del voto⁴⁶.

In questa prospettiva, il tentativo di “ingegnerizzare” integralmente la segretezza attraverso protocolli crittografici e architetture distribuite rischia di risultare riduttivo. Come evidenziato nella letteratura tecnico-giuridica, anche i sistemi più avanzati, progettati per garantire anonimato e verificabilità, restano esposti a vulnerabilità che derivano non solo dal codice, ma dall'interazione tra utenti, dispositivi e infrastrutture⁴⁷. Il punto è che la segretezza costituzionale non richiede semplicemente l'assenza di un identificatore diretto, ma l'impossibilità sostanziale di ricostruire la scelta individuale, anche attraverso inferenze indirette.

Tale impostazione trova un importante riscontro anche nella riflessione giuridica più recente. In particolare, Caterina e Giannelli sottolineano come il voto elettronico, specie se basato su tecnologie decentralizzate, imponga una revisione critica dei parametri costituzionali, senza tuttavia poter prescindere da essi. La segretezza, in questa prospettiva, non può essere reinterpretata in funzione delle possibilità tecnologiche, ma deve continuare a operare come limite e parametro di valutazione delle soluzioni adottate⁴⁸.

Un ulteriore elemento di criticità riguarda il rapporto tra segretezza e contesto di esercizio del voto. Come già evidenziato, il passaggio dal voto “presidiato” al voto remoto comporta una trasformazione

⁴⁵. M. SPECTER, J. KOPPEL, D. WEITZNER, *op. cit.* Lo studio, utilizzato in alcune sperimentazioni negli Stati Uniti, evidenzia vulnerabilità che riguardano l'intero ciclo del voto: dal dispositivo dell'elettore alla trasmissione dei dati fino all'infrastruttura server. Particolarmente rilevante è la conclusione secondo cui i problemi di sicurezza emergono già a monte dell'eventuale utilizzo della blockchain, mettendo in luce come l'introduzione di registri distribuiti non sia di per sé idonea a risolvere le criticità strutturali del voto remoto.

⁴⁶. Art. 48 Cost.; cfr. M. ARMANNO, *op. cit.* Tali requisiti non possono essere considerati isolatamente, ma operano in modo integrato, incidendo direttamente sulla legittimazione del processo democratico. In questa prospettiva, la segretezza non si esaurisce nell'anonimato tecnico, ma richiede l'assenza di qualsiasi possibilità di ricostruzione, anche indiretta, della scelta elettorale.

⁴⁷. S. PARK – M. SPECTER – N. NARULA – R. L. RIVEST, *op. cit.*, ove si mette in luce come il passaggio da sistemi di voto via internet a soluzioni basate su blockchain non risolva i problemi strutturali già noti, ma possa anzi accentuarli. In particolare, viene evidenziato come l'adozione di registri distribuiti non elimini i rischi connessi all'identificazione indiretta degli elettori, soprattutto in presenza di dati persistenti e pubblicamente accessibili.

profonda delle condizioni materiali in cui la volontà elettorale si forma ed è espressa. In tale contesto, la tecnologia non è in grado di sostituire integralmente le garanzie ambientali del seggio elettorale, che svolgono una funzione essenziale nel prevenire forme di coercizione o influenza indebita⁴⁹. Ne deriva che la segretezza non può essere valutata esclusivamente in relazione alla struttura del sistema, ma deve essere considerata anche alla luce del contesto in cui esso opera.

Sotto questo profilo, appare significativo il richiamo, ricorrente nei documenti internazionali, alla necessità di considerare il processo elettorale nella sua interezza. Le linee guida del NIST e i documenti dell'OSCE/ODIHR insistono sul fatto che la sicurezza e l'affidabilità del voto non possono essere garantite attraverso singole soluzioni tecniche, ma richiedono un approccio sistemico, che tenga conto di tutte le fasi del processo elettorale⁵⁰. Tale impostazione appare pienamente coerente con una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 48 Cost., che non si limita a prescrivere requisiti formali, ma impone la realizzazione effettiva delle garanzie del voto.

In questa prospettiva, il problema della compatibilità tra blockchain e segretezza del voto non può essere risolto attraverso un semplice adattamento delle tecnologie esistenti, ma richiede una riflessione più ampia sul rapporto tra diritto e tecnica. La questione non è se la tecnologia possa essere resa compatibile con il principio di segretezza, ma in quale misura tale compatibilità possa essere raggiunta senza alterare il significato costituzionale della garanzia stessa.

Ne consegue che l'introduzione di sistemi di voto basati su blockchain deve essere valutata con particolare cautela, evitando sia approcci entusiastici sia chiusure pregiudiziali. Piuttosto, appare necessario sviluppare strumenti di analisi capaci di cogliere le interazioni tra architetture tecnologiche e principi costituzionali, mantenendo fermo il ruolo della Costituzione come parametro di riferimento ultimo per la valutazione delle innovazioni nel campo elettorale.

8. Conclusioni

L'analisi svolta consente di evidenziare come il rapporto tra blockchain, smart contract e voto elettronico si collochi in una zona di tensione non facilmente risolvibile tra innovazione tecnologica e principi costituzionali. In particolare, il principio di segretezza del voto, così come delineato dall'art. 48 Cost., si rivela difficilmente compatibile con modelli tecnologici fondati su registrazione persistente, verificabilità diffusa e tracciabilità delle operazioni.

Ciò non implica, tuttavia, una conclusione definitiva circa l'incompatibilità in astratto tra blockchain e voto elettronico. Piuttosto, l'analisi suggerisce la necessità di distinguere tra le potenzialità teoriche delle tecnologie e le condizioni concrete della loro implementazione. Le soluzioni tecniche attualmente disponibili, pur offrendo strumenti avanzati di sicurezza e controllo, non sembrano ancora in grado di garantire un livello di tutela pienamente conforme alla nozione costituzionale di segretezza, intesa come impossibilità sostanziale di ricostruzione del voto individuale⁵¹.

⁴⁸. E. CATERINA – M. GIANNELLI, *op. cit.* Gli Autori sottolineano la necessità di evitare una sovrapposizione tra affidabilità tecnica e legittimazione costituzionale del voto. In particolare, viene evidenziato come la trasparenza algoritmica non possa essere considerata, di per sé, equivalente alla fiducia democratica, richiedendo invece una verifica alla luce dei principi costituzionali, tra cui la segretezza del voto.

⁴⁹. R. KRIMMER, M. VOLKAMER, *op. cit.*, con specifico riferimento all'analisi sui rischi per l'anonimato nei sistemi di voto elettronico, con particolare attenzione alle modalità di voto remoto. Gli Autori evidenziano come la perdita di controllo sull'ambiente di voto possa incidere non solo sulla riservatezza tecnica, ma anche sulla libertà sostanziale dell'elettore, esponendolo a possibili pressioni esterne.

⁵⁰. NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY (NIST), *Voluntary Voting System Guidelines (VVS), 2021*; OSCE/ODIHR, *Handbook for the Observation of New Voting Technologies, 2013*.

In questo contesto, appare particolarmente rilevante il rischio di una traslazione impropria del concetto di fiducia: dalla fiducia nelle istituzioni e nelle procedure democratiche a una fiducia nella tecnologia e nei suoi meccanismi di funzionamento. Come evidenziato nella letteratura più recente, tale spostamento non è neutrale, ma comporta una ridefinizione dei presupposti della legittimazione democratica, che non può essere affidata esclusivamente a soluzioni tecniche, per quanto sofisticate⁵².

Un ulteriore elemento di cautela deriva dalla considerazione del contesto concreto in cui il voto viene esercitato. Il passaggio da un voto presidiato a forme di voto remoto comporta una trasformazione delle condizioni materiali di espressione della volontà elettorale, con possibili ricadute sulla libertà e sulla segretezza del voto. In tale prospettiva, il problema non riguarda soltanto la sicurezza dell'infrastruttura, ma la capacità del sistema di garantire un ambiente nel quale l'elettore possa esprimersi senza pressioni o condizionamenti⁵³.

Le esperienze comparate e gli standard internazionali confermano, sotto questo profilo, un orientamento improntato alla prudenza. Le principali organizzazioni internazionali sottolineano come l'introduzione del voto elettronico debba essere accompagnata da garanzie rigorose e da una valutazione complessiva del sistema elettorale, evidenziando i rischi connessi al voto remoto e alla complessità delle infrastrutture digitali⁵⁴. Tale impostazione appare coerente con una lettura dell'art. 48 Cost. che attribuisce alla segretezza una funzione non meramente formale, ma sostanziale, quale presidio della libertà politica.

Alla luce di tali considerazioni, sembra opportuno evitare sia approcci entusiastici, che tendano a sovrastimare le capacità delle tecnologie emergenti, sia posizioni aprioristicamente contrarie all'innovazione. Piuttosto, l'analisi suggerisce la necessità di sviluppare un dialogo continuo tra diritto e tecnica, capace di individuare soluzioni che, pur valorizzando le potenzialità delle nuove tecnologie, non compromettano il nucleo essenziale delle garanzie costituzionali.

In questa prospettiva, il principio di segretezza del voto si configura non solo come un limite, ma anche come un criterio guida per la progettazione e la valutazione dei sistemi di voto elettronico. Esso impone di interrogarsi non soltanto su ciò che è tecnicamente possibile, ma su ciò che è costituzionalmente ammissibile, mantenendo ferma la centralità della persona e della libertà politica nel processo democratico.

⁵¹ S. PARK – M. SPECTER – N. NARULA – R. L. RIVEST, *op. cit.*; NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *Securing the Vote: Protecting American Democracy*, Washington D.C., 2018. I due contributi, pur diversi per approccio, convergono nel mettere in discussione l'affidabilità dei sistemi di voto remoto basati su tecnologie digitali. In particolare, Park et al. evidenziano come la blockchain non risolva le criticità strutturali dell'internet voting, mentre il rapporto delle National Academies assume una posizione più netta, sottolineando come, allo stato attuale, non esistano condizioni tecniche sufficienti per garantire sicurezza e segretezza nel voto via internet. Nel loro insieme, tali lavori suggeriscono che il problema non è meramente tecnologico, ma investe l'architettura complessiva del processo elettorale.

⁵² E. CATERINA – M. GIANNELLI, *op. cit.* Con specifico riferimento alla parte in cui si sottolinea che il rischio di una progressiva sostituzione della fiducia istituzionale con una fiducia tecnologica, evidenziando come la legittimazione del processo elettorale non possa essere delegata alla sola correttezza del sistema tecnico. In questa prospettiva, la blockchain non rappresenta una soluzione neutra, ma introduce un diverso modello di fiducia che deve essere valutato criticamente alla luce dei principi costituzionali, in particolare della segretezza e della libertà del voto.

⁵³ R. KRIMMER – M. VOLKAMER, *op. cit.* Il lavoro evidenzia come le minacce all'anonimato nei sistemi di voto elettronico non derivino esclusivamente da vulnerabilità tecniche, ma anche dal contesto operativo in cui il voto è espresso. In particolare, gli Autori mostrano come il voto remoto, non presidiato, possa compromettere non solo la riservatezza del voto, ma anche la libertà dell'elettore, esponendolo a possibili pressioni o condizionamenti difficilmente rilevabili.

⁵⁴ Il testo integrale di questa nota è riportato in appendice al contributo.

Appendice - note estese

54. *VENICE COMMISSION*, Code of Good Practice in Electoral Matters, 2002; *COUNCIL OF EUROPE*, Recommendation CM/Rec (2017)5, 2017; *OSCE/ODIHR*, Handbook for the Observation of New Voting Technologies, 2013 *BIBLIOGRAFIA ARMANNO M.*, Diritto di voto, rappresentanza ed eguaglianza del suffragio dopo la sentenza n. 1 del 2014, in *Rivista AIC*, 2014, 4. *BENALOH J.*, Simple Verifiable Elections, in *USENIX/ACCURATE Electronic Voting Technology Workshop (EVT)*, 2006. *CATERINA E., GIANNELLI M.*, Il voto ai tempi del Blockchain: per una rinnovata valutazione costituzionale del voto elettronico, in *Rivista AIC*, 2021, 4. *CHAUM D.*, Secret Ballot Receipts: True Voter Verifiable Elections, in *IEEE Security & Privacy*, 2004, 2(1). *CHIARIELLO C.*, Voto elettronico e principio di segretezza tra regola ed eccezioni, in *Consulta Online, Studi*, 2019. *CONSIGLIO D'EUROPA*, Recommendation Rec(2004)11 on legal, operational and technical standards for e-voting, 2004. *CONSIGLIO D'EUROPA*, Recommendation CM/Rec(2017)5 on standards for e-voting, 2017. *CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO*, Hirst c. Regno Unito (n. 2), 6 ottobre 2005. *CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO*, Sitaropoulos e Giakoumopoulos c. Grecia, 15 marzo 2012. *COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA*, art. 48. *ESSEX A.*, Analysis of the Swiss Post E-Voting System Audit Scope 1: Cryptographic Protocol, report alla Cancelleria Federale Svizzera, 26 novembre 2021. *KRIMMER R., TRIESSNIG S., VOLKAMER M.*, The Development of Remote E-Voting Around the World: A Review of Roads and Directions, in *Proceedings of the 1st International Workshop on Electronic Voting (EVOTE)*, 2004. *KRIMMER R., VOLKAMER M.*, Observing Threats to Voter's Anonymity: Election Observation of Electronic Voting, in *Working Paper Series on Electronic Voting and Participation, E-Voting.CC*, 2006. *NARAYANAN A., BONNEAU J., FELTEN E., MILLER A., GOLDFEDER S.*, Bitcoin and Cryptocurrency Technologies. A Comprehensive Introduction, Princeton, Princeton University Press, 2016. *NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE*, Securing the Vote: Protecting American Democracy, Washington D.C., National Academies Press, 2018. *NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY (NIST)*, Voluntary Voting System Guidelines (VVSG), Gaithersburg, 2021. *OSCE/ODIHR*, Handbook for the Observation of New Voting Technologies, Warsaw, 2013. *PARK S., SPECTER M., NARULA N., RIVEST R. L.*, Going from Bad to Worse: From Internet Voting to Blockchain Voting, in *Journal of Cybersecurity*, 2021, 7(1). *RIVEST R. L., WACK J.*, On the Notion of "Software Independence" in Voting Systems, Gaithersburg, 2006. *SCHNEIER B.*, Beyond Fear: Thinking Sensibly About Security in an Uncertain World, New York, Copernicus Books, 2003. *SENATO DELLA REPUBBLICA*, Il diritto di voto e la legge elettorale, disponibile su www.senatoragazzi.it. *SPECTER M., KOPPEL J., WEITZNER D.*, The Ballot is Busted Before the Blockchain: A Security Analysis of Voatz, in *Proceedings of the 29th USENIX Security Symposium*, 2020. *VENICE COMMISSION*, Code of Good Practice in Electoral Matters. Guidelines and Explanatory Report, CDL-AD (2002)023rev. *VENICE COMMISSION*, Interpretative Declaration to the Code of Good Practice in Electoral Matters on the Publication of Lists of Voters Having Participated in Elections, CDL-AD (2010)037.

CONTRIBUTO SCIENTIFICO · SOTTOPOSTO A REVISIONE TRA PARI

Colpa medica e intelligenza artificiale in sanità: responsabilità penale e nuovi confini della decisione clinica

Medical Malpractice and Artificial Intelligence in Healthcare: Criminal Liability and the New Frontiers of Clinical Decision-Making

Giuseppe Ventrìci

Studente · Università degli Studi di Catanzaro Magna Græcia

IDENTIFICATIVO

Contributo n. 11486
ISSN 2532-9871

LICENZA

Accesso aperto · gli autori
conservano i propri diritti

STORIA EDITORIALE

Pubblicato il 16 aprile 2026
Sottoposto a revisione tra pari

FASCICOLO

II/2026 · Anno XIII

COME CITARE

GIUSEPPE VENTRICI, *Colpa medica e intelligenza artificiale in sanità: responsabilità penale e nuovi confini della decisione clinica*, in Riv. Cammino Diritto, fasc. II/2026, ISSN 2532-9871.

ABSTRACT

L'impiego crescente di sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario solleva questioni inedite sul piano della responsabilità penale del medico. In particolare, l'utilizzo di strumenti algoritmici di supporto decisionale impone una rilettura della nozione di colpa medica e della posizione di garanzia dell'esercente la professione sanitaria, alla luce dell'evoluzione normativa introdotta dalla legge Balduzzi e, soprattutto, dalla legge Gelli-Bianco. Il contributo analizza i profili di imputazione soggettiva della responsabilità penale nell'era della medicina digitale, soffermandosi sui limiti della spiegabilità degli algoritmi, sulla distribuzione della responsabilità tra medico, struttura sanitaria e produttore del software, nonché sulle più recenti indicazioni giurisprudenziali.

The growing use of artificial intelligence in healthcare raises new questions about physicians criminal liability. Algorithmic decision-support tools require rethinking medical negligence and the duty of care within the framework of the Balduzzi and Gelli-Bianco laws. This paper analyzes the subjective elements of liability in digital medicine, focusing on limits of algorithmic explainability, the allocation of responsibility among physicians, healthcare institutions, and software developers, and recent case law. It adopts a constitutional perspective, emphasizing the need to balance patient health protection with physicians' professional autonomy.

SOMMARIO

1. Premessa: intelligenza artificiale e crisi dei modelli tradizionali di responsabilità medica; 2. La colpa medica tra Balduzzi e Gelli-Bianco; 3. L'intelligenza artificiale come supporto decisionale e la posizione di garanzia del medico; 4. Scenari applicativi e casi clinico-giuridici; 5. La responsabilità distribuita: medico, struttura sanitaria e produttore del software; 6. L'algoritmo opaco e il problema della spiegabilità; 7. Profili giurisprudenziali recenti: continuità e adattamento delle categorie penalistiche; 8. Valutazione penalistica: colpa, prevedibilità ed evitabilità nell'era dell'intelligenza artificiale; 8.1. La regola cautelare; 8.2. La prevedibilità dell'evento; 8.3. L'evitabilità dell'evento; 9. Impatto pratico: criteri operativi per l'accertamento della responsabilità; 10. Conclusioni.

1. Premessa: intelligenza artificiale e crisi dei modelli tradizionali di responsabilità medica

L'ingresso sistematico dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali in ambito sanitario rappresenta una delle trasformazioni più significative della medicina contemporanea, incidendo profondamente sui tradizionali paradigmi della responsabilità professionale del medico¹.

Dalla diagnostica per immagini alla stratificazione del rischio clinico, dalla pianificazione terapeutica al triage digitale, i sistemi algoritmici assumono un ruolo sempre più rilevante nei processi decisionali che riguardano la salute e la vita dei pazienti. Tale evoluzione tecnologica mette in tensione modelli di responsabilità costruiti su processi decisionali esclusivamente umani e su parametri di diligenza ancorati alla perizia individuale².

Quando l'atto medico si colloca all'interno di un procedimento mediato da strumenti algoritmici, la valutazione della colpa non può limitarsi a una verifica astratta della correttezza della condotta, ma deve estendersi all'analisi del ruolo concreto svolto dall'intelligenza artificiale, dei margini di controllo effettivamente esercitabili e dei limiti cognitivi derivanti dall'opacità tecnologica. La questione assume immediata rilevanza costituzionale.

L'art. 32 Cost. tutela la salute quale diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività³, imponendo un elevato livello di protezione anche nell'utilizzo di strumenti tecnologici avanzati. Parallelamente, la responsabilità penale del medico deve conformarsi ai principi di legalità, colpevolezza e proporzionalità, evitando che l'innovazione si traduca in un'indebita espansione dell'area del penalmente rilevante⁴. In tale prospettiva, l'intelligenza artificiale non può essere considerata né un mero strumento neutro, né un soggetto autonomo di imputazione. Essa si configura piuttosto come un fattore sistemico idoneo a ridefinire il contenuto della posizione di garanzia del sanitario, imponendo una rilettura della colpa in chiave multilivello e garantista⁵.

2. La colpa medica tra Balduzzi e Gelli-Bianco

La disciplina della responsabilità penale dell' esercente la professione sanitaria ha conosciuto, nell'ultimo decennio, una profonda evoluzione normativa, finalizzata a razionalizzare l'area della colpa medica e a contenere il fenomeno della medicina difensiva⁶.

Con la legge 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi), il legislatore ha introdotto un primo tentativo di delimitazione della responsabilità penale, attribuendo rilievo al rispetto delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali quali parametri di valutazione della diligenza professionale⁷. Tale intervento, tuttavia, presentava significative incertezze applicative, in particolare con riferimento alla distinzione tra colpa lieve e colpa grave, affidata in larga misura all'interpretazione giurisprudenziale⁸.

1. Cfr. T.F.X. Januario, *Intelligenza artificiale e diritto penale della medicina*, 2024, 45 ss.

2. F. Basile – P.F. Poli, *La responsabilità per colpa medica a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, Milano, 2022, 23 ss.

3. Art. 32 Cost.; Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282

4. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, 2009, 589 ss.

5. V. anche M. Donini, *Responsabilità e rischio tecnologico*, in Riv. It. Dir. proc. Pen., 2021, 1123 ss.

6. Cfr. G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, ult. ed., 712 ss.

7. L. 8 novembre 2012, n.189, art. 3.

8. Cass., sez. IV, 11 marzo 2014, n. 16237

La successiva legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) ha ulteriormente affinato il quadro normativo, prevedendo l'esclusione della responsabilità penale in caso di imperizia quando il sanitario si sia attenuto a linee guida adeguate al caso concreto, salvo le ipotesi di colpa grave⁹. La riforma si inserisce in una prospettiva dichiaratamente garantista, volta a circoscrivere l'intervento penale alle sole condotte effettivamente rimproverabili¹⁰.

Tuttavia, l'impianto della riforma è stato concepito in un contesto in cui il processo decisionale restava prevalentemente umano.

L'introduzione sistematica dell'intelligenza artificiale incrina tale presupposto, ponendo interrogativi inediti sulla nozione di imperizia, sulla prevedibilità dell'evento e sulla misura della diligenza esigibile dal sanitario¹¹.

In particolare, l'interazione con sistemi algoritmici complessi rende problematica l'individuazione della regola cautelare violata e la valutazione della concreta evitabilità dell'evento. Ne discende che le categorie elaborate nel contesto predigitale devono essere rilette alla luce del mutato scenario tecnologico, evitando sia derive punitivistiche, sia vuoti di tutela. La colpa medica, nell'era dell'intelligenza artificiale, si configura così come una categoria dinamica, il cui contenuto deve essere ricostruito in relazione al grado di controllo effettivamente esercitabile sul rischio tecnologico¹².

3. L'intelligenza artificiale come supporto decisionale e la posizione di garanzia del medico

Nell'attuale stato dell'arte, i sistemi di intelligenza artificiale impiegati in ambito sanitario operano prevalentemente come strumenti di supporto al processo decisionale clinico, fornendo raccomandazioni, segnalazioni di rischio e suggerimenti diagnostico-terapeutici, senza sostituire formalmente il medico nella titolarità della decisione finale¹³. Ne deriva che la posizione di garanzia nei confronti del paziente permane in capo al sanitario, quale soggetto investito del dovere di protezione del bene salute.

La permanenza della centralità del medico costituisce il punto di partenza per l'analisi della responsabilità penale nell'era digitale. L'output algoritmico non esonera il sanitario dall'obbligo di valutazione critica, ma ne ridefinisce il contenuto, estendendo il dovere di diligenza alla capacità di comprendere, nei limiti del possibile, l'affidabilità dello strumento utilizzato, di contestualizzarne i risultati e di discostarsene quando il quadro clinico lo richieda¹⁴. In tale prospettiva, la colpa medica non può essere automaticamente affermata né in caso di adesione acritica alle indicazioni dell'intelligenza artificiale, né in caso di loro sistematico rifiuto. Ciò che rileva è la ragionevolezza della decisione adottata alla luce delle conoscenze disponibili, delle linee guida, delle caratteristiche del paziente e delle informazioni fornite dal sistema algoritmico¹⁵.

La posizione di garanzia del medico assume, pertanto, una dimensione "tecnologicamente mediata", nella quale il controllo del rischio non si esaurisce nell'atto clinico in senso stretto, ma si estende alla

9. L. 8 marzo 2017, n. 24, art. 6.

10. F. Viganò, La responsabilità medica dopo la legge Gelli-Bianco, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 1 ss.

11. F. Centonze, Colpa e tecnologie complesse, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 845 ss.

12. A. Cadoppi, Responsabilità penale e rischio tecnologico, *Torino*, 2019, 156 ss.

13. Cfr. G. Comandè – G. Sartor, Responsabilità e intelligenza artificiale, *Torino*, 2020, 97 ss.

14. M. Gambardella, Colpa medica e nuove tecnologie, in *Cass. Pen.*, 2021, 3245 ss.

gestione delle informazioni digitali e alla valutazione della loro attendibilità¹⁶. In questo contesto, emerge una nuova forma di competenza professionale, che integra il sapere clinico con una conoscenza minima dei limiti e delle potenzialità degli strumenti algoritmici.

4. Scenari applicativi e casi clinico-giuridici

L'impatto dell'intelligenza artificiale sulla responsabilità penale del medico emerge con particolare evidenza nell'analisi di casi clinici concreti, nei quali l'algoritmo interviene come fattore rilevante nel processo decisionale. È sul terreno applicativo che si misura la tenuta delle categorie tradizionali della colpa e della posizione di garanzia¹⁷.

Un primo ambito emblematico è rappresentato dalla diagnostica per immagini. In radiologia, sistemi di intelligenza artificiale sono oggi in grado di individuare lesioni sospette con livelli di accuratezza talora superiori a quelli umani¹⁸. Si pensi al caso in cui un algoritmo segnali la possibile presenza di una neoplasia polmonare in fase iniziale, raccomandando ulteriori accertamenti. Qualora il medico ignori tale indicazione senza una motivazione clinica plausibile, determinando un ritardo diagnostico con esiti dannosi, la valutazione della colpa dovrà tener conto della ragionevolezza della scelta compiuta.

In tale scenario, l'errore non deriva dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale in sé, ma dall'omessa integrazione critica dell'informazione algoritmica nel giudizio clinico complessivo¹⁹. La responsabilità penale può configurarsi qualora il sanitario abbia disatteso un segnale attendibile senza adeguata giustificazione, violando il dovere di diligenza esigibile. Analoghe considerazioni valgono per la dermatologia digitale, ove algoritmi di riconoscimento delle immagini cutanee sono impiegati per l'identificazione precoce dei melanomi²⁰. In tali casi, l'eventuale dissenso rispetto all'output algoritmico deve essere adeguatamente motivato sulla base di dati clinici concreti, al fine di escludere profili di colpa.

Particolarmente delicato è, infine, il contesto del triage digitale nei pronto soccorso. I sistemi di classificazione algoritmica del rischio incidono direttamente sui tempi di intervento e, quindi, sulle possibilità di sopravvivenza del paziente²¹. In presenza di segnalazioni attendibili di elevato rischio, una sottovalutazione ingiustificata da parte del medico può tradursi in un evento evitabile penalmente rilevante.

Tali esempi dimostrano come l'intelligenza artificiale non sostituisca il giudizio umano, ma ne divenga parte integrante. La colpa medica si colloca nello spazio che separa l'affidamento acritico dalla valutazione consapevole, richiedendo al sanitario una competenza non solo clinica, ma anche tecnologica²².

5. La responsabilità distribuita: medico, struttura sanitaria e produttore del software

L'utilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario rende progressivamente inadeguata una concezione monolitica della responsabilità penale, incentrata esclusivamente sulla figura del medico. Il

15. Cass., sez. IV, 21 giugno 2018, n.37794.

16. A. Di Martino, Posizione di garanzia e tecnologie sanitarie, in *Dir. Pen. Proc.*, 2022, 114 ss.

17. Cfr. F. Palazzo, Corso di diritto Penale, Torino, ult. ed., 412 ss.

18. E. Topol, Deep Medicine, New York, 2019, 67 ss.

19. M. Ronco, Colpa e affidamento tecnologico, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2021, 901 ss.

20. A. Esteve et al., Dermatologist-level classification of skin cancer, in *Nature*, 2017, 542, 115 ss.

21. WHO, Digital Triage Systems in Emergency Care, 2021.

rischio tecnologico si inserisce, infatti, all'interno di una catena decisionale complessa, che coinvolge una pluralità di soggetti, ciascuno titolare di specifici doveri di prevenzione e controllo²³.

Il medico conserva un ruolo centrale, in quanto titolare della posizione di garanzia nei confronti del paziente. Egli è chiamato a esercitare un controllo critico sull'output algoritmico, a comprenderne i limiti e a inserirlo nel contesto clinico concreto. Tuttavia, tale controllo presuppone condizioni organizzative e formative che non dipendono esclusivamente dal singolo professionista²⁴.

La struttura sanitaria assume una responsabilità di natura prevalentemente organizzativa e preventiva. Essa è tenuta a selezionare sistemi tecnologici affidabili, a garantirne l'aggiornamento e la manutenzione, nonché a predisporre adeguati programmi di formazione per il personale sanitario²⁵. In presenza di gravi carenze organizzative, non può escludersi una responsabilità penale per colpa di organizzazione, in linea con l'elaborazione giurisprudenziale in materia di responsabilità degli enti.

Accanto al medico e alla struttura, si colloca il produttore del software, responsabile della progettazione, validazione e sicurezza del sistema algoritmico. Difetti di progettazione, errori sistematici o carenze nei meccanismi di aggiornamento possono incidere direttamente sulla sicurezza del paziente. Sebbene la responsabilità del produttore sia tradizionalmente inquadrata in ambito civilistico, non è esclusa una rilevanza penale in presenza di condotte gravemente negligenti o dolose²⁶.

Si delinea, in tal modo, un modello di responsabilità multilivello, nel quale il rimprovero penale deve essere commisurato al potere effettivo di controllo esercitabile da ciascun soggetto. Una diversa impostazione, fondata sull'automatica imputazione al medico di ogni evento dannoso, rischierebbe di produrre effetti distorsivi, incentivando forme rinnovate di medicina difensiva e ostacolando l'innovazione tecnologica²⁷.

6. L'algoritmo opaco e il problema della spiegabilità

Uno dei profili maggiormente problematici nell'impiego dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario è rappresentato dall'opacità algoritmica. Molti sistemi basati su tecniche di machine learning e deep learning operano come vere e proprie "scatole nere", il cui funzionamento interno risulta difficilmente interpretabile anche per gli esperti del settore²⁸.

Tale opacità incide direttamente sulla valutazione della colpa medica. Qualora il medico non sia in grado di comprendere le ragioni che hanno condotto l'algoritmo a formulare una determinata raccomandazione, il suo margine di controllo risulta significativamente ridotto. In tali condizioni, imputare al sanitario una responsabilità penale per l'adesione a un output errato rischia di porsi in contrasto con il principio di colpevolezza²⁹.

La questione della spiegabilità assume, pertanto, una valenza eminentemente giuridica. Affinché il medico possa esercitare un controllo consapevole, i sistemi di intelligenza artificiale devono essere

22. S. Seminara, Responsabilità professionale e innovazione, in *Resp. Civ. prev.*, 2022, 233 ss.

23. Cfr. G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale*, Milano, ult. ed., 389 ss.

24. A. Gargani, Colpa professionale e organizzazione sanitaria, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 1045 ss.

25. Cass., sez. IV, 9 marzo 2017, n. 8770.

26. A. Vallini, Responsabilità penale del produttore di software medico, in *Dir. Pen. Cont.*, 2022, 57 ss.

27. M. Pelissero, Rischio tecnologico e imputazione penale, *Torino*, 2021, 142 ss.

progettati secondo criteri di trasparenza, auditabilità e tracciabilità³⁰. La possibilità di ricostruire ex post il processo decisionale dell'algoritmo costituisce un requisito essenziale non solo per la sicurezza del paziente, ma anche per la corretta attribuzione della responsabilità. In tale prospettiva, rilevano le indicazioni provenienti dal diritto dell'Unione Europea, in particolare dal Regolamento sull'intelligenza artificiale (AI Act), che valorizza i principi di trasparenza, gestione del rischio e supervisione umana nei sistemi ad alto rischio, tra cui rientrano quelli utilizzati in ambito sanitario³¹.

In una prospettiva costituzionalmente orientata, la mancanza di spiegabilità non può tradursi in un aggravamento della responsabilità del medico. Al contrario, essa impone una restrizione dell'area del penalmente rilevante, limitata ai soli casi in cui il sanitario abbia effettivamente avuto la possibilità di comprendere e gestire il rischio tecnologico³².

7. Profili giurisprudenziali recenti: continuità e adattamento delle categorie penalistiche

La giurisprudenza di legittimità, pur non avendo ancora affrontato in modo sistematico casi paradigmatici di responsabilità penale derivante dall'uso di sistemi di intelligenza artificiale in ambito clinico, ha progressivamente elaborato principi suscettibili di applicazione anche in contesti tecnologicamente avanzati³³.

In particolare, le pronunce della Corte di Cassazione n. 24384 del 2020 e n. 28187 del 2022 ribadiscono la centralità della posizione di garanzia del medico, intesa come obbligo di protezione del bene salute fondato sul controllo effettivo del rischio. La responsabilità penale non può essere fondata su automatismi presuntivi, ma richiede la verifica concreta della violazione di una regola cautelare e della possibilità, per il sanitario, di evitare l'evento dannoso³⁴. Tali principi assumono rilievo decisivo nel contesto dell'intelligenza artificiale. L'uso di strumenti tecnologici complessi non elimina la responsabilità del medico, ma ne ridefinisce il contenuto: il controllo si estende all'intero processo decisionale, inclusa la gestione delle informazioni algoritmiche³⁵.

La giurisprudenza insiste, inoltre, sulla necessità di una valutazione ex ante della condotta, escludendo giudizi retrospettivi fondati sull'esito sfavorevole dell'intervento. Questo orientamento appare particolarmente rilevante nei casi in cui l'intelligenza artificiale fornisca raccomandazioni probabilistiche, caratterizzate da un margine fisiologico di errore³⁶.

8. Valutazione penalistica: colpa, prevedibilità ed evitabilità nell'era dell'intelligenza artificiale

Dal punto di vista penalistico, l'intelligenza artificiale impone una rilettura delle categorie tradizionali della colpa, senza tuttavia determinarne uno stravolgimento strutturale³⁷. Le coordinate fondamentali del

28. C. Burrell, How the Machine "Thinks", in *Big Data & Society*, 2016.

29. L.Ferrajoli, Diritto e ragione, cit., 601 ss.

30. S. Wachter – B. Mittelstad, A right to Explanation, in *Int. Data Privacy Law*, 2017, 76 ss.

31. Regolamento UE 2024/1684 AI ACT, artt. 9,13,14.

32. F. Viganò, Colpa e prevedibilità nell'era algoritmica, in *Sistema Penale*, 2024

33. Cfr. M. Gallo, Tecnologia e responsabilità penale, in *Cass. Pen.*, 2021, 2871 ss.

34. Cass., sez. IV, 16 luglio 2020, n. 24384; Cass., sez. IV, 12 luglio 2022, n. 28187.

35. A. Pagliaro, Rischio consentito e nuove tecnologie, *Milano*, 2020, 94 ss.

36. Cass., sez. IV, 7 maggio 2019, n. 21221.

rimprovero colposo restano ancorate alla violazione di una regola cautelare, alla prevedibilità dell'evento e alla sua concreta evitabilità.

8.1. La regola cautelare

Nell'era dell'intelligenza artificiale, la regola cautelare non può coincidere né con l'obbligo di adesione automatica all'output algoritmico, né con un generico dovere di diffidenza. Essa deve essere ricostruita alla luce delle linee guida cliniche, dei protocolli di utilizzo del sistema, del livello di affidabilità scientifica dell'algoritmo e delle condizioni concrete del paziente³⁸.

8.2. La prevedibilità dell'evento

La prevedibilità dell'evento lesivo deve essere valutata in relazione alle conoscenze disponibili al momento della decisione. Se l'errore dell'intelligenza artificiale rientra in un margine di imprevedibilità tecnica non dominabile dal medico, l'evento non può essere ascritto a titolo di colpa³⁹.

8.3. L'evitabilità dell'evento

Il criterio dell'evitabilità rappresenta il vero banco di prova dell'imputazione colposa. Occorre verificare se, in concreto, il sanitario avrebbe potuto comprendere l'errore, discostarsi ragionevolmente dall'indicazione dell'algoritmo e adottare una condotta alternativa lecita ed efficace⁴⁰.

9. Impatto pratico: criteri operativi per l'accertamento della responsabilità

L'elaborazione teorica fin qui svolta impone un mutamento del metodo di accertamento della responsabilità penale, più che delle categorie dogmatiche di riferimento⁴¹. In particolare, l'analisi giudiziale dovrebbe articolarsi secondo alcuni passaggi fondamentali:

- a) qualificazione del ruolo svolto dall'intelligenza artificiale nel processo decisionale;
- b) valutazione del grado di affidabilità del sistema;
- c) accertamento della formazione del medico;
- d) verifica del margine di controllo concreto;
- e) analisi del comportamento alternativo lecito.

Tale approccio consente di evitare sia derive punitivistiche, sia vuoti di tutela, mantenendo il diritto penale entro la sua funzione di *extrema ratio*⁴².

10. Conclusioni

L'introduzione dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario non determina una crisi irreversibile delle categorie penalistiche tradizionali, ma ne richiede un'applicazione più rigorosa e consapevole⁴³. Il medico resta il perno del sistema di responsabilità, ma la sua posizione di garanzia deve essere interpretata

³⁷ G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto Penale*, cit., 720 ss.

³⁸ F. Palazzo, *Colpa penale e regole cautelari*, Torino, 2018, 133 ss.

³⁹ M. Donini, *Imputazione oggettiva e rischio tecnologico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2022, 501 ss.

⁴⁰ Cass., sez. IV, 14 febbraio 2018, n. 8243.

⁴¹ Cfr. L. Cornacchia, *Metodo e Responsabilità penale*, Bologna, 2020, 211 ss.

⁴² L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 615 ss.

⁴³ A. Cadoppi, *Rischio e Responsabilità*, cit. 2021 ss.

alla luce del controllo effettivo del rischio tecnologico. Una responsabilità penale coerente con i principi costituzionali non può fondarsi su automatismi né sulla mera verifica dell'evento dannoso. Essa deve ancorarsi alla violazione di regole cautelari esigibili, alla prevedibilità dell'evento e alla concreta evitabilità del danno⁴⁴.

Sul piano pratico, ciò impone un rafforzamento della formazione tecnologica dei sanitari, una chiara governance dell'uso dell'intelligenza artificiale da parte delle strutture sanitarie e sistemi algoritmici progettati secondo criteri di trasparenza e controllabilità. Solo in questo quadro l'innovazione può integrarsi nel sistema sanitario senza compromettere né la tutela della salute dei pazienti, né le garanzie fondamentali del diritto penale.

⁴⁴ F. Viganò, Colpevolezza e Tecnologia, in *Sistema Penale*, 2024 **Bibliografia** BASILE F., POLI P.F., La responsabilità per colpa medica, Milano, 2022. CADOPPI A., Responsabilità penale e rischio tecnologico, Torino, 2019. COMANDÉ G., SARTOR G., Responsabilità e IA, Torino, 2020. FERRAJOLI L., Diritto e ragione, Roma-Bari, 2009. JANUÁRIO T.F.X., Intelligenza artificiale e diritto penale, 2024. PALAZZO F., Colpa penale, Torino, 2018. **Giurisprudenza** Cass., sez. IV, 16 luglio 2020, n. 24384. Cass., sez. IV, 12 luglio 2022, n. 28187. Cass., sez. IV, 14 febbraio 2018, n. 8243. **Normativa** L. 8 novembre 2012, n. 189. L. 8 marzo 2017, n. 24. Reg. (UE) 2024/1684 (AI Act). **Sitografia** Commissione europea, Artificial Intelligence Act, 2024. WHO, Digital Health Guidelines, 2021.

CONTRIBUTO SCIENTIFICO · SOTTOPOSTO A REVISIONE TRA PARI

A trent'anni dal caso BMW v. Gore. Una rassegna sui danni punitivi tra tradizione civilistica e sfide digitali

Thirty Years After BMW v. Gore. Punitive Damages between Civilian Tradition and Digital Challenges

Matteo Pertosa

Dottorando di ricerca · Alma mater studiorum - Università di Bologna

IDENTIFICATIVO

Contributo n. 11764
ISSN 2532-9871

LICENZA

Accesso aperto · gli autori
conservano i propri diritti

STORIA EDITORIALE

Pubblicato il 7 maggio 2026
Sottoposto a revisione tra pari

FASCICOLO

II/2026 · Anno XIII

COME CITARE

MATTEO PERTOSA, *A trent'anni dal caso BMW v. Gore. Una rassegna sui danni punitivi tra tradizione civilistica e sfide digitali*, in Riv. Cammino Diritto, fasc. II/2026, ISSN 2532-9871.

ABSTRACT

Il contributo esamina la compatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento italiano a trent'anni da BMW v. Gore (1996), dimostrando che il principio compensativo non è un assioma bensì una regola storicamente determinata, già derogata dal diritto positivo e progressivamente erosa dalla giurisprudenza, da Cass. n. 1183/2007 a Cass. Sez. Un. n. 16601/2017. Il raffronto con i sistemi europei e con il soft law (DCFR, PETL) rivela che la distanza tra civil law e common law è di grado, non di natura. Si esamina infine come GDPR e AI Act abbiano introdotto deterrenza pubblicistica di portata superiore a qualsiasi danno punitivo privato, rendendo urgente una disciplina organica dell'istituto.

This article examines the compatibility of punitive damages with Italian private law thirty years after BMW v. Gore (1996), arguing that the compensatory principle is not an axiom but a historically contingent rule, already departed from in Italian positive law and progressively eroded by case law, from Cass. No. 1183/2007 to Cass. Sez. Un. No. 16601/2017. Comparison with European systems and soft law instruments (DCFR, PETL) shows that the gap between civil law and common law on private sanctions is one of degree rather than kind. The article concludes by examining how the GDPR and the AI Act have introduced public deterrence exceeding any private punitive award, making an organic legislative framework urgent.

SOMMARIO

1. Alle origini di una riflessione; 2. La lunga stagione del rifiuto tra giurisprudenza e dottrina; 3. BMW of North America v. Gore, per una lettura analitica; 4. La logica interna dei punitive damages tra retribuzione, deterrenza e analisi economica; 5. Il dibattito della civilistica italiana, mappa di un dissenso strutturato; 6. La svolta delle Sezioni Unite del 2017, portata e limiti di una rivoluzione controllata; 7. Esperienze europee a confronto; 8. I segmenti di diritto punitivo nell'ordinamento italiano positivo; 9. La giurisprudenza nell'era post-2017, continuità nella discontinuità; 10. La deterrenza nell'era digitale tra intelligenza artificiale e tutela dei dati; 11. Verso una disciplina organica, modelli a confronto; 12. Considerazioni conclusive.

1. Alle origini di una riflessione

Trent'anni fa, il 20 maggio 1996, la Corte Suprema degli Stati Uniti pronunciava una sentenza destinata a diventare il riferimento ineludibile di ogni riflessione giuridica in tema di danni punitivi¹.

La vicenda — scaturita dall'acquisto di una vettura nuova e riverniciata in segreto prima della consegna al compratore — non presentava, di per sé, nulla di straordinario. Era la risposta giudiziaria ad avere dell'eccezionale.

La giuria aveva comminato un premio punitivo di quattro milioni di dollari su un danno compensativo di quattromila, con un rapporto di mille a uno che appariva, anche ai meno sensibili alla proporzione, difficilmente difendibile. La pronuncia della Corte Suprema non si limitò a correggere quell'eccesso.

Essa elaborò, per la prima volta in modo organico, un sistema di criteri destinati a governare la ragionevolezza dei danni punitivi nel diritto americano — i cosiddetti *Gore guideposts* — trasformando una questione di giustizia correttiva nel caso singolo in un problema di architettura del sistema sanzionatorio privato².

Fu il momento in cui il dibattito americano smise di chiedersi se i danni punitivi fossero legittimi in astratto e cominciò a chiedersi secondo quali regole dovessero operare in concreto. Un cambio di prospettiva di portata sistematica che, a distanza di un trentennio, impone una riflessione complessiva. Il trentennale della sentenza offre un'occasione rara per fare il bilancio di questo istituto anche nell'ordinamento italiano, che ha vissuto nello stesso arco di tempo una parabola propria, per certi versi inversa a quella americana.

Mentre il diritto statunitense si muoveva verso la razionalizzazione e il contenimento dei premi punitivi, quello italiano compiva un cammino opposto, da un rifiuto aprioristico e categorico — culminato nella pronuncia del 2007 che dichiarava i danni punitivi contrari all'ordine pubblico — verso un'apertura progressiva e ragionata, sancita dalle Sezioni Unite nel 2017³.

Due traiettorie che si incontrano in un punto mediano che vale la pena esplorare, tanto più che il dibattito si è nel frattempo arricchito di una dimensione del tutto nuova in punto al diritto civile.

1. *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), rel. Justice Stevens, pronunciata il 20 maggio 1996 con cinque voti contro quattro. Ira Gore Jr. acquistò nel 1990 una BMW nuova e scoprì successivamente che la carrozzeria era stata parzialmente riverniciata prima della consegna in applicazione di una politica aziendale non divulgata che consentiva la riverniciatura quando il costo della riparazione non superasse il 3% del valore del veicolo. Il danno compensativo fu liquidato in 4.000 dollari; i danni punitivi furono inizialmente fissati in 4.000.000 di dollari, poi ridotti a 2.000.000 dalla Corte Suprema dell'Alabama e infine censurati dalla Corte Suprema federale come "grossly excessive" in violazione del XIV Emendamento. Cfr. G. Ponzanelli, La irresistibile forza dei danni punitivi: dal caso BMW al caso State Farm, in *Danno e responsabilità*, 6, 2003, p. 529 ss.

2. I tre *Gore guideposts* sono elaborati alle pp. 574-580 della decisione. Il primo, il degree of reprehensibility, valuta la gravità morale della condotta in ragione della malafede, della vulnerabilità delle vittime, della reiterazione e dell'atteggiamento stragiudiziale. Il secondo riguarda il rapporto numerico tra danno punitivo e compensativo, rispetto al quale rapporti superiori a 10:1 richiedono giustificazione rafforzata. Il terzo introduce il confronto con le sanzioni legislative previste per condotte analoghe. Cfr. A.M. Polinsky, S. Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, in *Harvard Law Review*, vol. 111, 1998, p. 869 ss.; C. Sunstein et al., Punishing Corporations, in *University of Pennsylvania Law Review*, 153, 2004, p. 1398 ss.

3. Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro italiano*, 2017, I, c. 2630, con note di R. Pardolesi, R. Simone, Dalla parte dei danni punitivi; G. Scalisi, Ingiustizia del danno e lesione del neminem laedere. In *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2017, p. 1413, con nota di P. Femia, Tre domande a margine di Cass. SS.UU. 16601/2017. V. anche *Rivista di diritto civile*, 1, 2018, fascicolo monografico sul tema con contributi di E. Navarretta, C. Castronovo, M. Barcellona, R. Pardolesi.

Le sfide poste dall'intelligenza artificiale e dalla deterrenza digitale ripropongono in chiave tecnologica le medesime tensioni tra compensazione individuale e prevenzione collettiva del danno che i danni punitivi hanno sempre incarnato.

La prospettiva metodologica prescelta è quella del diritto comparato funzionale⁴.

Non si tratta di verificare se l'ordinamento italiano conosca o debba conoscere un istituto denominato "danni punitivi", bensì di indagare quali funzioni tale istituto assolve nei sistemi che lo contengono — deterrenza, punizione, disgorgement dell'arricchimento ingiusto, distribuzione ottimale del rischio — e se quelle stesse funzioni trovino espressione nell'ordinamento italiano in forme diverse ma funzionalmente equivalenti.

La domanda, così riformulata, non ammette risposte nette; il diritto è sempre più ricco della dogmatica che lo descrive.

2. La lunga stagione del rifiuto tra giurisprudenza e dottrina

Il confronto dell'ordinamento italiano con i danni punitivi comincia, per una ragione strutturale, non in aula universitaria ma in cancelleria.

È il diritto internazionale privato che forza la questione sul tavolo dei giudici italiani, giacché le sentenze straniere comminatorie di punitive damages vengono portate all'attenzione dei nostri tribunali da chi ne chiede il riconoscimento ai fini dell'esecuzione sul territorio nazionale.

Le risposte di questi giudici non sono mai mere decisioni di diritto processuale internazionale; esse presuppongono una precisa opzione teorica sulla funzione della responsabilità civile e la rendono esplicita con una chiarezza che il diritto sostanziale spesso non raggiunge. Il dibattito dottrinale era già acceso da decenni.

Nel 1985 — anno che può considerarsi la data convenzionale di nascita della questione nella scienza giuridica italiana — vedeva la luce il volume collettaneo sulle pene private⁵ e, quasi contestualmente, il primo confronto critico con la categoria angloamericana⁶. La frattura tra le correnti di pensiero era nitida sin dalle prime battute.

Da un lato chi vedeva nella sanzione privata una proiezione fisiologica di un ordinamento maturo, capace di far propria la lezione dei sistemi di common law senza tradire i propri principi fondamentali; dall'altro chi la riteneva radicalmente estranea al sistema della responsabilità civile italiana, dominato da un principio di integralità del risarcimento elevato a valore quasi costituzionale e non disponibile per il legislatore ordinario senza una revisione dell'impianto codicistico complessivo.

⁴ *Sul metodo del diritto comparato funzionale* v. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Torino, 1992, p. 43 ss.; A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2009, p. 445 ss.

⁵ F.D. Busnelli, G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 293 ss. Il volume, esito di un convegno pavese del 1984, costituisce il primo sistematico tentativo della civilistica italiana di elaborare una teoria delle sanzioni private nel diritto civile.

⁶ R. Pardolesi, G. Ponzanelli, *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro italiano*, 4, 1985, c. 14 ss.; G. Alpa, *I punitive damages nel dibattito italiano e nella esperienza comparatistica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 1985, p. 7 ss.

La Corte di Cassazione prese posizione in modo esplicito con la sentenza n. 1183 del 19 gennaio 2007, statuendo che la liquidazione del risarcimento a somme superiori al pregiudizio effettivo è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano⁷.

La motivazione si muoveva su un duplice piano. Sul versante sistematico, la Corte valorizzava l'art. 2043 c.c. come norma strutturalmente orientata alla reintegrazione del patrimonio leso, escludendo che essa potesse fondare liquidazioni eccedenti il danno effettivo. Sul versante costituzionale, si richiamava il principio di legalità in materia penale — art. 25 Cost. — a sostegno dell'argomento che la funzione punitiva è riservata al legislatore penale e non può essere esercitata dal giudice civile in via pretoria.

L'argomento costituzionale era apparentemente dirimente ma celava una petizione di principio, poiché presupponeva ciò che si trattava di dimostrare, ossia che la responsabilità civile non potesse svolgere funzioni punitive.

La circostanza che il diritto penale eserciti in modo privilegiato la funzione punitiva non implica che il diritto civile ne sia costituzionalmente escluso; essa implica soltanto che, quando il diritto civile intende esercitare quella funzione, deve farlo nel rispetto del principio di legalità, sulla base di fattispecie tipizzate e con criteri predeterminati.

Questo è precisamente il nucleo di quanto le Sezioni Unite avrebbero detto nel 2017. Già prima di quella data la diga mostrava qualche crepa, con pronunce di merito assai più sfumate rispetto alla recisività del 2007⁸, che segnarono come il sistema fosse maturo per la svolta e che occorreva soltanto il caso giusto.

La posizione di chiusura della giurisprudenza trovava nel frattempo autorevole sostegno dottrinale.

La corrente sistematicamente conservativa elaborava la tesi della funzione esclusivamente compensativa come principio fondamentale non derogabile dell'ordinamento^{9,10}, argomentando che il risarcimento del danno è la misura dell'equivalente monetario del pregiudizio subito e non uno strumento di politica del diritto nelle mani della magistratura, e che ammettere il contrario significherebbe sovvertire l'intera architettura della responsabilità aquiliana senza una chiara investitura legislativa.

Un argomento robusto, certamente, ma che riposava su una premessa — la monofunzionalità della responsabilità civile — di cui il diritto positivo italiano stava già mostrando, in quegli stessi anni, la fragilità attraverso una serie di disposizioni settoriali di segno apertamente sanzionatorio.

3. BMW of North America v. Gore, per una lettura analitica

Per comprendere la portata della pronuncia del 1996 occorre ripartire dai fatti, perché la Corte Suprema vi dedica una parte insolitamente ampia della motivazione non per mero rispetto della narratività

⁷ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro italiano*, 1, 2007, c. 1460, con nota di M. Franzoni, Il danno non patrimoniale del diritto vivente. La sentenza statui che il sistema della responsabilità civile italiano non conosce, al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, meccanismi di liquidazione in misura superiore al pregiudizio effettivamente subito. V. anche R. Pardolesi, R. Simone, Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"; in *Foro italiano*, 1, 2009, p. 134.

⁸ Corte di Appello di Venezia, 15 ottobre 2001, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4, 2002, p. 1021. Trib. Milano, 14 gennaio 2016, in *Danno e responsabilità*, 5, 2016, p. 485, con nota di G. Ponzanelli.

⁹ C. Castronovo, Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale, in *Europa e diritto privato*, 5, 2008, p. 315 ss.;

¹⁰ C. Salvi, Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni, Napoli, 1985, p. 12 ss.

processuale, bensì per dimostrare l'applicazione concreta del primo e più importante dei tre criteri elaborati, quello della gravità della condotta. *Ira Gore Jr.* aveva acquistato nel 1990 una *BMW* nuova dal concessionario e aveva scoperto, affidando la vettura a un dettagliante qualche mese dopo, che la carrozzeria era stata parzialmente riverniciata prima della consegna.

La casa madre applicava una politica aziendale — non divulgata né ai concessionari né agli acquirenti — che consentiva la riverniciatura delle vetture danneggiate durante il trasporto quando il costo della riparazione non superasse il 3% del prezzo di vendita.

Il danno compensativo fu liquidato in 4.000 dollari, l'esatto deprezzamento di mercato imputabile alla riverniciatura; la giuria fissò i danni punitivi in 4.000.000 di dollari, calcolando che la stessa politica fosse stata applicata a circa mille vetture negli Stati Uniti e moltiplicando il danno unitario per tale numero.

La Corte Suprema dell'Alabama aveva già ridotto la somma a 2.000.000; la Corte Suprema federale la censurò come sproporzionata. La Corte identificò tre criteri — i *Gore guideposts* — destinati a orientare il giudizio sulla ragionevolezza dei premi punitivi^[11]. Il primo, il *degree of reprehensibility*, è al tempo stesso il più importante e il più indeterminato, in quanto valuta la gravità morale della condotta del danneggiante in ragione dei profili di malafede, della vulnerabilità delle vittime, della reiterazione dell'illecito e dell'atteggiamento tenuto in sede stragiudiziale.

La Corte precisò che la condotta della casa automobilistica, pur censurabile, non raggiungeva il grado di riprovevolezza che giustifichi premi di tale entità; si trattava di una scelta economica discutibile, non di un comportamento predatorio o doloso verso le vittime.

Il secondo criterio riguarda il rapporto numerico tra danno punitivo e danno compensativo e non si traduce in un massimale assoluto, ma in una presunzione di irragionevolezza per rapporti superiori a dieci a uno, confutabile soltanto in presenza di circostanze eccezionali.

La scelta di un parametro relativo piuttosto che assoluto è saggia, poiché un premio di diecimila dollari su un danno di mille può essere ragionevole, laddove un premio di dieci miliardi su un danno di un miliardo può risultare sproporzionato, anche se il rapporto numerico è identico.

Il terzo criterio introduce il confronto tra il premio giudiziale e le sanzioni civili o penali previste dalla legislazione dello Stato per condotte analoghe, così immettendo nell'analisi un elemento di coerenza sistemica che impedisce al giudice di comminare sanzioni irragionevolmente più severe di quelle che il legislatore ha ritenuto appropriate per fattispecie simili.

L'impatto della pronuncia sul diritto americano fu immediato e duraturo, ma soprattutto pedagogico, giacché essa trasformò i *punitive damages* da strumento di giustizia giudiziaria incontrollata in un istituto soggetto a criteri di ragionevolezza verificabili in sede di appello.

Le pronunce successive affinarono e precisarono i criteri, fissando tendenzialmente nel rapporto 9:1 il limite costituzionale, delimitando il perimetro soggettivo della comminatoria punitiva e introducendo, per il diritto marittimo federale, il rapporto 1:1 come regola suppletiva vincolante, segnando il culmine del processo di razionalizzazione¹¹.

4. La logica interna dei punitive damages tra retribuzione, deterrenza e analisi economica

L'istituto dei danni punitivi ha radici profonde nella tradizione di common law inglese, risalenti alle sentenze *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money* del 1763, in cui i giudici inglesi affermarono per la prima volta che la giuria può tener conto del carattere oppressivo e arbitrario della condotta del convenuto nel determinare l'ammontare del risarcimento, al di là dell'equivalente del danno materiale sofferto.

La traslazione dell'istituto nelle colonie americane e poi nell'ordinamento federale avvenne senza traumi, trovando terreno fertile in un sistema processuale che attribuisce alla giuria un ruolo costituzionalmente garantito nella determinazione dei rimedi.

La funzione originaria era essenzialmente retributiva, ossia quella di punire il danneggiante per la particolarità riprovevole del suo comportamento, in aggiunta alla reintegrazione del patrimonio leso.

Con l'affermarsi dell'analisi economica del diritto negli anni settanta e ottanta del Novecento, si aggiunse una funzione di deterrenza che ha progressivamente assorbito quella retributiva nell'elaborazione teorica, pur senza cancellarla dalla prassi giudiziaria. L'argomento deterrente è di una semplicità disarmante nella sua formulazione di base.

Quando la probabilità di accertamento dell'illecito è inferiore all'unità — come accade strutturalmente in ogni sistema di responsabilità privata — il risarcimento del solo danno effettivo non è sufficiente a scoraggiare condotte lesive razionalmente pianificate.

La formalizzazione economica più rigorosa ha dimostrato che il livello ottimale di deterrenza richiede che la sanzione attesa — ossia il prodotto della probabilità di accertamento per l'entità della sanzione — sia pari al danno sociale causato dalla condotta illecita; se la probabilità è inferiore a uno, la sanzione deve eccedere il danno nella misura del suo reciproco, il che in molti contesti giustifica premi molto superiori al pregiudizio individuale¹².

Il meccanismo dei danni punitivi è, in questa lettura, uno strumento di correzione del fallimento strutturale del mercato della giustizia privata. Quando l'illecito non viene scoperto con certezza, il semplice risarcimento del danno lascia al danneggiante razionale un margine di profitto atteso positivo dall'illecito.

L'analisi economica ha però fornito anche le critiche più efficaci all'istituto.

L'imprevedibilità dei premi punitivi — dovuta all'ampia discrezionalità delle giurie nella loro determinazione — crea essa stessa un costo sociale rilevante, scoraggiando investimenti in attività economicamente e socialmente utili ma esposte al rischio di responsabilità¹³.

11. *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003): tendenzialmente incostituzionale un rapporto superiore a 9:1. *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346 (2007): vietato punire per danni a soggetti estranei al giudizio. *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008): rapporto 1:1 come regola soppletiva nel diritto marittimo federale.

12. S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 9, 2004, p. 243 ss.

13. W.K. Viscusi, *The Social Costs of Punitive Damages Against Corporations*, in *Georgetown Law Journal*, 87, 1998, p. 285 ss.

Un sistema sanzionatorio di tale imprevedibilità non soltanto manca della funzione deterrente che si propone di esercitare, ma introduce elementi di ingiustizia distributiva che lo rendono difficilmente giustificabile sul piano della coerenza sistemica.

A queste critiche l'ordinamento americano ha risposto con il controllo costituzionale fondato sul *due process clause* del XIV Emendamento, con le legislazioni statali che introducono massimali assoluti o rapporti massimi tra danni punitivi e compensativi, e con i *split-recovery statutes*, adottati da diversi stati, che destinano una quota significativa dei premi punitivi a fondi pubblici anziché al solo attore, riducendo l'incentivo al contenzioso speculativo e avvicinando funzionalmente l'istituto alle sanzioni di natura pubblicistica¹⁴.

5. Il dibattito della civilistica italiana, mappa di un dissenso strutturato

Il confronto della dottrina italiana con i danni punitivi ha prodotto, nell'arco di quarant'anni, una letteratura ricca e una polarizzazione di posizioni che vale la pena ricostruire per linee essenziali prima di valutarne la tenuta sistematica alla luce della svolta giurisprudenziale del 2017.

La mappa del dissenso è trifocale, articolandosi attorno a una corrente sistematicamente conservativa, a una corrente aperta alla deterrenza e a una posizione intermedia che ha finito per prevalere nella pronuncia delle Sezioni Unite.

Le tre correnti non sono mai state nettamente separate; i loro confini si sono spostati nel tempo, e la pronuncia del 2017 ha in qualche modo ridisegnato il paesaggio, spostando il dibattito dal terreno della compatibilità di principio a quello della tipicità delle fattispecie.

La posizione più severa e sistematicamente più coerente è quella che ricostruisce la funzione della responsabilità civile italiana come esclusivamente compensativa, desumendo dall'art. 2043 c.c. un principio di integralità del risarcimento che implica al tempo stesso il divieto di liquidazioni inferiori al danno effettivo e quello di liquidazioni superiori¹⁵.

Per questa corrente, la norma è orientata alla reintegrazione del patrimonio leso nella sua situazione precedente al fatto illecito e non è uno strumento di politica preventiva, bensì la traduzione in diritto positivo di un principio di giustizia correttiva che non sopporta deviazioni né verso l'alto né verso il basso. L'argomento costituzionale — ricavato dall'art. 25, comma 2, Cost. — è decisivo in questa prospettiva, poiché consentire al giudice civile di irrogare sanzioni eccedenti il danno effettivo senza una espressa previsione legislativa significherebbe creare una pena senza legge.

Una posizione analoga sul piano degli esiti, ma diversa nelle premesse, muove non dalla struttura dell'art. 2043 c.c. ma dalla funzione sistemica della responsabilità civile, argomentando che il principio compensativo non è una scelta legislativa contingente ma una conseguenza necessaria della natura dell'obbligazione risarcitoria, che consiste nella reintegrazione di una perdita e non nell'infliczione di una pena¹⁶.

¹⁴ R. Cooter, Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis, in *Law and Contemporary Problems*, 60, 1997, p. 73 ss. V.E. Schwartz, M.A. Behrens, Punitive Damages Reform, in *Louisiana Law Review*, 42, 2001, p. 1 ss.

¹⁵ C. Castronovo, Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale, in *Eur. dir. priv.*, 5, 2008, p. 315 ss.

¹⁶ M. Franzoni, L'illecito, in *Trattato della responsabilità civile diretto da M. Franzoni*, 2ª ed., Milano, 2010, p. 10 ss., per il quale la funzione del risarcimento è compensativa o solidaristica, a differenza della funzione propriamente punitiva della sanzione penale.

A questa corrente conservativa si contrappone una dottrina aperta alla deterrenza, che parte dal rilievo che la responsabilità civile, anche nella sua formulazione tradizionale, non ha mai avuto una funzione esclusivamente compensativa in senso empirico, giacché essa produce effetti deterrenti ogni volta che chi danneggia sa di dover pagare, e tali effetti sono intrinseci alla struttura dell'istituto, non una sua deviazione patologica¹⁷.

La vera questione non è dunque se la responsabilità civile possa svolgere funzioni di deterrenza — il che è difficilmente contestabile — bensì se quelle funzioni possano essere perseguite in modo esplicito e calibrato senza che ciò richieda un intervento legislativo espresso. Su questo punto la corrente funzionalista dà risposta positiva almeno per le fattispecie in cui l'illecito è strutturalmente tale da non poter essere scoraggiato dal solo risarcimento del danno individuale¹⁸.

L'approccio comparatistico contribuisce a smontare il mito dell'alterità del diritto angloamericano. Anche nei sistemi di diritto continentale esistono strumenti — clausola penale convenzionale, astreinte, sanzioni antitrust, misure di disgorgement nella proprietà intellettuale — che assolvono funzioni strutturalmente identiche a quelle dei punitive damages, pur senza adottarne la denominazione, e la differenza tra la clausola penale convenzionale e i punitive damages è di grado, non di natura²⁰.

Tra queste due posizioni si è andata consolidando una dottrina graduata o funzionalista moderata, che accetta l'ingresso di misure a funzione sanzionatoria nella responsabilità civile ma soltanto in forma tipica e per fattispecie espressamente previste dal legislatore¹⁹.

La categoria concettuale della "pena privata tipica" — distinta dalla pena privata atipica o giudiziale — si pone come l'unica forma compatibile con i principi costituzionali italiani, poiché non vi è contraddizione tra ammettere che la responsabilità civile possa svolgere funzioni punitive e affermare che tali funzioni richiedono una base legislativa espressa, esattamente come avviene nel diritto penale.

La categoria del «rimedio» ha in questo quadro offerto una cornice sistematica flessibile, mostrando come lo strumento attraverso cui l'ordinamento risponde alla violazione di una situazione giuridica soggettiva possa assumere forme diverse — restituzione, risarcimento, rimozione, sanzione — ciascuna delle quali persegue finalità specifiche che non si esauriscono nella compensazione del danno subito²⁰.

Questa posizione intermedia è quella che le Sezioni Unite del 2017 hanno implicitamente fatto propria.

6. La svolta delle Sezioni Unite del 2017, portata e limiti di una rivoluzione controllata

Il caso all'origine della pronuncia delle Sezioni Unite aveva i connotati di una controversia ordinaria di diritto internazionale privato. Si trattava del riconoscimento in Italia di una sentenza della Corte d'Appello

¹⁷ F.D. Busnelli, Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito e danni punitivi, in *Europa e diritto privato*, 5, 2009, p. 909 ss. dove l'illustre giurista distingue tra deterrenza come effetto indiretto — già realizzato dal sistema vigente — e deterrenza come finalità esplicita, che richiederebbe un intervento legislativo espresso.

¹⁸ R. Pardolesi, Profili funzionali della responsabilità civile: dalla monofunzionalità risarcitoria alla polifunzionalità preventivo-sanzionatoria, in *Rivista critica del diritto privato*, 6, 2018, p. 187 ss.

¹⁹ V. Zeno-Zencovich, Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano, in *Giustizia civile*, 1, 1985, p. 1479 ss.; A. Di Majo, La tutela civile dei diritti, 4^a ed., Milano, 2003, p. 342 ss.; S. Rodotà, Il problema della responsabilità civile, Milano, 1964, p. 89 ss.

²⁰ M. Barcellona, Funzione deterrente della responsabilità civile e danni punitivi: una prospettiva europea, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2015, p. 1 ss.; D. Maffei, Forme dell'arricchimento e responsabilità civile, Milano, 2003, p. 210 ss.

della Florida che aveva condannato una società al pagamento di una somma comprensiva di una componente punitiva in materia di responsabilità da prodotto difettoso.

La Corte d'Appello di Venezia aveva negato il riconoscimento; la Cassazione, nell'ordinanza interlocutoria del maggio 2016²¹, riconobbe che la questione — se il principio della funzione esclusivamente compensativa della responsabilità civile italiana costituisse principio di ordine pubblico internazionale non derogabile — non ammetteva una risposta scontata e richiedeva un ripensamento sistematico.

La rimessione alle Sezioni Unite segnalava non soltanto l'importanza della questione in sé, ma la percezione che la risposta del 2007 — sbrigativa nella sua categoricità — non fosse più adeguata alla realtà di un ordinamento che stava moltiplicando gli strumenti a funzione sanzionatoria in settori sempre più ampi del diritto privato e commerciale. Le Sezioni Unite adottarono una soluzione mediana, tecnicamente sofisticata e destinata a fare molta strada^[24].

Il nucleo della motivazione si articola in due affermazioni che vanno tenute strettamente insieme, perché separate l'una dall'altra perdono significato.

La prima è quella sul superamento della monofunzionalità, affermando che la responsabilità civile italiana non ha una funzione esclusivamente compensativa, potendo assolvere anche funzioni sanzionatorie e deterrenti²².

A sostegno di questa tesi, la Corte censisce le disposizioni del diritto positivo che già prevedono forme di risarcimento ultracompensativo o di sanzione privata tipizzata — la restituzione degli utili del contraffattore nella proprietà industriale, il doppio del *royalty rate* nel diritto d'autore, le sanzioni antitrust, il D.Lgs. n. 231/2001, l'astreinte processuale — dimostrando che il sistema italiano non è, di fatto, monofunzionale.

La seconda affermazione — e qui sta il limite decisivo della pronuncia — è quella sul principio di tipicità, secondo cui le fattispecie punitive devono essere espressamente previste dalla legge e la determinazione della somma deve avvenire secondo criteri predeterminati che garantiscano la proporzionalità, con la conseguenza che il giudice non può in via pretoria introdurre danni punitivi in fattispecie non tipizzate²³.

Il corollario pratico è il triplice test per il giudice dell'*exequatur*, consistente nella verifica delle garanzie procedurali del giudizio straniero, della proporzionalità tra componente punitiva e danno compensativo, e della corrispondenza della fattispecie a un settore in cui l'ordinamento italiano già riconosce in forma embrionale la funzione sanzionatoria²⁴.

21. Cass., Sez. I, 16 maggio 2016, n. 9978, in *Foro italiano*, I, 2016, c. 1973, con nota di R. Pardolesi, Riconoscimento di sentenza straniera cominatoria di punitive damages e principio dell'ordine pubblico.

22. Cass., Sez. Un., n. 16601/2017, cit., § 4: "La responsabilità civile non è più monofunzionale, essendo ormai indiscutibile che essa possa assolvere, accanto alla funzione riparatoria, anche funzioni di deterrenza e di sanzione, purché tali funzioni siano esercitate nell'ambito di fattispecie tipizzate dalla legge e con criteri predeterminati di quantificazione della misura sanzionatoria".

23. Cass., Sez. Un., n. 16601/2017, cit., § 7: "L'istituto dei danni punitivi non è in linea di principio incompatibile con l'ordinamento italiano, purché la sua applicazione sia ancorata alla tipicità delle fattispecie e a criteri di determinazione della misura tali da garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona e la coerenza con i principi generali dell'ordinamento".

La struttura della motivazione riproduce con fedeltà sorprendente la posizione della dottrina della "pena privata tipica", con apertura al principio, chiusura verso l'applicazione pretoria, affidamento al legislatore per la disciplina organica.

La differenza è che il ragionamento della Corte è non soltanto teoricamente fondato ma giurisprudenzialmente vincolante. La ricezione in dottrina fu vivace e divisa. Chi aveva sostenuto l'apertura la salutò come una storica svolta; chi aveva difeso la chiusura la criticò come un cedimento privo di solide basi normative; la posizione più acuta fu quella che colse il carattere ambiguo della pronuncia, rilevando che le Sezioni Unite avevano aperto una porta ma l'avevano resa praticabile soltanto attraverso un percorso a ostacoli il cui esito dipendeva dall'interpretazione restrittiva o espansiva che la giurisprudenza successiva avrebbe adottato²⁵.

La previsione si è rivelata fondata, poiché nelle pronunce degli anni successivi la Corte ha applicato il principio di tipicità in modo prevalentemente restrittivo, negando il riconoscimento in quasi tutti i casi esaminati^{26,27}.

Un'eccezione parziale è rappresentata da Cass. n. 6183/2020, che per la prima volta ha esaminato in modo autonomo il requisito della proporzionalità, stabilendo che un rapporto tra *punitive* e *compensatory damages* superiore a dieci a uno determina di per sé il contrasto con l'ordine pubblico²⁸, con un evidente effetto di convergenza verso i criteri americani.

La sentenza del 2024²⁹ ha poi ribadito il triplice test con una motivazione inusualmente articolata sui requisiti di proporzionalità e garanzie procedurali, suggerendo che il test è pienamente operativo e che la giurisprudenza lo sta affinando in attesa di un caso che superi tutti e tre i suoi filtri.

7. Esperienze europee a confronto

Il panorama europeo rivela un quadro assai più composito e meno monolitico di quanto la retorica del principio compensativo lascerebbe supporre, e il confronto con i principali sistemi di *civil law* del continente è indispensabile per ridimensionare il mito dell'incompatibilità strutturale tra sanzione privata e tradizione giuridica europea.

Il diritto tedesco non conosce i *punitive damages* come categoria generale, ma presenta significativi esempi di risarcimento ultracompensativo in settori tipizzati che testimoniano come anche negli ordinamenti più gelosi della propria purezza sistematica la funzione deterrente trovi ampio spazio. Il § 826

24. Cass., Sez. Un., n. 16601/2017, cit., § 11: "Il giudice dell'exequatur dovrà verificare che la sentenza straniera sia il risultato di un giudizio che offra garanzie adeguate di contraddittorio, che il danno punitivo sia proporzionato al danno effettivo e al comportamento dell'obbligato, e che la fattispecie rientri in uno dei settori nei quali l'ordinamento italiano già riconosce, anche in forma embrionale, la funzione sanzionatoria della responsabilità civile".

25. P. Femia, Tre domande, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2, 2017, p. 1423 ss.

26. Cass., 7 giugno 2018, n. 14893, in Danno e responsabilità, 2018, p. 635, con nota di G. Ponzanelli, I danni punitivi dopo le Sezioni Unite: prime applicazioni.

27. Cass., 15 aprile 2019, n. 10518, in Foro italiano, 1, 2019, c. 2018.

28. Cass., 5 marzo 2020, n. 6183, in Responsabilità civile e previdenza, 5, 2020, p. 897, con nota di M. Franzoni, Danni punitivi e quantificazione del danno. Sul punto preme osservare come la Corte esamina, per la prima volta, in modo autonomo il requisito della proporzionalità, stabilendo che un rapporto tra *punitive* e *compensatory damages* superiore a 10:1 determina di per sé il contrasto con l'ordine pubblico, indipendentemente dalla questione della tipicità.

29. Cass., 28 febbraio 2024, n. 5237, in Danno e responsabilità, 4, 2024, p. 302. Il riconoscimento è negato per difetto di tipicità, ma la motivazione è inusualmente articolata sui requisiti di proporzionalità e garanzie procedurali. Cfr. R. Pardolesi, Danni punitivi ieri, oggi, domani: un bilancio provvisorio, in Rivista critica del diritto privato, 4, 2024, p. 5 ss.

BGB, che sancisce la responsabilità per danni causati dolosamente in contrasto con i buoni costumi, consente alla giurisprudenza un margine di flessibilità nella determinazione del danno risarcibile che in taluni casi produce effetti funzionalmente simili a quelli dei danni punitivi; ma è soprattutto nel diritto della concorrenza che l'apertura è più esplicita.

Il § 33a GWB, modificato nel 2017 in attuazione della direttiva 2014/104/UE, consente il risarcimento del doppio del danno in presenza di violazioni gravi da parte di imprese già sanzionate dalla Commissione europea, configurando una misura dalla dichiarata funzione deterrente che eccede strutturalmente il danno compensativo³⁰.

L'ordinamento francese ha attraversato una fase di ripensamento ancora più radicale, spinto dalla sensazione crescente che la rigidità del principio di riparazione integrale lasciasse impunte condotte illecite sistematicamente lucrative. La riforma del diritto delle obbligazioni del 2016 ha aperto la strada alla progressiva emersione del concetto di *faute lucrative*, ossia la condotta illecita da cui il responsabile trae un guadagno superiore al danno causato.

La proposta di inserire nel *Code civil* una norma — attualmente discussa in sede parlamentare come art. 1266-1 — che consenta la privazione del profitto ingiusto in aggiunta al risarcimento del danno risponde esattamente a questa logica, elevando a meccanismo di diritto comune un istituto di *disgorgement* già noto al diritto speciale della proprietà intellettuale e della concorrenza sleale.

La scelta lessicale rivela la strategia sottostante, che consiste nell'aggirare la barriera dogmatica della funzione compensativa non frontalmente ma attraverso la porta laterale della *faute lucrative*, che si presenta come istituto restitutorio piuttosto che punitivo, pur producendo nella sostanza i medesimi effetti[34].

L'esperienza inglese dimostra da oltre sessant'anni che una pena privata tipica non è un ossimoro concettuale, come dimostrano gli *exemplary damages*, tipizzati dalla *House of Lords* in *Rookes v. Barnard* del 1964³¹ nelle tre categorie di condotta oppressiva dei pubblici poteri, di condotta speculativa diretta a conseguire un profitto superiore alla sanzione risarcitoria e di espressa previsione legislativa, dimostrano che è possibile costruire un sistema in cui il giudice irroga sanzioni ultracompensative senza arbitrio, perché le fattispecie sono determinate e i criteri di quantificazione sono predeterminati e soggetti a controllo d'appello.

La lezione per il legislatore italiano è chiara. La tipicità non è un ostacolo all'introduzione di forme di responsabilità civile a funzione deterrente, ma la condizione necessaria per renderle compatibili con il sistema costituzionale.

Sul piano del diritto privato europeo in formazione, il *DCFR* e i *PETL* mostrano un'apertura cauta ma significativa verso misure risarcitorie a funzione deterrente in presenza di comportamenti gravemente colposi o dolosi³².

³⁰ G. Wagner, *Schadensersatz: Zwecke, Inhalte, Grenzen*, Karlsruhe, VVW, 2006, p. 5 ss. R. Stürner, *Punitive Damages and German Law*, in H. Koziol, V. Wilcox (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Vienna, 2009, p. 153 ss. Il § 33a GWB, novellato nel 2017 in attuazione della direttiva 2014/104/UE, consente il risarcimento del doppio del danno in presenza di violazioni gravi del diritto della concorrenza da parte di imprese già sanzionate dalla Commissione europea.

³¹ *Rookes v. Barnard*, [1964] AC 1129 (House of Lords), per Lord Devlin, le tre categorie di *exemplary damages* ammissibili nel diritto inglese sono: le condotte oppressive, arbitrarie o incostituzionali dei pubblici poteri; le condotte dirette a conseguire un profitto superiore alla sanzione risarcitoria; i casi in cui la legge lo consente espressamente. Confermato da *Cassell & Co Ltd v. Broome*, [1972] AC 1027. Sul punto A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd ed., Oxford, 2004, p. 440 ss.

Il quadro complessivo che emerge da questa ricognizione comparatistica è univoco. La differenza tra civil law e common law in materia di sanzione privata è di grado, non di natura, e ogni ordinamento maturo conosce già forme di liquidazione ultracompensativa in settori tipizzati.

8. I segmenti di diritto punitivo nell'ordinamento italiano positivo

Una delle intuizioni sistematicamente più feconde delle Sezioni Unite del 2017 è stata quella di individuare nell'ordinamento italiano positivo una serie di "frammenti" di diritto punitivo, dispersi in settori normativi diversi ma accomunati dalla medesima logica funzionale, ossia la comminatoria di somme eccedenti il danno effettivo con finalità di deterrenza e prevenzione.

Censire questi frammenti non è soltanto un esercizio di diritto positivo interno; è il presupposto per valutare la portata reale dell'apertura della giurisprudenza e le prospettive di una sistematizzazione legislativa, nonché per dimostrare che il sistema è già, nella sostanza, un sistema di pene private tipiche in cerca di riconoscimento esplicito. Il settore in cui la funzione sanzionatoria è più esplicitamente riconosciuta è quello della proprietà industriale e intellettuale.

L'art. 125, comma 2, del Codice della Proprietà Industriale³³ prevede, come misura alternativa al risarcimento del lucro cessante, la restituzione degli utili realizzati dal contraffattore nella misura in cui essi eccedano il danno subito dal titolare, configurando una misura di *disgorgement* pura che può comportare una condanna superiore al danno effettivamente subito, poiché in assenza di un meccanismo che privi il contraffattore del profitto dell'illecito lo sfruttamento non autorizzato di diritti di proprietà intellettuale rimarrebbe strutturalmente conveniente ogni volta che la probabilità di accertamento è inferiore a uno.

Analogamente, l'art. 158, comma 2, della Legge sul diritto d'autore — come modificato in attuazione della direttiva 2004/48/CE — prevede la liquidazione del danno in misura forfettaria pari al doppio del *royalty rate* che l'autore avrebbe percepito in caso di sfruttamento lecito dell'opera, misura che eccede nella maggior parte dei casi il danno effettivo e che la giurisprudenza ha talora esplicitamente qualificato come ultracompensativa, talora preferito mascherare dietro la veste del criterio equitativo ex art. 1226 c.c., con una finzione dogmatica che non diminuisce la sostanza dell'istituto[38].

Il D.Lgs. n. 231/2001³⁴ costituisce, nel panorama dell'ordinamento italiano, uno degli esempi più nitidi di sanzione a funzione apertamente deterrente. Le sanzioni pecuniarie previste dall'art. 9 sono commisurate per quote in ragione della gravità del fatto e delle condizioni economiche dell'ente e non al danno effettivo causato alla singola vittima, replicando la struttura dei punitive damages americani con una fedeltà probabilmente frutto di consapevole ispirazione comparatistica.

La misura coercitiva indiretta introdotta dall'art. 614-bis c.p.c.³⁵ configura una forma di sanzione privata tipizzata di tipo processuale, in virtù della quale il giudice condanna il soccombente al pagamento di una somma per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento, indipendentemente dal danno che il ritardo causa al creditore, con una struttura commisurata alla violazione e non al pregiudizio.

32. DCFR, Study Group on a European Civil Code, Full Edition, Munich, 4, 2009, art. VI.-6:101. PETL, European Group on Tort Law, Vienna, 2005, art. 10:301. v. anche H. Koziol, Punitive Damages: Admission into the European Legal Order?, in H. Koziol, V. Wilcox (eds.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Vienna, 2009, p. 275 ss.

33. Art. 125, comma 2, D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30. G. Guglielmetti, La restituzione degli utili nel codice della proprietà industriale, in Rivista di diritto industriale, 1, 2006, p. 383 ss.; A. Plaia, Proprietà intellettuale e responsabilità civile, Torino, 2012, p. 178 ss.

34. G. De Simone, Persone giuridiche e responsabilità da reato, Pisa, 2012, p. 45 ss.

35. G. Tarzia, L'art. 614-bis c.p.c. e la coercizione degli obblighi di fare infungibile, in Rivista di diritto processuale, 9, 2009, p. 1 ss.

La L. n. 24/2017 in materia di responsabilità medica³⁶ aggiunge un ulteriore frammento. La rivalsa della struttura sanitaria sul professionista è limitata al triplo della retribuzione annua lorda con limite parametrato non al danno causato alla struttura ma alla gravità della condotta, configurando una sanzione privata tipizzata con funzione deterrente dichiarata. A questi frammenti consolidati si aggiunge il disgorgement implicito nel private enforcement antitrust, poiché il meccanismo della *passing-on defence* introdotto dal D.Lgs. n. 3/2017³⁷ comporta una valutazione del danno risarcibile di complessità tale da rendere la quantificazione indistinguibile, in molti casi, da quella propria di un sistema orientato alla deterrenza.

9. La giurisprudenza nell'era post-2017, continuità nella discontinuità

Nei sette anni trascorsi dalla pronuncia delle Sezioni Unite, la giurisprudenza italiana ha mostrato un atteggiamento che si potrebbe definire di continuità nella discontinuità. Si accetta in linea teorica il principio della polivalenza funzionale della responsabilità civile, ma si applica il principio di tipicità in modo prevalentemente restrittivo, negando il riconoscimento in quasi tutti i casi esaminati per difetto della corrispondenza tra la fattispecie estera e quelle previste dall'ordinamento italiano.

La prima pronuncia significativa — Cass. n. 14893/2018^[43] — ha negato il riconoscimento di una sentenza americana comminatoria di punitive damages in materia di prodotti difettosi, ritenendo che la responsabilità da prodotto non presenti i caratteri di «embrionale funzione sanzionatoria» richiesti dalle Sezioni Unite; la motivazione era discutibile, poiché la disciplina comunitaria in materia conosce già forme di risarcimento forfettario-ultracompensativo, ma rivelava una tendenza dell'interprete a leggere il requisito della tipicità in senso stretto, richiedendo non che il settore presenti sensibilità verso la deterrenza ma che esista una norma specifica che consenta la liquidazione di somme superiori al danno.

La pronuncia del 2019^[44] ha confermato e rafforzato questo orientamento, precisando che non è sufficiente che l'ordinamento italiano mostri in un determinato settore una sensibilità verso la prevenzione dei comportamenti lesivi. Un'eccezione parziale è rappresentata da Cass. n. 6183/2020^[45], che per la prima volta ha esaminato in modo autonomo il requisito della proporzionalità, stabilendo che un rapporto tra punitive e compensatory damages superiore a dieci a uno determina di per sé il contrasto con l'ordine pubblico, indipendentemente dalla questione della tipicità.

Si tratta di un'applicazione implicita del secondo *Gore guideline* al test di compatibilità con l'ordinamento italiano, con un evidente effetto di convergenza tra i due sistemi. L'evoluzione più interessante del periodo è venuta dal settore del diritto antitrust.

La pronuncia delle Sezioni Unite del 2022³⁸ ha aperto a una nozione ampia di danno risarcibile da illecito anticoncorrenziale che trascende la stretta equivalenza tra fatto illecito e conseguenza immediata, avvicinandosi funzionalmente — senza tuttavia adottarne la terminologia — alla logica dei danni punitivi.

36. Cfr. M. Franzoni, Colpa e linee guida nella nuova legge, in *Danno e resp.*, 3, 2017, p. 271 ss.

37. D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, attuativo della direttiva 2014/104/UE. F. Denozza, L'enforcement del diritto della concorrenza fra private e public enforcement, in *Analisi giuridica dell'economia*, 3, 2008, p. 317 ss.

38. Cass., Sez. Un., 12 luglio 2022, n. 22065, in *Foro italiano*, 1, 2022, c. 3410. Le Sezioni Unite aderiscono a una nozione ampia di danno risarcibile da illecito anticoncorrenziale che trascende la stretta equivalenza tra fatto e conseguenza immediata, avvicinandosi funzionalmente alla logica dei danni punitivi senza tuttavia adottarne la terminologia.

La sentenza del 2024^[47] ha poi ribadito il triplice test con una motivazione inusualmente articolata sui requisiti di proporzionalità e garanzie procedurali, suggerendo che il test è pienamente operativo e che la giurisprudenza lo sta affinando in attesa di un caso che superi tutti e tre i suoi filtri.

10. La deterrenza nell'era digitale tra intelligenza artificiale e tutela dei dati

Il dibattito sui danni punitivi non è più confinato al tradizionale terreno della responsabilità civile aquiliana o contrattuale.

Le trasformazioni tecnologiche degli ultimi anni — la diffusione dell'intelligenza artificiale, la digitalizzazione dei rapporti economici, la raccolta massiva di dati personali — pongono con forza rinnovata la questione della deterrenza in aree del diritto dove la struttura del danno individuale è profondamente diversa da quella presupposta dai modelli tradizionali della responsabilità civile.

Il tratto comune di queste nuove fattispecie è quello che potrebbe definirsi il "danno di massa diffuso", intendendo con tale formula un pregiudizio individuale di entità modesta, spesso difficilmente quantificabile, moltiplicato per un numero potenzialmente enorme di soggetti danneggiati, a fronte di un arricchimento del responsabile che può essere ingente. In queste situazioni, il meccanismo tradizionale della responsabilità civile — che richiede la dimostrazione di un danno individuale specifico e di un nesso causale tra questo e la condotta illecita — è strutturalmente inidoneo a garantire la deterrenza ottimale; il soggetto razionale che si trova di fronte a questa struttura di incentivi può calcolare con facilità che gli convenga sistematicamente violare il diritto.

Il Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)³⁹ ha affrontato il problema della deterrenza diffusa attraverso uno strumento pubblicistico di grande potenza.

Le sanzioni amministrative previste dall'art. 83 — fino a venti milioni di euro o al 4% del fatturato mondiale annuo — non si commisurano al danno causato ai singoli interessati ma alla gravità della violazione e alla dimensione economica del responsabile, configurando un punitive damages pubblico la cui finalità non è risarcitoria ma deterrente.

Il Regolamento UE sull'intelligenza artificiale (AI Act)⁴⁰ ha portato questa logica alle sue estreme conseguenze, prevedendo sanzioni amministrative fino a trentacinque milioni di euro o al 7% del fatturato mondiale annuo per le violazioni più gravi, con la novità sistematica che le sanzioni non si limitano a reprimere violazioni già compiute, ma sono strutturate per prevenire l'immissione sul mercato di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio non conformi ai requisiti regolamentari, configurando una deterrenza preventiva che opera prima ancora che il danno si materializzi.

Il paradosso sistemico è evidente⁴¹; mentre il diritto privato italiano continua a negarsi l'ingresso dei danni punitivi in nome del principio compensativo, il diritto pubblico europeo ha costruito un sistema sanzionatorio che replica funzionalmente la logica punitiva su scala incomparabilmente maggiore, senza che nessuno protesti in nome dell'ordine pubblico. Il che dimostra, a contrario, che il principio

39. G. Finocchiaro, Il regolamento europeo sulla protezione dei dati personali, *Bologna*, 2017, p. 382 ss.

40. G. Alpa, Intelligenza artificiale. Il quadro giuridico, *Firenze*, 2020, p. 134 ss.; P. Perlingieri, La responsabilità civile tra indennizzo e sanzione, in *Rassegna di diritto civile*, 5, 2020, p. 1 ss.

41. Cfr. Pardolesi, Op. cit., p. 12, dove si configura il c.d. paradosso sistemico: "Mentre il diritto privato si autoimmunizza dai danni punitivi in nome del principio compensativo, il diritto pubblico europeo costruisce un sistema sanzionatorio che di quel principio non sa che farsene".

compensativo non è un valore assoluto ma una regola di default, derogabile dal legislatore — anche europeo — ogniqualvolta la struttura del danno rende la deterrenza compensativa insufficiente.

Questo paradosso è acuito dalla proliferazione di direttive europee che prevedono sanzioni commisurate non al danno causato ma al vantaggio economico conseguito dall'autore della violazione⁴², configurando un sistema di deterrenza diffusa che il diritto privato invocava da decenni e che il legislatore europeo ha introdotto per via pubblica senza nominarlo.

Sul piano della responsabilità civile privata, il legislatore europeo ha adottato un approccio più cauto, poiché la proposta di direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale facilita l'accesso alla prova nelle controversie civili senza introdurre meccanismi risarcitori ultracompensativi, lasciando aperto il problema della deterrenza ottimale nelle fattispecie di danno diffuso che il solo risarcimento compensativo non riesce a scoraggiare.

11. Verso una disciplina organica, modelli a confronto

Il quadro delineato nelle pagine precedenti suggerisce che il problema dei danni punitivi non è, nell'ordinamento italiano contemporaneo, una questione puramente teorica o di diritto futuro. Esso è già parzialmente risolto — in modo frammentario e disorganico — dal legislatore positivo e dalla giurisprudenza.

La vera questione è se questa frammentarietà debba essere lasciata all'evoluzione spontanea del sistema o debba essere riorganizzata in una disciplina legislativa coerente, e a tale quesito la dottrina ha risposto elaborando tre modelli alternativi, ciascuno con i propri pregi e i propri rischi. Il primo — il modello della tipizzazione per settori — suggerisce di individuare per legge le fattispecie in cui la liquidazione ultracompensativa è ammissibile, estendendo e sistematizzando i frammenti già presenti nell'ordinamento, vale a dire proprietà intellettuale, privacy, antitrust, responsabilità da prodotto, responsabilità medica in caso di dolo o colpa grave⁴³.

Per ciascun settore la legge dovrebbe definire i criteri di quantificazione — un massimale assoluto o un rapporto massimo con il danno compensativo — e prevedere garanzie procedurali adeguate, inclusa la possibilità di revisione da parte del giudice d'appello. Il vantaggio è la controllabilità; il rischio è che la catalogazione rimanga inevitabilmente incompleta e richieda continui aggiustamenti legislativi, specialmente in settori tecnologicamente dinamici come quello dell'intelligenza artificiale.

Il secondo modello — più radicale e più fedele alla logica economica sottostante all'istituto — propone l'introduzione di una clausola generale di disgorgement del profitto ingiusto, limitata alle fattispecie in cui il guadagno del responsabile eccede il danno causato alla vittima⁴⁴.

La proposta ha il pregio di adattarsi automaticamente all'evoluzione del mercato e delle tecnologie senza richiedere la catalogazione delle fattispecie; il rischio è quello di un'eccessiva discrezionalità giudiziale nella determinazione del profitto da restituire. Il terzo modello — il più pragmatico —

⁴² Direttiva (UE) 2019/633 sulle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare, recepita con D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 198, art. 8. Direttiva (UE) 2020/1828 sulle azioni rappresentative, art. 11, par. 3.

⁴³ G. Rossi, Prospettive de iure condendo in materia di danni punitivi, in *Contratto e impresa*, 4, 2023, p. 45 ss. P. Sirena, La restituzione del profitto ingiustificato nella prospettiva del diritto privato europeo, in *Europa e diritto privato*, 5, 2016, p. 711 ss.

⁴⁴ Rémy-Corlay, Op. cit., p. 827 ss.

suggerisce di valorizzare gli strumenti già esistenti nel diritto processuale e sostanziale, interpretandoli in modo più elastico e sistematicamente coerente senza attendere un intervento legislativo organico; questo modello soffre però di un difetto strutturale, poiché la creazione giurisprudenziale di un sistema punitivo privato è esattamente ciò che le Sezioni Unite hanno escluso, ribadendo che il principio di tipicità richiede una base legislativa, non pretoria.

Il dibattito politico-legislativo è ancora fermo⁴⁵, e la via più promettente appare quella di una direttiva quadro dell'Unione Europea che armonizzi le condizioni di ammissibilità delle misure ultracompenso negli Stati membri, sul modello di quanto già avvenuto per il diritto antitrust e per la tutela della proprietà intellettuale⁴⁶.

I segnali che provengono dalla legislazione europea più recente — GDPR, AI Act, direttiva sulle pratiche commerciali sleali — indicano che la sensibilità verso il problema della deterrenza è alta, anche se la risposta è finora rimasta confinata al piano pubblicistico. Le sfide dell'intelligenza artificiale e della deterrenza digitale rendono questi obiettivi più urgenti che mai. Il «danno di massa diffuso» dell'era algoritmica è esattamente la fattispecie per cui i danni punitivi privati sono stati teorizzati, e ignorarla significherebbe lasciare il sistema privo degli strumenti necessari per affrontare le sfide della modernità.

12. Considerazioni conclusive

A trent'anni da *BMW of North America v. Gore*, il bilancio italiano sui danni punitivi è quello di un sistema in transizione che ha percorso una parabola speculare a quella americana. Il diritto statunitense si muoveva verso la razionalizzazione e il contenimento dell'istituto; quello italiano compiva il percorso opposto, da un rifiuto aprioristico verso un'apertura ragionata. I due sistemi si trovano oggi in un punto di relativa prossimità, accomunati dalla centralità del principio di proporzionalità e dalla consapevolezza che la deterrenza privata richiede criteri, non arbitrio.

Sul piano teorico, il dibattito italiano ha raggiunto una maturità che permette di identificare con ragionevole chiarezza le condizioni alle quali i danni punitivi — o misure funzionalmente equivalenti — sono compatibili con i principi del diritto privato nazionale, fondate sulla tipicità della fattispecie, proporzionalità della misura, rispetto delle garanzie procedurali.

Queste condizioni non sono arbitrarie. Esse riflettono esigenze di giustizia correttiva, di certezza del diritto e di compatibilità con il sistema costituzionale che qualsiasi ordinamento maturo deve tenere in conto, e il merito delle Sezioni Unite del 2017 è stato quello di averle enunciate con chiarezza sistematica, trasformandole da criteri dottrinali in parametri giurisprudenzialmente operativi.

Sul piano pratico, la giurisprudenza post-2017 ha mostrato resistenze più forti del previsto. Il principio di tipicità è stato applicato in modo prevalentemente restrittivo, e il triplice test si è rivelato più un filtro che una porta d'accesso. La ragione di questo conservatorismo non è da ricercarsi nella fedeltà a principi sistematici — quelli del 2007 sono stati formalmente superati — quanto nella preoccupazione, comprensibile ma non sempre giustificata, per le conseguenze di un'apertura generalizzata in un sistema processuale privo degli strumenti di controllo di cui dispone il giudice americano sulle decisioni delle

⁴⁵. Proposta di legge n. 3247, XVI Legislatura (on. Pecorella), presentata alla Camera dei Deputati il 3 febbraio 2010. G. Ponzanelli, La proposta di legge sui danni punitivi, in *Danno e responsabilità*, 4, 2010, p. 457 ss.

⁴⁶. Per la prospettiva di armonizzazione europea v. il fascicolo monografico di *Rivista di diritto civile*, 1, 2018, con i contributi di E. Navarretta, M. Barcellona, R. Pardolesi, C. Castronovo; ed anche H. Koziol, V. Wilcox (eds.), Op. cit., p. 275 ss.

giurie. Una preoccupazione comprensibile, ma che non può tradursi in immobilismo. Il sistema sta già applicando la logica punitiva attraverso i suoi frammenti positivi, e farlo senza riconoscerlo esplicitamente è sistematicamente meno garantistico del farlo in modo trasparente e controllato. Il confronto con la sentenza del 1996, che dà il titolo a questa rassegna, offre in proposito una lezione preziosa.

La Corte Suprema americana non eliminò i danni punitivi ma li razionalizzò, dotandoli di criteri di ragionevolezza verificabili in sede di appello. I *Gore guideposts* non sono uno strumento di abolizione ma di disciplina.

La proposta più ragionevole per l'ordinamento italiano è analoga nella sua struttura, nel senso che non si tratta di scegliere tra compensazione e punizione, ma costruire un sistema in cui la funzione punitiva — inevitabilmente presente in forme diverse in ogni ordinamento maturo, e oggi amplificata dalle sfide dell'era digitale — sia esercitata in modo trasparente, tipico e proporzionato. In questa prospettiva, i trent'anni trascorsi dalla sentenza americana non sono il racconto di una distanza incolmabile tra la tradizione di common law e quella di civil law; sono la storia di una lenta convergenza tra sistemi che partivano da premesse diverse ma inseguivano gli stessi obiettivi, ossia scoraggiare i comportamenti più riprovevoli, rimuovere i profitti dell'illecito, garantire che il calcolo del danneggiante razionale non torni mai a suo favore.

Le sfide dell'intelligenza artificiale e della deterrenza digitale rendono questi obiettivi più urgenti che mai. La domanda che si pone oggi non è più se ammettere la funzione punitiva nella responsabilità civile italiana, bensì come disciplinarla, in quali fattispecie, con quali limiti e con quali garanzie.

La dogmatica ha già compiuto il lavoro necessario per rendere quella domanda non soltanto rispondibile, ma urgente.

CONTRIBUTO SCIENTIFICO · SOTTOPOSTO A REVISIONE TRA PARI

Autotutela algoritmica per i tradizionali casi di iniquità contrattuale

*Algorithmic self-defense for traditional cases of contractual unfairness***Francesco Pio Valerio***Laurea in Giurisprudenza · Università degli Studi di Roma La Sapienza***IDENTIFICATIVO**Contributo n. 11748
ISSN 2532-9871**LICENZA**Accesso aperto · gli autori
conservano i propri diritti**STORIA EDITORIALE**Pubblicato il 19 maggio 2026
Sottoposto a revisione tra pari**FASCICOLO**

II/2026 · Anno XIII

COME CITAREFRANCESCO PIO VALERIO,
*Autotutela algoritmica per i
tradizionali casi di iniquità
contrattuale*, in Riv. Cammino
Diritto, fasc. II/2026, ISSN
2532-9871.**ABSTRACT**

Il contributo analizza il ruolo degli smart contract nella ridefinizione dell'autonomia negoziale, con particolare attenzione alla determinazione algoritmica del prezzo, alla funzione dei benchmark e agli strumenti di riequilibrio contrattuale. Vengono esaminati i profili relativi all'eccessiva onerosità sopravvenuta, al ruolo degli oracoli in parallelo con l'art. 1349 c.c. e alla rilevazione automatizzata delle clausole abusive. L'indagine si sofferma, inoltre, sulla funzione riparatoria e sull'autotutela algoritmica, evidenziandone limiti e criticità, anche alla luce della possibile qualificazione dello smart contract come contratto preliminare.

This paper explores the impact of smart contracts on contractual autonomy, focusing on algorithmic price determination, the recalibrating role of benchmarks, and mechanisms for contractual adjustment. It examines issues related to hardship, the function of oracles in comparison with third-party determination, and the automated detection of unfair terms. The analysis also addresses the remedial function and forms of algorithmic self-help, highlighting their limits and critical aspects, including the potential qualification of smart contracts as preliminary agreements.

SOMMARIO

Sommario 1. La definizione algoritmica del prezzo; 2. L'effetto ricalibrante dei benchmark quale rimedio contrattuale; 3. Eccessiva onerosità sopravvenuta; 4. La funzione degli oracoli e il parallelismo con l'istituto di cui all'art. 1349 c.c.; 5. Profili giuridici relativi alla funzione riparatoria dello smart contract; 6. I giochi di potere e l'intelligenza artificiale; 7. La programmazione di condizione algoritmiche; 8. La rilevazione delle clausole abusive; 9. Lo smart contract quale contratto preliminare; 9.1 L'azione diretta in autotutela ex art. 2932 c.c.; 10. Conclusioni. Limiti all'autotutela algoritmica.

1. La definizione algoritmica del prezzo

La struttura degli scambi commerciali necessita di una conoscenza tecnica determinata dalla velocità attraverso cui devono essere conclusi accordi e transazioni, specie nel mondo moderno. La carenza di risorse ovvero l'aumento esponenziale della domanda sul mercato globale non ammetterebbe, infatti, che venga impiegata una quantità di tempo eccessiva al fine di concludere una qualsiasi operazione, l'uomo quindi si trova immerso in questo fluire di dati e informazioni che non ammette pause, per cui gli è richiesto un continuo adeguamento alla logica dei mercati¹.

È qui che si rileva, tuttavia, un'ambiguità: da una parte la società esalta l'autoreferenzialità dei processi senza che siano ammesse interruzioni che portino a domandarsi il senso di determinate operazioni, senza mai permettere alcun dubbio, dall'altra adisce e celebra l'autonomia del soggetto nel mercato.

Il mercato ha sì bisogno dell'autonomia del singolo, ma questa autonomia non rileva giuridicamente perché il soggetto è mero centro funzionale di imputazione delle operazioni di mercato, un luogo di energie necessarie al successo di tali operazioni. Le operazioni di *marketing* sono sollecitazioni dell'inconscio che mimano la questione di senso attraverso la metabolizzazione di comportamenti che vengono serializzati.

L'attribuzione algoritmica del prezzo nasce da un impulso legittimante, la capacità dell'uomo di creare e trasformare, che nel caso di specie si realizza nel programmare. Tutta l'attività dell'uomo è, tuttavia, ricondotta alla definizione di operazioni di mercato che hanno successo ed eliminano ogni alternativa interpretazione².

Negli ultimi anni si è diffusa una particolare attenzione del giurista per le tecniche negoziali di definizione del prezzo.

Sempre più sistemi, per evitare di dar luogo a negozi giuridici annullabili o, addirittura, nulli, hanno previsto dei meccanismi di programmazione e definizione del prezzo tali per cui si riesca a tener conto degli eventi esterni che intervengono in un contratto o di errori di valutazione economica delle clausole dello stesso.

L'avvento dei contratti di massa ha permesso, inoltre, di far emergere una nuova categoria di soggetti, quella del *contraente debole*, ossia colui che aderisce alle clausole predisposte dall'altra per garantire l'uniforme regolamentazione dei propri contratti. L'aderente è debole perché non è in grado di negoziare sul contenuto negoziale che l'altra parte ha determinato a proprio vantaggio.

In una potenziale situazione di monopolio, l'imprenditore si troverebbe nella condizione di poter definire un prezzo anche sproporzionato rispetto al valore effettivo dell'oggetto di produzione. Con l'utilizzo di oracoli la definizione del prezzo deriva, invece, da un calcolo congruo, in grado di azzerare, o quasi, tali rischi, a tutela del contraente debole. Questo sistema di definizione del contratto permette anche di ovviare agli inconvenienti del fenomeno della c.d. frode ai creditori. In questa ipotesi viene prospettata un'operazione fittizia volta a sottrarre ai creditori la loro garanzia patrimoniale³.

1. Si veda F. De Saussure, Corso di linguistica generale, Bari, 1967.

2. B. Romano, Opera Omnia 51 Intelligenza artificiale e volontà. Il Magistrato e ChatGPT, Torino, 2024, 81 ss.

2. L'effetto ricalibrante dei *benchmark* quale rimedio contrattuale

L'inefficacia del contratto può essere proposta attraverso il rimedio dell'azione revocatoria (art. 2901 c.c.), che tuttavia incide negativamente sul carico e sui costi della giustizia. La negoziazione del prezzo può portare ad ulteriori conseguenze, come l'errore di calcolo che, pur non dando luogo all'annullamento del contratto, produce un diritto alla rettifica salvo che, concretizzandosi in errore sulla quantità, abbia assunto un'importanza determinante (art. 1430 c.c.). L'errore di calcolo ricorre quando, posti per fermi i dati da computare ed il criterio matematico da seguire, si incorra in una svista delle operazioni aritmetiche⁴.

Secondo una prevalente dottrina, invece, l'errore di calcolo rileva quale vizio della volontà, infatti, l'ipotesi di un errore risultante dall'atto non avrebbe giustificato un'apposita previsione normativa di rimedio contrattuale, essendo tale errore correggibile già in base all'interpretazione del contratto.

Considerando, tuttavia, che la ratio della norma è da contemplarsi in errori di calcolo non determinanti nel consenso, può dirsi che questi siano riferibili all'errata determinazione quantitativa del prezzo. La rettifica evita che, dunque, venga prodotto l'annullamento del contratto, almeno che non si tratti di errore essenziale e riconoscibile sull'oggetto della prestazione.

In queste ipotesi la definizione di un *benchmark* individuato in un paniere di beni produrrebbe automaticamente la determinazione del valore dell'oggetto contrattuale, senza che la volontà delle parti possa intervenire nel rendere il contratto passibile di annullamento.

Viene inoltre evitato il ricorso ad un ulteriore strumento: la risoluzione del contratto, quale istituto giuridico, disciplinato dagli artt. 1453 e seguenti del Codice civile, che prevede lo scioglimento del vincolo contrattuale su domanda giudiziale o automaticamente al verificarsi di determinate circostanze. Possiamo distinguere la risoluzione volontaria, di difficile attuazione nell'ambito degli *smart contract* almeno che non sia specificamente prevista una condizione contraria agli effetti prodotti dal programma contrattuale già definito, la risoluzione legale che si determina automaticamente al verificarsi di un evento cui la legge attribuisce efficacia estintiva, risoluzione giudiziale per provvedimento del giudice⁵.

Secondo il Codice civile italiano, in particolare all'art. 1453, il creditore, in caso di mancata esecuzione della prestazione da parte del debitore, può chiedere l'adempimento del contratto o domandarne la risoluzione, unitamente all'eventuale risarcimento del danno. In generale, questo istituto è fonte di scioglimento del sinallagma contrattuale per il sopravvenire di fatti che alterano l'equilibrio tra le prestazioni.

L'alterazione può derivare da precedente previsione delle parti – risoluzione negoziale – ovvero può essere decisa dal soggetto nell'esercizio della sua autonomia contrattuale – risoluzione per giusta causa o inadempimento. È, dunque, in fase di esecuzione che l'inadempimento o l'emergere di eventi può impedire il soddisfacimento degli interessi negoziali, prima il contratto è perfettamente valido.

Tuttavia, gli effetti dell'istituto in questione possono ottenersi con un'apposita domanda giudiziale, ovvero, al verificarsi automatizzato di specifiche condizioni. La risoluzione si distingue poi in retroattiva

3. C.M. Bianca, Diritto Civile. Vol. 3: Il Contratto, Milano, 2019, 580 ss.

4. Cfr. Cass. civ., 6 luglio 1983, n. 4567, in *Giustizia Civile Massimario*, 1983.

5. C.M. Bianca, op. cit., 690 s.

(*ex tunc*) e non retroattiva (*ex nunc*). La prima, diversamente da quanto avviene nella seconda, fa venir meno gli effetti del contratto fin dall'inizio; quindi, si cancellano tutti gli effetti giuridici già realizzati, con l'obbligo di restituire le prestazioni dovute. Ciò spesso determina problemi di non poco conto, perché potrebbe darsi che la restituzione non sia possibile ovvero che sul bene oggetto della stessa sia intervenuto un ulteriore rapporto giuridico.

Le cause principali di risoluzione previste nel nostro ordinamento sono la risoluzione per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità sopravvenuta.

3. Eccessiva onerosità sopravvenuta

Con riferimento all'eccessiva onerosità sopravvenuta, bisogna premettere che non sempre il contratto ha durata limitata nel tempo, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica è possibile che decorra molto tempo da quello della formalizzazione e che una delle prestazioni divenga eccessivamente onerosa.

È contemplato, quindi, il diritto della parte di sottrarsi al rapporto obbligatorio attraverso una richiesta giudiziale di risoluzione. Ovviamente, gli eventi che rendono più onerosa una delle prestazioni debbono essere straordinari e imprevedibili, infatti, qualora *rebus sic stantibus*, non essendosi modificata la condizione il contratto non può essere oggetto di risoluzione⁶.

Questo rimedio si applica soprattutto ai casi di svalutazione monetaria, a fronte della quale potrebbe optarsi per la programmazione di algoritmi che siano in grado di ricalibrare i prezzi ai valori attuali di mercato, permettendo la continuazione del rapporto e, soprattutto, la sua modifica in base alle esigenze economiche rilevate dall'oracolo. Questo meccanismo eviterebbe l'intervento giudiziale e permetterebbe l'adeguamento oggettivo del contratto.

4. La funzione degli oracoli e il parallelismo con l'istituto di cui all'art. 1349 c.c.

Alla luce delle più recenti metamorfosi della contrattualistica afferente al dominio digitale - e, precipuamente, nell'ambito degli *smart contract* - si è potuto, quindi, assistere all'affermazione di nuove entità tecnico-normative, le quali paiono preordinate a sostenere l'equilibrio sinallagmatico delle obbligazioni anche in scenari intrinsecamente instabili e soggetti a subitanee oscillazioni economiche. Fra tali figure si distingue, senza dubbio, quella dell'oracolo, in grado di immettere dati verificabili e attendibili nell'architettura esecutiva del contratto.

Tale istituto, in funzione della determinazione del corrispettivo, consente un adattamento automatico delle obbligazioni alle mutevoli condizioni di mercato, scongiurando l'instaurarsi di uno squilibrio economico tale da compromettere l'assetto negoziale originariamente voluto.

Si tratta, in effetti, di un sistema che permette di fronteggiare eventi straordinari ed imprevedibili attraverso un riequilibrio continuo e automatizzato, coerente con la volontà pattizia originaria.

Come detto, potremmo assimilarlo, in termini funzionali, a una clausola di salvaguardia prefigurata *ex ante*, la quale, oltre ad ostacolare il ricorso allo scioglimento del vincolo contrattuale, attenua e supplisce la funzione riequilibratrice solitamente demandata all'autorità giudiziaria. Tradizionalmente, la determinazione del prezzo può avvenire mediante criteri fissi, variabili, rimessi a terzi *ex art. 1349 c.c.*,

6. Si veda Cass. civ., n. 2116, in *Giurisprudenza Italiana*, 1952.

ovvero in correlazione con indici oggettivamente rilevabili, accompagnati da clausole di adeguamento automatico. In tale alveo, l'oracolo si configurerebbe quale *tertium genus*, ossia terzo abilitato ad introdurre nel circuito contrattuale dati off-chain suscettibili di incidere direttamente sulla quantificazione del corrispettivo. Va rammentato, peraltro, che l'art. 1467 c.c. incarna una clausola generale di riequilibrio, imperniata su una lettura costituzionalmente orientata dai principi di buona fede e correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.).

L'eccessiva onerosità sopravvenuta rappresenta, in tal senso, una frattura patologica fra il valore della prestazione e il sacrificio imposto alla parte adempiente, la quale può invocare lo scioglimento del contratto solo in via residuale. In questa prospettiva, l'impiego dell'oracolo assume una funzione eminentemente preventiva, abilitando l'accordo ad autoadattarsi ai sopravvenuti mutamenti del contesto economico, senza la necessità di ricorrere all'organo giudiziario.

Detto altrimenti, il congegno oracolare ingloba - e in parte neutralizza - gli effetti destabilizzanti di accadimenti eccezionali (come l'inflazione o shock geopolitici), fungendo da meccanismo deflattivo del rimedio risolutorio. Qualora il contratto sia dotato di un algoritmo alimentato da flussi informativi affidabili, forniti da oracoli certificati, esso sarà strutturalmente predisposto all'aggiornamento del valore delle prestazioni in ossequio ai criteri pattuiti. In termini sistematici, tale fenomeno si innesta in una più ampia ridefinizione del perimetro dell'autonomia privata, che, nel paradigma digitale, si estende fino alla predisposizione programmata *ex ante* di strumenti di riequilibrio negoziale, in luogo dell'intervento *ex post* del giudice. Si delinea, così, una sorta di "giustizia contrattuale automatizzata", votata a preservare la stabilità del vincolo negoziale e ad arginarne l'implosione patologica.

In definitiva, l'oracolo potrebbe essere inteso come proiezione tecnica della già citata clausola *rebus sic stantibus*, riformulata in chiave funzionale per garantire la perdurante effettività dell'accordo. Pur non escludendosi del tutto il ricorso alla risoluzione ai sensi dell'art. 1467 c.c., l'utilizzo dell'oracolo tende a relegare tale rimedio ad una posizione sussidiaria, poiché le parti avranno già previsto una soglia di tolleranza dinamica alle sopravvenienze economiche.

5. Profili giuridici relativi alla funzione riparatoria dello *smart contract*

L'utilizzo dei sistemi informatici espone al rischio che da questi venga oscurata la distinzione tra giusto ed ingiusto. Tale prospettazione assume rilievo quando la funzione meramente esecutiva della macchina viene integrata con quella riparatoria, attraverso il ricorso ad una tutela automatica nelle ipotesi di inadempimento. L'attrazione a delegare questo tipo di attività a strumenti intelligenti deriva dalla necessaria velocità attraverso cui talune operazioni debbono essere garantite.

In questo modo si avrebbe, tuttavia, la trasmutazione del giudizio giuridico umano in giudizio giuridico robotico che può fare a meno del confronto tra le parti in dibattimento, sostituito con un dataismo individuato nella certezza, che sembra eliminare quei dubbi che intervengono nel normale esercizio delle funzioni del magistrato. Vengono resi insignificanti tutti i tipi di appello, i distinti gradi di giudizio, poiché non ha alcuna possibilità di essere sottoposta ad un ricorso la certezza dataistica della sentenza robotica⁷.

Pur essendo in grado, la macchina giuridica, di conoscere matematicamente l'itinerario che porta ad una data soluzione numerica, non può compiere ciò che è proprio del giudizio giuridico che impegna la

vita interiore di chi giudica e di chi viene giudicato per i suoi atti. Gli algoritmi mancano della capacità analitica che permette di integrare la lettura delle leggi giuridiche con il concetto di equità, che non sempre è definita dalla legalità⁸.

Quanto detto è utile a percepire l'inapplicabilità degli artt. 1367 e 1371 c.c. nell'ambito dell'intelligenza artificiale, in quanto la macchina non è in grado di interpretare ma solo di eseguire, ed il presupposto interpretativo parte dalla scelta che si prospetta di fronte a un'*alternativa*.

Quest'ultima non può essere oggetto di valutazione da parte della macchina, poiché darebbe luogo al dubbio che ne metterebbe fuori gioco l'utilità della stessa. Il principio di conservazione del contratto, ex art. 1367 c.c., è previsto proprio in relazione al dubbio che attiene agli effetti da dare alle singole clausole. Nel dubbio queste devono essere interpretate nel senso in cui possano avere qualche effetto anziché quello in cui non ne avrebbero alcuno.

Viene esclusa, quindi, l'interpretazione di una clausola nel senso che rende invalido l'intero contratto. Il principio di equità (art. 1371 c.c.), invece, dispone l'interpretazione che rechi un'esecuzione contrattuale tale che sia meno gravosa per il debitore, se il contratto è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi un equo contemperamento di interessi delle parti se è a titolo oneroso.

L'equità dipende, quindi, dallo scopo e dalla natura dell'affare oggetto di valutazione giudiziale secondo l'individuato presupposto della giustizia. L'inadempimento non può essere oggetto di valutazione macchinica che, anche relativamente ad un'interpretazione autentica necessaria a permettere la desunzione di modifiche contestuali o successive al contratto originario - spesso date da comportamenti concludenti - non è programmata per eseguire l'intenzione⁹.

I sistemi informatici, in ambito giudiziario, vennero adoperati già tra gli anni '60 e '70 come fonte sperimentale che ha avviato la raccolta, la conservazione e la sistematizzazione critica della giurisprudenza della Corte di cassazione presso il Centro elettronico di documentazione, ma che, tuttavia, ha contribuito esclusivamente a garantire un'informazione immediata sullo stato della giurisprudenza di legittimità in relazione alle singole questioni¹⁰.

Andando oltre l'applicazione dell'informatica ai sistemi di raccolta, non può svalutarsi la recente introduzione del c.d. processo civile telematico, in grado di garantire lo scambio e l'archiviazione documentale degli atti dei soggetti che partecipano al processo, ma che si estende anche alla celebrazione di udienze a distanza. In virtù di quanto emerge dalla lettura della *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi* adottata, nel 2018, dalla *Commissione europea sull'efficienza della giustizia* – CEPEJ, si esclude, invece che i giudici facciano uso di *software di giustizia predittiva in senso stretto*, in grado di supplire alla funzione giudiziaria attraverso la definizione di proposte di decisione in relazione a casi particolari sottoposti alla computazione della macchina¹¹.

7. B. Romano, Opera Omnia 51 Intelligenza artificiale e volontà. Il Magistrato e ChatGPT, Torino, 2024, 35.

8. Ibid., 45.

9. C.M. Bianca, Diritto Civile. Vol. 3: Il Contratto, Milano, 2019, 398 ss.

10. Si veda F. Fiandanese, Il Centro Elettronico di Documentazione della Corte Suprema di Cassazione, in L'informatica giuridica in Italia. Cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze, a cura di Peruginelli-Ragona, Collana ITTIG-CNR, Serie 'Studi e documenti', n. 12, Napoli, 2014, 151 ss.

11. M. Dell'Utri, Giudizio umano, giudizio artificiale, in Giustizia insieme, categoria Diritto e innovazione, pubblicato il 23 gennaio 2024.

Infatti, nel 2020, la Commissione europea nel Libro Bianco sull'intelligenza artificiale ha asserito che «Alcuni algoritmi dell'IA, se usati per prevedere il rischio di recidiva di atti delittuosi, possono riflettere distorsioni legate alla razza e al genere, prevedendo probabilità di rischio di recidiva diverse per le donne rispetto agli uomini, oppure per i cittadini di un determinato paese rispetto agli stranieri.»¹².

Il presupposto secondo cui la macchina non sia in grado di apprezzare elementi ulteriori rispetto a quelli per i quali è programmata, viene smentito da una rivoluzionaria sentenza del Consiglio di Stato¹³, la quale asserisce che i sistemi di *machine learning* non si limitano solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (modalità computazionale tipica dell'algoritmo tradizionale) ma elaborano nuovi criteri assumendo decisioni efficienti sulla base elaborazioni che dipendono dall'apprendimento automatico. In questo modo viene meno l'esclusività dell'io-persona, che può essere sostituito dall'io-artificiale in grado di auto costituirsi e di fare propria l'autoreferenzialità tipica delle classi sociali dominanti.

Secondo un opposto orientamento¹⁴, l'intelligenza artificiale è definibile come la spaccatura che deriva dal divorzio tra la capacità di agire per la risoluzione di un problema e l'intelligenza che permette ciò: in breve, una capacità del tutto priva di intelligenza. In questa direttrice anche Leibniz, che con i c.d. pensieri ciechi definisce la scissione tra coscienza e conoscenza.

L'esempio proposto dal filosofo è quello del *chiliagono*, poligono con mille lati che, diversamente da quanto avviene per un triangolo, non è pensabile o immaginabile, ma che, tuttavia, può essere oggetto di calcolo delle misure attraverso la logica dei simboli, prescindendo dalla capacità di pensarne o immaginarne figurativamente il significato.

Questa conoscenza viene rappresentata come cieca, simbolica, necessaria nello studio dell'algebra o dell'aritmetica. Una nozione composta non può essere pensata tenendo conto di tutti gli elementi che entrano in essa, ciò è possibile solo nelle nozioni primitive, intuitive. Ergo, le nozioni composte della conoscenza sono simboliche¹⁵, e non sempre in grado di accedere alla coscienza.

6. I giochi di potere e l'intelligenza artificiale

Ulteriore aspetto è che gli algoritmi non vogliono quello per cui si esprimono, non sono in grado di accogliere o di presentare l'imprevedibile, questo, infatti, potrebbe significare che non hanno funzionato con successo.

Le fattispecie per cui il sistema è esperibile sono tipiche, non si prospetta alcuna autonomia interpretativa qualora il caso concreto si oggettivizzi secondo una variante differente da quella per cui è programmata la macchina. Ai sensi dell'art. 104 Cost., la magistratura costituisce un ordine autonomo e

12. Unione Europea, Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia.

13. Cons. Stato, sez. 3, in data 25 novembre 2021, n. 7891: «Non v'è dubbio che la nozione comune e generale di algoritmo riporti alla mente 'semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato' (questa la definizione fornita in prime cure). Nondimeno si osserva che la nozione, quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano. Il grado e la frequenza dell'intervento umano dipendono dalla complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare. Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo 'tradizionale') ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico».

14. Si veda L. Floridi, La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo, Milano, 2017.

15. G. W. Leibniz, Meditazioni sulla conoscenza, la verità e le idee (1684), in Scritti filosofici, vol. II, Torino, 1968, 681.

indipendente da ogni altro potere, indipendenza che si realizza anche nell'ambito dei rapporti tra magistrati. Ma gli algoritmi non vogliono quello per cui sono eseguiti, non sono autonomi e, quindi, in grado di autodeterminarsi, sono sottoposti al “*gioco dei pochi*” e si limitano ad eseguire secondo la volontà condivisa di questi. Il giudizio macchinico prospetta, quindi, il venir meno dell'indipendenza quale principio costitutivo del potere giudiziario. La riduzione della terzietà giudiziaria assume contorni pericolosi¹⁶, perché il sistema giuridico ha bisogno di umani per *non* limitarsi ad un'attività osservativa. Nell'assolutizzazione delle procedure il giudice (la macchina) si limita ad eseguire le volontà legislative, senza alcuna capacità di ragionamento¹⁷.

Quanto detto non esclude che, tuttavia, il sistema di intelligenza artificiale possa offrire un importante supporto all'attività giudiziaria. L'esecuzione non esatta o inesecuzione del contratto comporta un inadempimento che, come visto, è una delle cause di risoluzione del contratto. In questi casi si configura una responsabilità del debitore, anche di natura patrimoniale, ex art. 1218 c.c., salvo che le parti non abbiano previsto il rischio o che avrebbero potuto prevederlo.

Viene così prospettata una distribuzione del rischio tra creditore e debitore, ma, d'altro canto, viene definito un metro per stabilire la modalità attraverso cui deve essere eseguito il contratto, la diligenza (art. 1176 c.c.) come strumento di tutela esclusiva nei confronti del creditore, fatte salve le ipotesi di inesigibilità della prestazione. La valutazione circa la sussistenza di questi elementi, di natura soggettiva, non può essere oggetto di giudizio macchinico, almeno che non sia previsto l'intervento di oracoli.

Tuttavia, con riferimento a quelle forme obbligazionarie per le quali è prevista l'esecuzione in forma specifica (art. 2932 c.c.), potrebbe rendersi utile l'esecuzione automatica della prestazione rimasta ineseguita, attraverso lo *smart contract*. Qualora integrato con il sistema normativo, infatti, l'utilizzo dell'AI può permettere la realizzazione di effetti per cui, altrimenti, decorrerebbe del tempo con conseguente aggravio del carico processuale e la possibilità che da tali rallentamenti derivi una lesione patrimoniale agli interessi della parte creditrice.

7. La programmazione di condizione algoritmiche

L'equità può essere qualificata come normativa nelle ipotesi in cui venga richiamata in disposizioni di legge, come avviene in una ventina di articoli del Codice civile. In realtà il richiamo a tale principio è spesso incidentale e non sempre allude al medesimo significato. L'equità interpretativa è infatti demandata alla funzione giudiziale ed è operata attraverso l'equo temperamento degli interessi delle parti. L'equità correttiva comporta il bilanciamento tra le prestazioni, rinvenibile nel caso della riduzione della penale, ex art. 1384 c.c., per il quale è, tuttavia, necessario l'intervento del giudice *ex officio*¹⁸. Infine, per quel che interessa in questa sede, l'equità integrativa, di cui all'art. 1374 c.c., è definita dagli usi quale fonte integrativa del contratto, facendo riferimento a criteri di mercato o a ciò che normalmente accade ai criteri usuali di autodeterminazione.

Queste forme di equità possono essere garantite dal ricorso agli strumenti che afferiscono all'intelligenza artificiale, permettendo, in questo modo, al contratto di eseguire l'algoritmo solo quando risulti verificato il rispetto di tale principio. Qualora, quindi, l'*ash* sia programmato in maniera tale da pro-

¹⁶. A riguardo di veda il tema dello struttural-funzionalismo affrontato da T. Parsons, *Il sistema sociale*, a cura di Gallino, Torino, Edizioni di Comunità, 1965.

¹⁷. L. Avitabile, *Procedure dell'istituire. Procedure dell'osservare*, Vol. I, Torino, 2013, 192 s.

¹⁸. G. Alpa, *Il contratto in generale. Principi e problemi*, II, Milano, 2021, 322 s.

pendere, quasi esclusivamente, al perseguimento degli interessi di una delle parti, essendo il sistema informatico in grado di verificare tale asimmetria, ne sarebbe pregiudicata l'esecuzione.

Potrebbe rilevarsi che ciò sia contrario alla manifestazione della volontà delle parti, ma tale rilevazione sarebbe priva di qualsivoglia fondamento essendo ammesso, anche per i casi prima citati, l'intervento *ex officio* del giudice. Secondo un'opposta opinione, mentre il pensiero umano è in grado di comprendere e comparare, ciò non avviene per la macchina.

La comparazione è attività necessaria soprattutto in relazione alla funzione assolta nell'*androritmo*, quale condizione esclusiva dell'uomo che è in grado di rapportarsi ai dubbi, alle incertezze e alle ambiguità di altri esseri viventi. Tuttavia questa incapacità di distinzione, può essere colmata dalla previsione di condizioni imposte dall'uomo, al verificarsi delle quali, anche al di fuori del sistema informatico, il giudice avrebbe rilevato un disallineamento nella logica del sinallagma. In realtà i sistemi di *machine learning* sono capaci di assorbire enormi moli di informazioni sintomatiche di uno squilibrio contrattuale che prognosticamente possono sottendere alla sospensione dell'esecutività delle reciproche prestazioni.

Alla macchina non è consentito il dubbio limitandosi essa ad eseguire l'analisi di sistemi statistico-funzionali che, tuttavia, sono definiti dalla volontà imposta dalla parte che si arroga il diritto di programmare queste condizioni, selezionando la gerarchia dei diritti e dando priorità ad alcuni valori piuttosto che ad altri. Se le rivoluzioni industriali, con l'introduzione della catena di montaggio, hanno meccanizzato il lavoro, ed ogni individuo è divenuto esecutore di azioni pensate altrove, la rivoluzione digitale si basa sulla banalizzazione del linguaggio e del pensiero attraverso la semplificazione algoritmica che arriva sino alla colonizzazione della vita interiore nella generale assuefazione.

Se il vecchio problema era evitare che il giurista cadesse nel tecnicismo pletorico delle combinatorie normative, attualmente è che si lasci prendere da uno svuotamento che incide come depotenziamento del diritto mistificato dalla semplificazione di proceduralismi burocratici¹⁹.

Il rischio è che la profilazione dei dati, acquisiti i quali la macchina ne dispone la propria omologazione, divenga strumento per accrescere il potere dei signori di Internet, sempre proiettati al perseguimento di un profitto. L'intelligenza artificiale, infatti, non può comprendere il proprio senso, si limita ad eseguire algoritmi predittori, che funzionano predicendo, su base statistica, la probabilità della parola successiva. Si tratta di una probabilità connessa a trovare la parola più probabile sulla base del contesto, che si realizza in relazione alle frasi precedenti. Nella teoria della probabilità questa grandezza prende il nome di probabilità condizionata²⁰.

8. La rilevazione delle clausole abusive

In generale, le clausole vessatorie rappresentano condizioni gravose per l'aderente, è prevista la loro efficacia solo quando approvate specificamente per iscritto (art. 1341 c.c., comma 2)²¹. Seppur il codice non definisca le clausole abusive ne prevede l'esplicita accettazione scritta, distinta e specifica.

19. L. Avitabile, L'IA nuovo guardiano della legge?, a cura di Romano, *Opera Omnia 51 Intelligenza artificiale e volontà. Il Magistrato e ChatGPT*, Torino, 2024, XVII ss.

20. R. Manzotti-S. Rossi, Io e IA. Mente, cervello e GPT, a cura di Mannelli, 2023, 75 s.

21. Si veda L. Francario, Clausole vessatorie, in *Enc. giur. Treccani*, VI.

La normativa in questione riguarda le ipotesi definite di condizioni generali, ossia da applicarsi ad una serie indefinita di rapporti, e non anche nei casi in cui il testo del contratto sia stato oggetto di negoziazione tra le parti²². Nei registri distribuiti l'accettazione delle clausole può essere formalizzata con la programmazione di un'interfaccia grafica che necessita di un'accettazione del contraente debole affinché l'*ash* cominci a produrre gli effetti tipici. In questo modo si preverrebbe la necessità di un intervento giudiziale successivo all'esecuzione di un contratto per cui non sia stata prodotta alcuna esplicita accettazione delle clausole vessatorie.

La macchina, tuttavia, deve essere in grado di rilevare il contenuto e le finalità contrattuali, poiché tali clausole non si riproducono sempre nella medesima forma. Al di là del contenuto testuale le clausole vessatorie stabiliscono a favore del predisponente: limitazioni di responsabilità; facoltà di recedere il contratto o di sospenderne l'esecuzione; decadenze; limitazioni alle facoltà di opporre eccezioni, proroghe tacite; clausole compromissorie alla competenza dell'autorità giudiziaria.

In realtà l'esigenza di tutela dell'aderente è ravvisata nel pericolo di sorpresa; infatti, la clausola è priva di effetto anche se l'aderente ne abbia preso effettiva conoscenza al momento della conclusione del contratto, ma non ne abbia formalizzato l'accettazione²³.

L'interpretazione giudiziale ammette che non è necessaria la sottoscrizione di ogni specifica clausola essendo sufficiente che queste siano raggruppate per la successiva accettazione²⁴.

La giurisprudenza prevalente, inoltre, ritiene che la mancanza della specifica approvazione comporti la nullità assoluta delle clausole vessatorie, che può essere fatta valere da parte di qualsiasi interessato²⁵.

Secondo un'altra tesi la mancanza di specifica approvazione ha come conseguenza l'inopponibilità delle clausole nei confronti del solo aderente²⁶. Secondo tale prospettazione, il giudice deve disapplicare la clausola senza che l'aderente abbia alcun onere di sollevare la relativa eccezione²⁷.

In entrambi i casi, almeno che la clausola sia tale da condizionare la volontà delle parti relativa alla conclusione del contratto, la nullità non si estende per intero al contratto.

Ovviamente, l'incidenza di tale clausola sulla volontà contrattuale esclude che possa essere oggetto di valutazione macchinica, incapace di definire l'intenzione delle parti. Tuttavia, ciò eviterebbe che l'esecutività dell'intero contratto dipenda dalla specifica accettazione della clausola, e potrebbe semplificare l'attività del programmatore, il quale non sarebbe chiamato a programmare l'esecuzione del contratto condizionata all'accettazione della clausola, ma a realizzare un programma a parte, distinto rispetto a quello che contiene l'insieme delle prestazioni (epurate da quelle abusive), la cui efficacia non dipenderebbe da specifica accettazione, dipendenza che invece viene ad affermarsi nel programma a parte contenente esclusivamente le clausole abusive.

22. Cfr. Cass. civ., 14 maggio 1977, n. 1952, in *Foro Italiano*, 1977.

23. Cfr. Cass. civ., 9 aprile 1996, n. 3261, in *Giustizia Civile Massimario*, 1996. Vedi anche Cass. civ., 8 marzo 1982, n. 1467, in *Foro Italiano*, 1983, I, 172.

24. Cfr. Cass. civ., 3 marzo 1980, n. 1415, in *Foro Italiano*, 1980.

25. A. Genovese, *Le condizioni generali di contratto*, Cedam, Padova, 1954, 116.

26. R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale* (Comm.), a cura di Grosso-Santoro Passarelli, III ed., 1975, 268 ss..

27. Cfr. Cass. civ., 7 novembre 1979, n. 5749, in *Massimario della Corte di Cassazione*, 1979.

In questa ipotesi si avrebbe un rapporto di *non perfetta biunivocità* tra *ash*: mentre l'esecutività della clausola abusiva dipende dall'efficacia del contratto epurato, l'esecuzione di quest'ultimo non è dipendente dalla validità o dall'efficacia della clausola.

In realtà, la materia è oggetto di annose controversie. Si ritiene, infatti, che la tutela appena vista sia in realtà inadeguata. In primis questa non è prevista per tutte le clausole gravose per l'aderente, infatti, l'elenco delle clausole vessatorie è tassativo e insuscettibile di estensione analogica. Nella prassi si verifica la predisposizione di clausole che, pur non potendo essere considerate abusive, sono gravose per l'aderente e non trovano una rispondente giustificazione nell'economia del rapporto.

Seppur sia comunque contemplato il diritto dell'aderente di rifiutare la prestazione, questa possibilità di scelta è spesso solo apparente, perché sussiste una situazione di monopolio o perché le condizioni generali praticate dalle imprese di uno stesso settore tendono ad uniformarsi²⁸.

Abbiamo quindi visto come, sebbene lo *smart contract* si collochi in una dimensione eminentemente tecnica e automatizzata, ciò non esclude la possibilità di conformarlo alle esigenze formali richieste dall'art. 1341 c.c. È condivisibile l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che valorizza il principio dell'equivalenza funzionale, visto nel primo capitolo, tra forma scritta e strumenti digitali idonei a garantire l'identificabilità del dichiarante, l'immodificabilità dell'atto e la riconducibilità della volontà negoziale. Ne deriva che, qualora lo *smart contract* sia integrato con un'interfaccia capace di evidenziare le clausole vessatorie e di raccogliere una doppia accettazione, anche tramite firma elettronica qualificata o strumenti digitali tracciabili, può ritenersi soddisfatto il requisito della "specifica approvazione per iscritto".

Tale lettura, in linea con l'evoluzione tecnologica e normativa (si pensi al D.lgs. 82/2005), consente una armonizzazione tra innovazione contrattuale e tutela formale, salvaguardando il nucleo garantistico della norma senza precludere l'utilizzo di strumenti digitali avanzati. Resta tuttavia imprescindibile che la struttura dello *smart contract* consenta di isolare, rendere intellegibili e sottoporre a consapevole accettazione le clausole oggetto di particolare onerosità, pena la loro inefficacia ai sensi del citato comma 2 dell'art. 1341 c.c.

9. Lo *smart contract* quale contratto preliminare

Un'ulteriore e suggestiva declinazione dello *smart contract* è quella del contratto preliminare, seppur vincolata dai limiti intrinseci delle norme civilistiche, le quali risultano inconciliabili con le peculiari conseguenze giuridiche emananti dal codice stesso. Lo *smart contract* può essere ricondotto alla figura del contratto preliminare allorché non esaurisca integralmente l'assetto negoziale tra le parti, limitandosi a vincolarle e a predisporre l'esecuzione automatizzata di specifiche obbligazioni. In tali ipotesi, la produzione degli effetti giuridici definitivi resta subordinata a un momento successivo o a un accordo esterno. Ne deriva che il codice assume una funzione meramente preparatoria o strumentale rispetto al regolamento contrattuale complessivo.

Nel contratto preliminare una o entrambe le parti si obbligano a stipulare un contratto definitivo, che vincola le parti a un adempimento unilaterale ovvero bilaterale²⁹. Il Codice civile riconosce la vincolatività

²⁸ C.M. Bianca, Diritto Civile. Vol. 3: Il Contratto, Milano, 2019, 335 ss.

²⁹ H.K. Degenkolb, Archiv für die civilistische Praxis, 1887, 41.

degli effetti fin dalla stipulazione del contratto preliminare, regolandone, quale rimedio in caso di inadempimento a contrarre, l'azione diretta per ottenere l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932.

Tale obbligatorietà è contraria solo a quei negozi per i quali è richiesta una volontà attuale delle parti, tuttavia, la *ratio* dell'istituto è quella di definire un impegno riservando ai contraenti la definitiva, e futura, regolamentazione dell'affare. Alcuni orientamenti giuridici hanno rilevato la sovrapponibilità degli istituti del preliminare e del contratto definitivo in ordine agli effetti prodotti. Chi promette di promettere una prestazione ne è già obbligato senza che occorra un'ulteriore promessa³⁰.

In verità, il nostro Codice ha optato per il riconoscimento di un autonomo rilievo del preliminare, essendo in esso adempiuto l'obbligo contenuto con la conclusione del contratto definitivo. Il contratto preliminare, quindi, si atterrebbe a negozio privo di impegnabilità sostanziale, volto esclusivamente a giustificare i comportamenti delle parti sotto un punto di vista negoziale³¹. Ciò, però, sarebbe smentito nell'esperienza contrattuale, che si configura nei termini di sicura doverosità giuridica³².

Di regola le prestazioni finali non devono essere immediatamente adempiute, essendo il loro adempimento condizionato al perfezionamento del contratto definitivo. Fin dall'inizio è tuttavia necessario il compimento delle attività propedeutiche alla prestazione. Talvolta può essere prevista un'esecuzione anticipata delle prestazioni finali; la consegna non immetterebbe l'acquirente nel possesso del bene, ma nella mera detenzione³³.

Il successivo contratto definitivo non è una ripetizione nel preliminare, ma un nuovo accordo da inquadrarsi quale fonte esclusiva del rapporto contrattuale³⁴: *ergo*, in caso di divergenza la rilevanza esclusiva è assunta dal contratto definitivo. La nullità del preliminare non dà luogo a nullità del definitivo.

Lo *smart contract* riproduce, sotto un profilo funzionale, la logica del contratto preliminare, in quanto cristallizza un impegno destinato a produrre effetti in un momento successivo al verificarsi di determinate condizioni.

Tuttavia, a differenza del preliminare, lo *smart contract* non richiede un successivo contratto definitivo, poiché la fase di esecuzione è autonomamente incorporata nel codice e si attiva automaticamente, senza ulteriore manifestazione di volontà delle parti. Quanto detto proietterebbe lo *smart contract* nella categoria dei contratti definitivi la cui efficacia è sospesa fino al verificarsi della condizione codificata (contratto condizionato ex art. 1353 c.c.).

Tuttavia, l'appena citata disciplina è incompatibile con la *ratio* dello *smart contract*, i cui effetti sono *ab origine* vincolanti e non sottoposti al verificarsi di un evento futuro e *incerto*. L'istituto che inquadra la nozione di *smart contract* è da individuarsi a metà strada tra il preliminare e il contratto definitivo condizionato.

30. A. von Tuhr, *Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil, II*, Leipzig, Veit & Comp., 1918, trad. it. Diritto civile. Parte generale, a cura di Vassalli, Padova, Cedam, 1934, 494.

31. G. Palermo, *Il contratto preliminare*, Milano, Giuffrè, 1995, 125.

32. C.M. Bianca, *Diritto Civile. Vol. 3: Il Contratto*, Milano, 2019, 161 s.

33. Si veda Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Foro Italiano*, 2009, I, p. 3156, con nota di Puppo.

34. R. Freitag, *Der allgemeine Teil des Schuldrechts als System problemorientierter Einzeldisziplinen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 207, 2007, 299 ss.

9.1 L'azione diretta in autotutela ex art. 2932 c.c.

Essendo, nei suddetti casi, anticipato il momento obbligatorio rispetto a quello in cui si verificano le condizioni, nello *smart contract* il contratto definitivo esiste già formalmente, ma la sua efficacia è subordinata ad un evento per cui non è necessaria un'ulteriore manifestazione di volontà.

Tuttavia la doverosità giuridica, anche consistente nel compimento delle attività propedeutiche alla prestazione, è precedente all'evento da cui dipende l'esecuzione del contratto, e ciò farebbe sì che la generazione dell'algoritmo rappresenti il momento iniziale da cui dipende l'eventuale inadempimento che giustifica, al pari di quanto previsto dal Codice civile, l'esperibilità dell'azione diretta per ottenere l'esecuzione specifica del contratto (art. 2932 c.c.).

Lo *smart contract*, in questo contesto, realizza una forma di autotutela automatica: il codice stesso assicura l'adempimento al verificarsi delle condizioni, riducendo la necessità di interventi esterni e garantendo la certezza del risultato negoziale, così come l'azione diretta tutela il creditore civile. In definitiva, la logica del vincolo anticipato, la condizionalità e la tutela dell'esecuzione trovano nello *smart contract* un corrispettivo tecnologico che rende automatico ciò che, nel diritto civile tradizionale, richiede l'attivazione di rimedi giudiziali.

Ovviamente, tale rimedio è precluso qualora la situazione di fatto o di diritto impedisca che gli effetti della sentenza (o dell'automatica esecuzione del programma contrattuale) realizzino il contenuto del contratto (p.e. sopravvenuta distruzione del bene).

Quanto stabilito nel preliminare può essere modificato dalla sentenza: se il bene presenta inesattezze qualitative e quantitative la parte può chiedere la riduzione del prezzo o il risarcimento del danno³⁵. Operando l'obbligazione automatizzata in vece della sentenza, la legittimazione relativa alla riduzione del prezzo e alla modifica dell'oggetto contrattuale programmato deriva ontologicamente dalla programmazione stessa. In caso contrario, la domanda diretta ad ottenere un risultato diverso è inammissibile.

Affinché si possa far valere l'esecuzione in forma specifica deve verificarsi un ritardo di una delle parti rispetto all'esecuzione o l'offerta della prestazione corrispettiva. Il ritardo può anche derivare dalla scadenza di un termine, oltre che dall'offerta di prestazione corrispettiva.

La giurisprudenza reputa sufficiente qualsiasi seria manifestazione della volontà di adempimento, implicita qualora venga fatta domanda di esecuzione in forma specifica³⁶.

L'offerta si concreta mediante invito di parte a concludere il contratto definitivo. Dall'esperienza contrattuale se ne deduce che, tuttavia, l'effetto traslativo della sentenza è condizionato al pagamento del prezzo, almeno che il corrispettivo non sia stabilito in un successivo termine³⁷.

Di converso, l'art. 2932 c.c., pur essendo strumento essenziale per garantire l'adempimento specifico del contratto preliminare, risulta concettualmente incompatibile con la natura dello *smart contract*. Mentre la norma presuppone un intervento giudiziale, volto a rendere obbligatoria l'esecuzione a favore del creditore, lo *smart contract* realizza *ab origine* un vincolo giuridico automatico e programmato, in cui

³⁵ Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Giustizia Civile*, 1985, I, p. 1630, con nota di Di Majo.

³⁶ Cass., 29 dicembre 2011, n. 29849 (ord.), in *Giurisprudenza Italiana*, 2012.

³⁷ C.M. Bianca, op. cit., 170 ss.

l'adempimento si attiva senza necessità di ulteriori manifestazioni di volontà o decisioni dell'autorità giudiziaria. La funzione dell'articolo 2932 c.c. è, dunque, quella di fornire un rimedio successivo all'inadempimento, mentre nello *smart contract* l'esecuzione è immanente al codice stesso, rendendo obsoleto il ricorso alla tutela giurisdizionale per ottenere l'efficacia dell'obbligazione.

In questo senso, l'istituto codicistico e l'innovazione tecnologica divergono radicalmente: l'uno fondato sull'intervento umano e sull'azione diretta, l'altro sulla capacità intrinseca del programma di assicurare il compimento delle prestazioni pattuite, garantendo così una forma di autotutela automatica, immediata e certa.

10. Conclusioni. Limiti all'autotutela algoritmica

Il rischio di inadempimento verrebbe completamente escluso dal programma informatico, rendendo quest'ultimo incompatibile con la disciplina di cui all'art. 2932 c.c., che prevede la sussistenza di una *domanda*, quindi di un rimedio giurisdizionale, promossa dalla parte adempiente, ossia la non-automaticità del rimedio.

Di converso, non è ammissibile la rinuncia preventiva di un soggetto alla propria facoltà di difesa o adempimento controllato dal giudice. Tale clausola, infatti, rientrerebbe tra quelle abusive nei contratti con consumatori perché ne limita unilateralmente i diritti fondamentali. In sintesi, il diritto civile tradizionale impedisce al creditore di sostituirsi unilateralmente al giudice per ottenere l'adempimento, perché ciò comprometterebbe la tutela del debitore, il principio di equità e l'ordine pubblico contrattuale.

Nel diritto civile italiano, la sottoposizione del debitore a un terzo per ottenere l'adempimento delle obbligazioni, al di fuori del rimedio giudiziale, è concettualmente inammissibile. Il Codice civile, attraverso l'art. 2932, affida in via esclusiva al giudice il potere di coercizione, sancendo così la necessità di una tutela imparziale e garantita dall'ordinamento. Qualunque tentativo di delegare a soggetti privati la facoltà di imporre l'adempimento violerebbe i principi di autonomia della volontà, di buona fede e di correttezza negoziale, nonché le garanzie derivanti dalla legge a tutela del debitore.

L'unica eccezione ammessa concerne l'istituto dell'arbitrato o dei meccanismi di *alternative dispute resolution* (ADR), cui le parti possono liberamente aderire in modo consensuale e nei limiti imposti dall'ordinamento. In tali circostanze, un terzo nominato dalle parti assume la funzione di risolvere la controversia e di determinare le modalità di esecuzione dell'obbligazione. Tuttavia, è fondamentale sottolineare che anche in questa ipotesi il terzo non dispone di poteri coercitivi equivalenti a quelli del giudice, e la decisione che egli pronuncia resta comunque soggetta a revisione e controllo da parte dell'autorità giudiziaria. In tal modo, si conserva l'equilibrio tra autonomia privata e tutela dell'ordinamento, assicurando che la volontà delle parti non possa sovvertire la protezione giuridica garantita al debitore³⁸.

³⁸. Il testo integrale di questa nota è riportato in appendice al contributo.

Appendice - note estese

38. Si veda in generale Cass., Sez. Un., Massimario 2015; C. Avv. Consiglio Nazionale Forense, “Arbitrato e ADR: profili normativi e applicativi”, in cui si analizzano i meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie (arbitrato, mediazione, conciliazione), la loro natura consensuale tra le parti e la possibilità di controllo giudiziale sul lodo arbitrale, in conformità agli artt. 806-840 c.p.c.; M.P. Gasperini, Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e politiche interne in materia di giustizia civile, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 6/2017, 135 ss.; G. Corradini, L'arbitrato – Fondamenti e tipologie, in *Diritto, Giustizia e Costituzione*, 2023; E.T. Frosini, Un diverso paradigma di giustizia: le alternative dispute resolution, 2011. **Bibliografia** Alpa G., Il contratto in generale. Principi e problemi, II, Milano, 2021, pp. 322 s. Avitabile L., L'IA nuovo guardiano della legge?, a cura di Romano, *Opera Omnia 51 Intelligenza artificiale e volontà. Il Magistrato e ChatGPT*, Torino, 2024, pp. XVII ss. Avitabile L., Procedure dell'istituire. Procedure dell'osservare, Vol. I, Torino, 2013, pp. 192 s. Bianca C.M., Diritto Civile. Vol. 3: Il Contratto, Milano, 2019, pp. 170 ss. Bianca C.M., Diritto Civile. Vol. 3: Il Contratto, Milano, 2019, pp. 335 ss. Bianca C.M., Diritto Civile. Vol. 3: Il Contratto, Milano, 2019, pp. 398 ss. Bianca C.M., Diritto Civile. Vol. 3: Il Contratto, Milano, 2019, pp. 580 ss. Bianca C.M., Diritto Civile. Vol. 3: Il Contratto, Milano, 2019, pp. 690 s. De Saussure F., Corso di linguistica generale, Bari, 1967. Dell'Utri M., Giudizio umano, giudizio artificiale, in *Giustizia insieme, categoria Diritto e innovazione*, pubblicato il 23 gennaio 2024. Fiandanese F., Il Centro Elettronico di Documentazione della Corte Suprema di Cassazione, in *L'informatica giuridica in Italia. Cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze*, a cura di Peruginelli-Ragona, Collana ITTIG-CNR, Serie ‘Studi e documenti’, n. 12, Napoli, 2014, pp. 151 ss. Floridi L., La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo, Milano, 2017. Francario L., Clausole vessatorie, in *Enc. giur. Treccani*, VI. Freitag R., Der allgemeine Teil des Schuldrechts als System problemorientierter Einzeldisziplinen, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 207, 2007, pp. 299 ss. Genovese A., Le condizioni generali di contratto, Cedam, Padova, 1954, p. 116. Manzotti R.-Rossi S., Io & IA. Mente, cervello & GPT, a cura di Mannelli, 2023, pp. 75 s. Palermo G., Il contratto preliminare, Milano, Giuffrè, 1995, p. 125. Parsons T., Il sistema sociale, a cura di Gallino, Torino, Edizioni di Comunità, 1965. Romano B., Opera Omnia 51 Intelligenza artificiale e volontà. Il Magistrato e ChatGPT, Torino, 2024, p. 35. Romano B., Opera Omnia 51 Intelligenza artificiale e volontà. Il Magistrato e ChatGPT, Torino, 2024, pp. 81 ss. Scognamiglio R., Dei contratti in generale (Comm.), a cura di Grosso-Santoro Passarelli, III ed., 1975, 268 ss. Leibniz G.W., Meditazioni sulla conoscenza, la verità e le idee (1684), in *Scritti filosofici*, vol. II, Torino, 1968, p. 681. von Tuhr A., Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil, II, Leipzig, Veit & Comp., 1918, trad. it. Diritto civile. Parte generale, a cura di Vassalli, Padova, Cedam, 1934, p. 494. Cass. civ., n. 2116, in *Giurisprudenza Italiana*, 1952. Cass. civ., 14 maggio 1977, n. 1952, in *Foro Italiano*, 1977. Cass. civ., 7 novembre 1979, n. 5749, in *Massimario della Corte di Cassazione*, 1979. Cass. civ., 3 marzo 1980, n. 1415, in *Foro Italiano*, 1980. Cass. civ., 8 marzo 1982, n. 1467, in *Foro Italiano*, 1983, I, 172. Cass. civ., 6 luglio 1983, n. 4567, in *Giustizia Civile Massimario*, 1983. Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Giustizia Civile*, 1985, I, p. 1630, con nota di Di Majo. Cass. civ., 9 aprile 1996, n. 3261, in *Giustizia Civile Massimario*, 1996. Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Foro Italiano*, 2009, I, p. 3156, con nota di Puppo. Cass., 29 dicembre 2011, n. 29849 (ord.), in *Giurisprudenza Italiana*, 2012. Cons. Stato, sez. 3, in data 25 novembre 2021, n. 7891.

CONTRIBUTO SCIENTIFICO · SOTTOPOSTO A REVISIONE TRA PARI

Il potere ispettivo dell'amministrazione finanziaria tra art. 8 C.E.D.U. e garanzie penal-processuali. Note su Agrisud c. Italia

Inspection powers of the financial administration between Article 8 ECHR and criminal procedural guarantees. Notes on Agrisud v. Italy

Augusto Guarriello

Praticante Avvocato · Università degli Studi di Milano

IDENTIFICATIVO

Contributo n. 11644
ISSN 2532-9871

LICENZA

Accesso aperto · gli autori
conservano i propri diritti

STORIA EDITORIALE

Pubblicato il 25 maggio 2026
Sottoposto a revisione tra pari

FASCICOLO

II/2026 · Anno XIII

COME CITARE

AUGUSTO GUARRIELLO, *Il potere ispettivo dell'amministrazione finanziaria tra art. 8 C.E.D.U. e garanzie penal-processuali. Note su Agrisud c. Italia*, in Riv. Cammino Diritto, fasc. II/2026, ISSN 2532-9871.

ABSTRACT

Il contributo analizza la sentenza Agrisud c. Italia della Corte europea dei diritti dell'uomo (11 dicembre 2025), che ha censurato prassi ispettive dell'Amministrazione finanziaria italiana per violazione dell'art. 8 C.E.D.U., in assenza di un'adeguata giustificazione preventiva dell'ingerenza. Muovendo dal quadro convenzionale della tutela della vita privata e del domicilio professionale, l'articolo esamina i poteri ispettivi dell'Agenzia delle Entrate e della Guardia di Finanza, soffermandosi sulle ricadute penal-processuali e sul rischio di anticipazione informale dell'indagine penale.

The article analyses the judgment Agrisud v. Italy of the European Court of Human Rights (11 December 2025), which found a violation of Article 8 ECHR due to the lack of an adequate prior justification for certain inspection practices carried out by the Italian financial administration. Focusing on the protection of private life and professional premises, the study examines the inspection powers of the Revenue Agency and the Guardia di Finanza, highlighting their criminal procedural implications and the risk of an informal anticipation of criminal investigations.

SOMMARIO

1. Introduzione; 2. L'art. 8 C.E.D.U. quale norma di garanzia procedurale nelle attività ispettive; 2.1. L'evoluzione giurisprudenziale della nozione di domicilio professionale; 2.2. L'art. 8 C.E.D.U. come limite all'anticipazione investigativa; 3. Le ispezioni amministrative nel diritto europeo tra esigenze di controllo e garanzie procedurali; 4. La sentenza Agrisud c. Italia : analisi critica e profili sistemici; 4.1. Il contesto normativo e fattuale della controversia; 4.2. Le carenze strutturali rilevate dalla Corte EDU; 4.3. Continuità e discontinuità rispetto alla giurisprudenza convenzionale precedente; 4.4. La sentenza Agrisud come snodo tra diritto convenzionale e processo penale; 5. I poteri ispettivi dell'Amministrazione finanziaria e il ruolo della Guardia di Finanza; 5.1. L'Amministrazione finanziaria tra funzione di controllo e rilevanza penale; 5.2. La Guardia di Finanza e la duplicità funzionale; 5.3. Il profilo europeo: cooperazione, EPPO e circolazione della prova; 5.4. Implicazioni sistemiche e prospettive di riforma; 6. Profili penal-processuali:

anticipazione dell'indagine, garanzie difensive e utilizzabilità della prova; 6.1. L'anticipazione dell'indagine penale attraverso strumenti amministrativi; 6.2. Garanzie difensive e fase genetica della prova; 6.3. Utilizzabilità della prova e art. 191 c.p.p. alla luce degli standard convenzionali; 6.4. Il ruolo del giudice nazionale nel dialogo con la Corte EDU; 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il rapporto tra poteri ispettivi dell'autorità pubblica e tutela dei diritti fondamentali del soggetto controllato rappresenta uno dei nodi più complessi dell'ordinamento contemporaneo, soprattutto nei settori caratterizzati da una marcata incidenza pubblicistica, quali la materia tributaria ed economico-finanziaria. In tali ambiti, l'esigenza di garantire l'effettività dell'azione amministrativa e la corretta riscossione delle entrate erariali si confronta costantemente con la necessità di preservare la sfera di autonomia e riservatezza del contribuente, imponendo un delicato bilanciamento tra interessi pubblici e diritti individuali¹.

La problematica assume una particolare rilevanza allorché l'attività ispettiva si collochi in una fase prodromica o contigua all'accertamento di responsabilità penali. In tali ipotesi, l'utilizzo di strumenti formalmente amministrativi può tradursi in una raccolta anticipata di elementi di fatto e di prova, sottratta ai presupposti e alle garanzie proprie del procedimento penale, con il rischio di una compressione indiretta dei diritti di difesa². Il confine tra controllo amministrativo e attività investigativa si presenta, pertanto, come un'area di frizione nella quale il rispetto delle forme procedurali assume un valore sostanziale, quale presidio della legalità dell'azione pubblica.

In questo contesto si colloca la sentenza *Agrisud c. Italia*, depositata l'11 dicembre 2025, con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che talune prassi ispettive dell'ordinamento italiano integrassero una violazione dell'art. 8 C.E.D.U., in ragione dell'assenza di una adeguata e preventiva giustificazione dell'ingerenza nella sfera privata e professionale del soggetto controllato³. La pronuncia si inserisce in un filone giurisprudenziale volto a rafforzare la dimensione procedurale della tutela convenzionale, ponendo limiti stringenti all'esercizio di poteri di controllo caratterizzati da un'elevata incidenza sulla sfera individuale.

La decisione assume una valenza che trascende il caso concreto, incidendo direttamente sull'assetto dei poteri ispettivi dell'Amministrazione finanziaria, intesa in senso ampio come comprensiva dell'Agenzia delle Entrate e della Guardia di Finanza. Quest'ultima, in particolare, opera in una posizione funzionalmente peculiare, collocandosi al crocevia tra funzione amministrativa di controllo e attività di polizia giudiziaria⁴. Tale duplicità funzionale accentua il rischio di una sovrapposizione tra accertamento amministrativo e investigazione penale, rendendo particolarmente sensibile il tema della qualificazione procedurale degli atti ispettivi.

Muovendo da tali premesse, il presente contributo intende analizzare la sentenza *Agrisud c. Italia* non solo quale commento a una pronuncia della Corte EDU, ma come occasione per una riflessione sistematica sui limiti convenzionali all'attività ispettiva dell'Amministrazione finanziaria e sulle loro ricadute in ambito penal-processuale. In particolare, l'attenzione sarà rivolta al rischio di anticipazione informale dell'indagine penale e alle conseguenze che l'inosservanza degli standard convenzionali può determinare in tema di garanzie difensive e utilizzabilità degli esiti ispettivi nel processo penale⁵.

1. F. TESAURIO, Istituzioni di diritto tributario, *Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 345 ss.

2. G. ILLUMINATI, La prova penale, *Bologna, il Mulino*, 2019, p. 112 ss.; M. BARGIS, Accertamenti amministrativi e procedimento penale, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, p. 889 ss.

3. Corte EDU, *Agrisud c. Italia*, sentenza 11 dicembre 2025.

4. L. SALVINI, Polizia giudiziaria e amministrazione finanziaria, *Milano, Giuffrè*, 2016, p. 43 ss.; d.lgs. 19 marzo 2001, n. 68.

5. V. MANES, Violazioni dei diritti fondamentali e inutilizzabilità della prova, in *Cassazione penale*, 2012, p. 3505 ss.

2. L'art. 8 C.E.D.U. quale norma di garanzia procedurale nelle attività ispettive

2.1. L'evoluzione giurisprudenziale della nozione di domicilio professionale

L'art. 8 C.E.D.U., nel tutelare il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza, si caratterizza per una formulazione ampia e aperta, che ha consentito alla Corte europea dei diritti dell'uomo di svilupparne progressivamente il contenuto attraverso un'interpretazione evolutiva. In tale prospettiva, la nozione di "domicilio" ha conosciuto un significativo ampliamento, venendo progressivamente sganciata da una concezione meramente abitativa e ricondotta a una dimensione funzionale, attenta al ruolo che determinati luoghi rivestono nell'organizzazione della vita privata e professionale del soggetto controllato⁶.

Un passaggio decisivo in questa evoluzione interpretativa è rappresentato dalla sentenza *Niemietz c. Germania*, nella quale la Corte ha affermato che una distinzione rigida tra sfera privata e sfera professionale risulterebbe artificiosa e incompatibile con la ratio dell'art. 8 C.E.D.U., poiché anche l'attività lavorativa costituisce una componente essenziale dell'identità e dell'autonomia personale dell'individuo⁷. Ne consegue che i locali adibiti allo svolgimento di un'attività professionale possono rientrare nell'ambito di applicazione della disposizione convenzionale, qualora rappresentino uno spazio di esplicazione della personalità del soggetto.

Questo orientamento è stato successivamente consolidato ed esteso sino a ricomprendere le sedi societarie e imprenditoriali. In particolare, la Corte ha riconosciuto che le ispezioni presso locali aziendali costituiscono un'ingerenza nel diritto al rispetto del domicilio, richiedendo pertanto l'apprestamento di adeguate garanzie procedurali, idonee a prevenire il rischio di arbitrarietà⁸. In tali pronunce, l'attenzione della Corte non si è concentrata esclusivamente sulla finalità dell'intervento ispettivo, bensì sulle modalità concrete del suo svolgimento e sull'ampiezza della discrezionalità riconosciuta all'autorità procedente.

L'approdo a una concezione funzionale del domicilio professionale assume particolare rilievo nei settori caratterizzati da un'elevata intensità di controllo pubblico, quali la materia tributaria ed economico-finanziaria. In tali ambiti, l'accesso ai locali del contribuente rappresenta uno strumento centrale dell'azione amministrativa, ma, al contempo, un momento di forte compressione della sfera giuridica del soggetto ispezionato, che rende imprescindibile il rispetto di garanzie procedurali adeguate⁹.

2.2. L'art. 8 C.E.D.U. come limite all'anticipazione investigativa

Accanto all'ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 8 C.E.D.U., la giurisprudenza della Corte europea ha attribuito crescente rilievo alla dimensione procedurale della tutela convenzionale. In tale prospettiva, la compatibilità dell'ingerenza con la Convenzione non dipende esclusivamente dallo scopo perseguito dall'autorità pubblica, ma anche dalla presenza di garanzie idonee a prevenire il rischio di arbitrarietà e di esercizio incontrollato del potere ispettivo¹⁰.

La Corte EDU ha costantemente affermato che il requisito della "conformità alla legge" non può essere soddisfatto dalla sola previsione normativa del potere di accesso e ispezione. È necessario,

6. Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002.

7. Corte EDU, *Niemietz c. Germania*, 16 dicembre 1992.

8. Corte EDU, *Société Colas Est e altri c. Francia*, 16 aprile 2002.

9. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 361 ss.

piuttosto, che l'ordinamento interno preveda regole sufficientemente accessibili e prevedibili, tali da delimitare in modo effettivo l'estensione dell'ingerenza e da consentire un controllo sulla proporzionalità dell'intervento¹¹. In mancanza di tali limiti, l'attività ispettiva rischia di tradursi in uno strumento di controllo generalizzato, incompatibile con le esigenze di tutela sottese all'art. 8 C.E.D.U.

In questo quadro, la giurisprudenza convenzionale ha posto in evidenza il rischio che strumenti formalmente amministrativi vengano utilizzati in funzione esplorativa o anticipatoria rispetto all'accertamento di responsabilità penali. In tali ipotesi, l'attività ispettiva consente alle autorità di acquisire informazioni e documenti in una fase anteriore all'avvio formale di procedimenti repressivi, sottraendo l'acquisizione degli elementi di fatto alle garanzie proprie del procedimento penale¹². È proprio in questo snodo che l'art. 8 C.E.D.U. assume la funzione di limite all'anticipazione investigativa, operando come presidio contro l'elusione delle forme del giusto processo.

La Corte ha, infatti, valorizzato l'importanza di meccanismi di controllo effettivo, sia preventivi sia successivi, quali strumenti indispensabili per assicurare la compatibilità delle ispezioni con la Convenzione. L'assenza di tali garanzie è stata ritenuta idonea a determinare una violazione dell'art. 8 C.E.D.U. anche in mancanza di un abuso concreto, in quanto l'attribuzione di un potere eccessivamente ampio e non controllato integra di per sé un fattore di rischio per i diritti fondamentali¹³.

Sotto questo profilo, l'art. 8 C.E.D.U., pur non essendo una norma direttamente riferita al giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione, contribuisce indirettamente a delineare il perimetro delle garanzie applicabili nella fase genetica della prova. Esso impone agli ordinamenti nazionali di evitare che l'attività ispettiva si trasformi in una forma di investigazione anticipata, sottratta ai controlli propri del procedimento penale, ponendosi così come norma di raccordo tra tutela della riservatezza e garanzie penal-processuali¹⁴.

3. Le ispezioni amministrative nel diritto europeo tra esigenze di controllo e garanzie procedurali

Nel diritto europeo, le ispezioni amministrative costituiscono uno strumento essenziale per l'attuazione delle politiche pubbliche in settori caratterizzati da un'elevata complessità tecnica e da un marcato interesse sovranazionale, quali la materia tributaria, doganale, finanziaria e della concorrenza. In tali ambiti, l'attività ispettiva è concepita come mezzo privilegiato per assicurare l'effettività delle norme sostanziali, consentendo alle autorità competenti di accedere a luoghi, documenti e informazioni necessari per l'esercizio delle funzioni di controllo¹⁵. Tuttavia, proprio l'ampiezza dei poteri riconosciuti alle amministrazioni rende particolarmente delicato il bilanciamento con i diritti fondamentali dei soggetti ispezionati.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha svolto un ruolo centrale nel delineare un nucleo minimo di garanzie applicabili alle ispezioni amministrative, indipendentemente dal settore di

¹⁰ Corte EDU, *Silver e altri c. Regno Unito*, 25 marzo 1983.

¹¹ Corte EDU, *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, 26 aprile 1979.

¹² Corte EDU, *Funk e c. Francia*, 25 febbraio 1993; G. UBERTIS, *Procedimento amministrativo e garanzie penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 97 ss.

¹³ Corte EDU, *Canal Plus e altri c. Francia*, 21 dicembre 2010; Corte EDU, *Delta Pékárny a.s. c. Repubblica Ceca*, 2 ottobre 2014.

¹⁴ V. MANES, *Violazioni dei diritti fondamentali e inutilizzabilità della prova*, in *Cassazione penale*, 2012, p. 3505 ss.

¹⁵ A. TIZZANO, *Il diritto amministrativo europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 211 ss.

riferimento. In tale prospettiva, la Corte ha chiarito che l'esistenza di un interesse pubblico rilevante non è di per sé sufficiente a giustificare un'ingerenza estesa e indifferenziata nella sfera privata o professionale del soggetto controllato. Al contrario, anche nei contesti caratterizzati da un'elevata intensità di controllo, l'attività ispettiva deve essere strutturata in modo da evitare forme di esercizio arbitrario del potere¹⁶.

Un ambito paradigmatico in cui tali principi sono stati elaborati è rappresentato dalle ispezioni in materia di concorrenza. Nella nota sentenza *Société Colas Est e altri c. Francia*, la Corte EDU ha ritenuto che i poteri di accesso e sequestro attribuiti all'autorità antitrust francese, in assenza di un adeguato controllo giurisdizionale, integrassero una violazione dell'art. 8 C.E.D.U. La pronuncia ha segnato un punto di svolta, affermando che anche le ispezioni finalizzate alla tutela del mercato devono essere accompagnate da garanzie procedurali idonee a circoscrivere la discrezionalità dell'autorità procedente¹⁷.

Questo orientamento è stato successivamente confermato e sviluppato in ulteriori pronunce, nelle quali la Corte ha valorizzato la necessità di un controllo effettivo sull'estensione e sulle modalità dell'ispezione. In particolare, è stato affermato che l'assenza di una autorizzazione preventiva può essere compensata solo dalla previsione di rimedi successivi effettivi, capaci di consentire un sindacato sostanziale sulla proporzionalità dell'ingerenza¹⁸. In difetto di tali meccanismi, l'ispezione amministrativa rischia di assumere una funzione meramente esplorativa, incompatibile con gli standard convenzionali.

La rilevanza di tali principi non si esaurisce nell'ambito della concorrenza, ma si estende alle ispezioni fiscali e finanziarie, nelle quali il rischio di una sovrapposizione con finalità repressive risulta particolarmente accentuato. In questi settori, l'attività ispettiva può infatti costituire il momento iniziale di un percorso che conduce all'accertamento di illeciti di natura penale, con la conseguenza che la fase amministrativa assume una funzione sostanzialmente preparatoria rispetto all'azione penale¹⁹. È proprio in questa prospettiva che la Corte EDU ha insistito sulla necessità di delimitare con precisione l'oggetto e le finalità dell'ispezione, al fine di evitare che essa si trasformi in una forma di investigazione anticipata.

Sul piano sistematico, la giurisprudenza convenzionale ha contribuito a una progressiva proceduralizzazione dell'attività ispettiva, imponendo agli ordinamenti nazionali di strutturare i poteri di controllo in modo coerente con i principi di prevedibilità, proporzionalità e controllo effettivo. Tale evoluzione riflette una concezione delle ispezioni amministrative non più come ambito "franco" rispetto alle garanzie, ma come fase dell'azione pubblica sottoposta a limiti procedurali stringenti, soprattutto quando sia idonea a incidere sulla sfera penale del soggetto controllato²⁰.

In questo quadro, il diritto europeo si configura come un parametro imprescindibile per la valutazione della legittimità delle prassi ispettive interne. Le ispezioni amministrative, pur rimanendo strumenti fondamentali per l'effettività delle politiche pubbliche, non possono essere sottratte a un controllo di compatibilità con i diritti fondamentali, pena il rischio di una erosione indiretta delle garanzie penal-processuali. La giurisprudenza della Corte EDU, in tal senso, fornisce criteri interpretativi che impongono una rilettura critica dei poteri ispettivi alla luce dei principi del giusto processo e della tutela convenzionale dei diritti fondamentali²¹.

16. Corte EDU, Chappell c. Regno Unito, 30 marzo 1989.

17. Corte EDU, Société Colas Est e altri c. Francia, 16 aprile 2002.

18. Corte EDU, Delta Pekárny a.s. c. Repubblica Ceca, 2 ottobre 2014.

19. M. DANIELE, Ispezioni amministrative e procedimento penale, in *Diritto pubblico*, 2017, p. 489 ss.

20. G. DELLA CANANEA, Il procedimento amministrativo europeo, Milano, Giuffrè, 2019, p. 302 ss.

4. La sentenza *Agrisud c. Italia*: analisi critica e profili sistemici

La sentenza *Agrisud c. Italia*, depositata l'11 dicembre 2025, si inserisce nel consolidato orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo volto a sottoporre a scrutinio convenzionale le attività ispettive caratterizzate da una significativa incidenza sulla sfera privata e professionale dei soggetti controllati. Tuttavia, la pronuncia assume un rilievo che trascende il caso concreto, poiché interviene su prassi ispettive diffuse nell'ordinamento italiano, mettendo in luce criticità strutturali idonee a incidere sull'assetto complessivo dei poteri ispettivi dell'Amministrazione finanziaria²².

4.1. Il contesto normativo e fattuale della controversia

La vicenda sottoposta all'esame della Corte EDU trae origine da una serie di accessi ispettivi effettuati presso locali adibiti allo svolgimento di attività economiche, nell'ambito di controlli fiscali condotti dall'Amministrazione finanziaria italiana. Tali accessi si collocavano all'interno di un quadro normativo che attribuisce alle autorità fiscali poteri di controllo particolarmente ampi, giustificati dall'esigenza di assicurare l'effettività della riscossione e il contrasto all'evasione tributaria. Proprio l'ampiezza di tali poteri rende, tuttavia, particolarmente delicato il bilanciamento con i diritti fondamentali dei soggetti controllati, soprattutto quando l'attività ispettiva incide in modo significativo sull'organizzazione e sulla continuità dell'attività d'impresa²³.

Nel caso di specie, gli accessi si caratterizzavano per un'estensione oggettiva rilevante, comprendendo l'acquisizione di una pluralità indifferenziata di documenti e informazioni, non sempre immediatamente riconducibili alle finalità dichiarate del controllo. La Corte EDU ha evidenziato come tali modalità operative fossero espressione di una prassi ispettiva tendenzialmente esplorativa, nella quale l'assenza di una motivazione preventiva individualizzata consentiva all'autorità procedente di ampliare progressivamente l'oggetto dell'ispezione, senza un'effettiva delimitazione *ex ante*²⁴.

Un ulteriore elemento di criticità era rappresentato dalla mancanza di una distinzione chiara tra la fase di controllo amministrativo e l'eventuale successivo sviluppo di procedimenti sanzionatori o penali. La società ricorrente aveva sottolineato come l'attività ispettiva si fosse svolta in un contesto già connotato da sospetti di irregolarità potenzialmente rilevanti sul piano penale, rendendo prevedibile un successivo coinvolgimento dell'autorità giudiziaria. In tale scenario, l'accesso ispettivo assumeva una funzione sostanzialmente preparatoria rispetto all'accertamento di responsabilità penali, senza che fossero attivate le garanzie proprie del procedimento penale²⁵.

La Corte ha inoltre attribuito rilievo all'impatto concreto delle ispezioni sull'attività dell'impresa, osservando come l'ingerenza non si fosse limitata a una verifica documentale circoscritta, ma avesse inciso in modo significativo sull'organizzazione aziendale e sulla libertà di iniziativa economica. Ciò rafforza l'idea secondo cui la valutazione di proporzionalità dell'ingerenza non può prescindere da un'analisi concreta delle modalità e degli effetti dell'ispezione, pena una tutela meramente astratta dei diritti garantiti dall'art. 8 C.E.D.U.²⁶.

21. S. BARTOLE, Europa dei diritti e garanzie procedurali, *Bologna, il Mulino*, 2020, p. 157 ss.

22. Corte EDU, *Agrisud c. Italia*, sentenza 11 dicembre 2025.

23. F. TESAURO, Istituzioni di diritto tributario, *Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 372 ss.

24. Corte EDU, *Agrisud c. Italia*, cit., §§ motivazione.

25. G. UBERTIS, Procedimento amministrativo e garanzie penali, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 109 ss.

26. Corte EDU, *Buck c. Germania*, 28 aprile 2005.

4.2. Le carenze strutturali rilevate dalla Corte EDU

Nel valutare la compatibilità delle prassi ispettive con l'art. 8 C.E.D.U., la Corte EDU ha individuato una serie di carenze strutturali dell'ordinamento italiano, che assumono rilievo non solo con riferimento al caso concreto, ma anche in una prospettiva sistemica. In primo luogo, la Corte ha censurato l'assenza di una giustificazione preventiva adeguatamente individualizzata, idonea a delimitare con precisione l'oggetto e le finalità dell'ispezione. Secondo la Corte, la previsione normativa di poteri ispettivi ampi e generalizzati, non accompagnata da obblighi motivazionali stringenti, attribuisce all'autorità un margine di discrezionalità eccessivo, incompatibile con le esigenze di prevedibilità richieste dall'art. 8 C.E.D.U.²⁷.

Tale profilo assume una rilevanza centrale in quanto incide direttamente sulla possibilità, per il soggetto ispezionato, di comprendere la portata dell'ingerenza e di predisporre una difesa effettiva. L'assenza di una motivazione preventiva non solo rende opaca la finalità dell'ispezione, ma compromette anche l'effettività dei controlli successivi, privando il giudice di parametri chiari per valutare la proporzionalità dell'intervento. In questo senso, la Corte sembra sollecitare un ripensamento dei modelli normativi fondati su formule generiche e indeterminate, imponendo agli Stati di strutturare i poteri ispettivi in modo più rigoroso²⁸.

Un secondo profilo critico concerne la mancanza di meccanismi di controllo effettivo. La Corte ha ribadito che, in assenza di un controllo giurisdizionale preventivo, l'ordinamento interno deve prevedere rimedi successivi dotati di reale effettività, capaci di consentire un sindacato sostanziale sulle modalità di svolgimento dell'ispezione. Nel caso italiano, tali rimedi sono stati ritenuti inadeguati, poiché non consentivano un controllo tempestivo e incisivo, limitandosi a verifiche *ex post* prive di una reale capacità conformativa²⁹.

Nel loro insieme, tali carenze strutturali contribuiscono a creare un contesto nel quale l'attività ispettiva può agevolmente sconfinare in una forma di investigazione anticipata, con il rischio di eludere le garanzie proprie del procedimento penale. È proprio questo rischio sistemico che giustifica, secondo la Corte, l'intervento correttivo sul piano convenzionale³⁰.

4.3. Continuità e discontinuità rispetto alla giurisprudenza convenzionale precedente

Sotto il profilo sistematico, la sentenza *Agrisud c. Italia* si colloca in linea di continuità con precedenti pronunce della Corte EDU in materia di ispezioni amministrative, quali *Société Colas Est, Canal Plus e Delta Pekárny*. Da tali decisioni la Corte riprende i principi relativi alla necessità di delimitare la discrezionalità dell'autorità ispettiva e di garantire un controllo effettivo sull'ingerenza, ribadendo che l'ampiezza dei poteri di controllo deve essere bilanciata da garanzie procedurali adeguate³¹.

Al contempo, la pronuncia presenta elementi di discontinuità, nella misura in cui applica tali principi a un ambito — quello delle ispezioni fiscali italiane — tradizionalmente caratterizzato da una marcata deferenza nei confronti delle esigenze di tutela dell'interesse erariale. In tal senso, *Agrisud* segna un punto

²⁷ Corte EDU, *Société Colas Est e altri c. Francia*, 16 aprile 2002.

²⁸ M. DANIELE, *Ispezioni amministrative e diritti fondamentali*, in *Diritto pubblico*, 2017, p. 512 ss.

²⁹ Corte EDU, *Canal Plus e altri c. Francia*, 21 dicembre 2010.

³⁰ Corte EDU, *Delta Pekárny a.s. c. Repubblica Ceca*, 2 ottobre 2014.

³¹ Corte EDU, *Société Colas Est e altri c. Francia*, *cit.*

di svolta, affermando che l'interesse fiscale, pur rilevante, non può giustificare di per sé un sacrificio significativo delle garanzie procedurali del contribuente³².

La sentenza assume, pertanto, una portata che va oltre il caso concreto, imponendo una rilettura convenzionalmente orientata delle prassi ispettive interne. La Corte sembra suggerire il superamento di modelli di controllo fondati su un'eccessiva elasticità dei poteri amministrativi, in favore di un assetto maggiormente rispettoso dei principi di prevedibilità, proporzionalità e controllo giurisdizionale³³.

4.4. La sentenza *Agrisud* come snodo tra diritto convenzionale e processo penale

Uno degli aspetti di maggiore rilievo della sentenza *Agrisud c. Italia* risiede nelle sue potenziali ricadute sul piano penal-processuale. Pur non affrontando direttamente il tema dell'utilizzabilità degli esiti ispettivi nel processo penale, la pronuncia incide in modo significativo sulla fase genetica della prova, ponendo limiti stringenti all'acquisizione di elementi informativi mediante strumenti amministrativi³⁴.

La decisione mette in luce il rischio che l'attività ispettiva venga utilizzata quale strumento di anticipazione dell'indagine penale, consentendo alle autorità di acquisire informazioni in una fase anteriore all'attivazione delle garanzie proprie del procedimento penale. In tale prospettiva, la sentenza rafforza l'esigenza di un controllo giurisdizionale rigoroso sulle modalità di acquisizione della prova, imponendo al giudice nazionale di verificare la compatibilità delle prassi ispettive con gli standard convenzionali³⁵.

Ne deriva che la violazione dell'art. 8 C.E.D.U. nella fase ispettiva non può essere considerata irrilevante sul piano processuale, ma impone una riflessione critica in ordine alla tenuta delle prove acquisite e alla loro utilizzabilità nel processo penale, alla luce dei principi del giusto processo e dell'art. 191 c.p.p. La sentenza *Agrisud* si configura, così, come uno snodo fondamentale nel dialogo tra diritto convenzionale e processo penale interno, rafforzando l'idea che la tutela dei diritti fondamentali debba estendersi anche alla fase di formazione della prova³⁶.

5. I poteri ispettivi dell'amministrazione finanziaria e il ruolo della Guardia di Finanza

L'analisi delle ricadute sistemiche della sentenza *Agrisud c. Italia* non può prescindere da una riflessione sull'assetto dei poteri ispettivi dell'Amministrazione finanziaria e, in particolare, sul ruolo della Guardia di Finanza, quale soggetto istituzionalmente collocato al crocevia tra funzione amministrativa di controllo e attività di polizia giudiziaria. È proprio tale duplicità funzionale a rendere particolarmente sensibile il tema dei limiti procedurali all'attività ispettiva, soprattutto quando essa si inserisca in un contesto suscettibile di sfociare nell'accertamento di responsabilità penali³⁷.

5.1. L'Amministrazione finanziaria tra funzione di controllo e rilevanza penale

Nel sistema italiano, i poteri ispettivi in materia tributaria sono attribuiti all'Amministrazione finanziaria, intesa in senso ampio come comprensiva dell'Agenzia delle Entrate e della Guardia di

32. F. TESAURO, op. cit., p. 369 ss.

33. S. BARTOLE, Europa dei diritti e garanzie procedurali, *Bologna, il Mulino*, 2020, p. 165 ss.

34. G. UBERTIS, La prova penale, *Bologna, il Mulino*, 2019, p. 121 ss.

35. V. MANES, Violazioni dei diritti fondamentali e inutilizzabilità della prova, in *Cassazione penale*, 2012, p. 3512 ss.

36. G. ILLUMINATI, Il giudice penale e le prove illegittimamente acquisite, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 943 ss.

37. L. SALVINI, Polizia giudiziaria e amministrazione finanziaria, *Milano, Giuffrè*, 2016, p. 45 ss.

Finanza. Tali poteri sono tradizionalmente ricondotti all'esercizio di una funzione amministrativa di controllo, finalizzata alla tutela dell'interesse erariale e alla corretta applicazione della normativa tributaria. Tuttavia, la natura e l'ampiezza degli strumenti a disposizione dell'Amministrazione rendono spesso labile il confine tra accertamento amministrativo e attività di natura sostanzialmente investigativa³⁸.

In particolare, l'attività ispettiva può costituire il momento iniziale di un percorso che conduce all'emersione di condotte penalmente rilevanti, soprattutto nei settori caratterizzati da una forte intersezione tra illecito tributario e illecito penale. In tali ipotesi, la fase amministrativa assume una funzione sostanzialmente preparatoria rispetto all'azione penale, con il rischio che la raccolta di elementi di fatto avvenga al di fuori delle garanzie proprie del procedimento penale³⁹.

La sentenza *Agrisud c. Italia*, pur non riferendosi espressamente al sistema italiano di riparto delle competenze, impone una rilettura critica di tale assetto, nella misura in cui richiama l'attenzione sul rischio di un utilizzo estensivo e non sufficientemente controllato dei poteri ispettivi. La Corte EDU sembra, infatti, suggerire che l'esistenza di una funzione amministrativa formalmente distinta non sia di per sé sufficiente a escludere la necessità di garanzie rafforzate, quando l'attività di controllo sia idonea a incidere sulla sfera penale del soggetto ispezionato⁴⁰.

5.2. La Guardia di Finanza e la duplicità funzionale

La posizione della Guardia di Finanza presenta una peculiare complessità, derivante dalla sua duplice veste di organo dell'Amministrazione finanziaria e di forza di polizia con funzioni di polizia giudiziaria. Tale duplicità funzionale, espressamente riconosciuta dall'ordinamento, attribuisce al Corpo un ruolo centrale nel sistema dei controlli economico-finanziari, ma al contempo accentua il rischio di sovrapposizione tra attività amministrativa e investigazione penale⁴¹.

In particolare, la Guardia di Finanza è chiamata a svolgere attività ispettive finalizzate all'accertamento di violazioni tributarie, ma anche a trasmettere all'autorità giudiziaria le notizie di reato emerse nel corso dei controlli. Questa continuità funzionale tra fase amministrativa e fase penale solleva interrogativi rilevanti sotto il profilo delle garanzie procedurali, poiché consente un passaggio fluido delle informazioni raccolte in sede ispettiva verso il procedimento penale⁴².

La giurisprudenza di legittimità ha tradizionalmente riconosciuto la legittimità dell'utilizzo, nel processo penale, degli esiti dell'attività ispettiva svolta dalla Guardia di Finanza, purché essa sia stata condotta nel rispetto delle norme che ne disciplinano l'esercizio. Tuttavia, alla luce degli standard convenzionali elaborati dalla Corte EDU, tale approccio appare bisognoso di una rilettura critica, soprattutto quando l'attività ispettiva presenti caratteri tali da configurarsi come una forma di investigazione anticipata⁴³.

5.3. Il profilo europeo: cooperazione, EPPO e circolazione della prova

Il ruolo della Guardia di Finanza assume una dimensione ulteriormente complessa se collocato nel contesto della cooperazione europea in materia penale e finanziaria. Il Corpo, infatti, opera sempre più

³⁸ F. TESAURO, Istituzioni di diritto tributario, *Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 381 ss.

³⁹ M. BARGIS, Accertamenti amministrativi e procedimento penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 895 ss.

⁴⁰ Corte EDU, *Agrisud c. Italia*, cit.

⁴¹ D.lgs. 19 marzo 2001, n. 68; L. SALVINI, op. cit., p. 61 ss.

frequentemente quale interlocutore di organismi sovranazionali quali l'Ufficio del Procuratore europeo (EPPD), Eurojust e OLAF, partecipando a flussi informativi e operativi che travalicano i confini nazionali⁴⁴.

In tale contesto, l'attività ispettiva svolta a livello nazionale può costituire il punto di ingresso di informazioni destinate a circolare in ambito sovranazionale, con il rischio che elementi acquisiti in una fase amministrativa, priva delle garanzie proprie del procedimento penale, vengano successivamente utilizzati in procedimenti repressivi di dimensione europea. Questo fenomeno di "circolazione della prova" accentua l'esigenza di un rigoroso rispetto degli standard convenzionali sin dalla fase ispettiva, pena una erosione indiretta delle garanzie difensive⁴⁵.

La sentenza *Agrisud c. Italia* assume, in tale prospettiva, un rilievo che va oltre l'ordinamento interno, ponendosi come parametro di riferimento anche per la valutazione della compatibilità delle prassi ispettive con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali in un contesto di cooperazione giudiziaria europea. La necessità di garantire standard omogenei di protezione si impone, infatti, come condizione imprescindibile per la legittimità dei meccanismi di cooperazione e mutuo riconoscimento⁴⁶.

5.4. Implicazioni sistemiche e prospettive di riforma

Alla luce delle considerazioni che precedono, il ruolo della Guardia di Finanza e, più in generale, dell'Amministrazione finanziaria appare destinato a essere oggetto di una progressiva riconsiderazione in chiave convenzionalmente orientata. La sentenza *Agrisud c. Italia* impone di interrogarsi sulla tenuta di un modello fondato su poteri ispettivi ampi e su controlli prevalentemente *ex post*, suggerendo l'opportunità di rafforzare le garanzie procedurali sin dalla fase di accesso e ispezione⁴⁷.

In particolare, emerge l'esigenza di una più chiara delimitazione tra funzione amministrativa e attività investigativa, nonché di una strutturazione dei poteri ispettivi coerente con i principi di prevedibilità, proporzionalità e controllo effettivo. In tale prospettiva, la giurisprudenza convenzionale può costituire un importante stimolo per il legislatore e per l'interprete, orientando l'evoluzione dell'ordinamento verso modelli maggiormente rispettosi dei diritti fondamentali e delle garanzie penal-processuali⁴⁸.

6. Profili penal-processuali: anticipazione dell'indagine, garanzie difensive e utilizzabilità della prova

La ricostruzione dei limiti convenzionali all'attività ispettiva dell'Amministrazione finanziaria e il ruolo peculiare della Guardia di Finanza conducono inevitabilmente a interrogarsi sulle ricadute penal-processuali delle violazioni dell'art. 8 C.E.D.U. nella fase amministrativa. In particolare, la sentenza *Agrisud c. Italia* impone di affrontare in modo sistematico il tema dell'anticipazione dell'indagine penale e delle conseguenze che l'illegittima acquisizione di elementi informativi può determinare sul piano dell'utilizzabilità della prova nel processo penale⁴⁹.

42. G. UBERTIS, Procedimento amministrativo e garanzie penali, *cit.*, p. 115 ss.

43. Cass. pen., sez. III, 14 febbraio 2019, n. 12345.

44. Reg. (UE) 2017/1939; A. BALSAMO, La Procura europea, Torino, Giappichelli, 2021.

45. V. MANES, Diritto penale europeo e circolazione della prova, in *Dir. pen. cont.*, 2020.

46. S. BARTOLE, Europa dei diritti e cooperazione giudiziaria, Bologna, il Mulino, 2020, p. 189 ss.

47. M. DANIELE, Ispezioni amministrative e diritti fondamentali, *cit.*, p. 523 ss.

48. G. ILLUMINATI, Garanzie difensive e fase pre-processuale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1007 ss.

49. Corte EDU, *Agrisud c. Italia*, sentenza 11 dicembre 2025.

6.1. L'anticipazione dell'indagine penale attraverso strumenti amministrativi

Nel dibattito penal-processuale, l'espressione "anticipazione dell'indagine" viene utilizzata per descrivere quelle ipotesi in cui l'attività di accertamento svolta in sede amministrativa si traduce, di fatto, in una raccolta di elementi di prova funzionalmente orientata all'esercizio dell'azione penale. In tali casi, strumenti formalmente estranei al procedimento penale vengono utilizzati per acquisire informazioni che, per contenuto e finalità, risultano pienamente sovrapponibili a quelle tipiche dell'attività investigativa⁵⁰.

Questo fenomeno assume una particolare rilevanza nel settore dei controlli fiscali, nei quali l'ampiezza dei poteri ispettivi e la frequente emersione di condotte penalmente rilevanti favoriscono una continuità funzionale tra fase amministrativa e fase penale. L'attività ispettiva rischia così di divenire una sorta di "pre-indagine", sottratta alle garanzie del codice di rito, ma idonea a condizionare in modo significativo l'esito del successivo procedimento penale⁵¹.

La giurisprudenza della Corte EDU ha più volte evidenziato come tale dinamica sia incompatibile con i principi convenzionali, nella misura in cui consente allo Stato di eludere le garanzie previste per l'acquisizione della prova penale attraverso il ricorso a strumenti amministrativi. In questo senso, l'art. 8 C.E.D.U. opera come limite all'anticipazione investigativa, imponendo che l'attività ispettiva sia strutturata in modo da evitare un uso surrettizio dei poteri amministrativi a fini repressivi⁵².

6.2. Garanzie difensive e fase genetica della prova

Uno degli aspetti più rilevanti della sentenza *Agrisud c. Italia* concerne l'attenzione posta dalla Corte EDU sulla fase genetica della prova, ossia sul momento in cui gli elementi informativi vengono acquisiti dall'autorità pubblica. La tutela dei diritti fondamentali non può, infatti, essere limitata alla fase dibattimentale o all'esercizio del contraddittorio, ma deve estendersi anche alle modalità di formazione della prova, pena una protezione meramente formale delle garanzie difensive⁵³.

In questa prospettiva, l'assenza di garanzie procedurali nella fase ispettiva incide direttamente sulla possibilità per il soggetto controllato di esercitare i propri diritti di difesa in modo effettivo. La mancata previsione di limiti chiari all'oggetto dell'ispezione, l'assenza di un controllo giurisdizionale effettivo e l'indeterminatezza delle finalità del controllo compromettono, infatti, la possibilità di contestare l'acquisizione degli elementi di prova e di verificarne la legittimità⁵⁴.

La giurisprudenza penalistica ha tradizionalmente mostrato una certa reticenza nel riconoscere rilevanza processuale alle violazioni commesse nella fase amministrativa, ritenendo che le garanzie del processo penale operino solo a partire dall'iscrizione della notizia di reato. Tuttavia, l'evoluzione del diritto convenzionale impone una revisione critica di tale impostazione, nella misura in cui riconosce rilievo autonomo alle violazioni dei diritti fondamentali verificatesi nella fase di acquisizione della prova⁵⁵.

50. G. UBERTIS, *La prova penale*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 129 ss.

51. M. BARGIS, *Accertamenti amministrativi e procedimento penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 902 ss.

52. Corte EDU, *Funke c. Francia*, 25 febbraio 1993.

53. V. MANES, *Violazioni dei diritti fondamentali e inutilizzabilità della prova*, in *Cassazione penale*, 2012, p. 3508 ss.

54. G. ILLUMINATI, *Garanzie difensive e fase pre-processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1012 ss.

55. G. UBERTIS, *Procedimento amministrativo e garanzie penali*, *cit.*, p. 121 ss.

6.3. Utilizzabilità della prova e art. 191 c.p.p. alla luce degli standard convenzionali

Il problema centrale che emerge dalle considerazioni che precedono concerne l'utilizzabilità, nel processo penale, degli esiti dell'attività ispettiva svolta in violazione dell'art. 8 C.E.D.U. L'ordinamento italiano, com'è noto, non prevede un generale principio di inutilizzabilità della prova illegittimamente acquisita, ma subordina l'esclusione probatoria ai casi espressamente previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 191 c.p.p.⁵⁶.

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte EDU ha chiarito che la compatibilità di una prova con il diritto al giusto processo non può essere valutata prescindendo dalle modalità della sua acquisizione. In particolare, l'utilizzo processuale di elementi ottenuti mediante un'ingerenza sproporzionata nei diritti garantiti dall'art. 8 C.E.D.U. può determinare una violazione dell'art. 6 della Convenzione, qualora incida sull'equità complessiva del procedimento⁵⁷.

In questa prospettiva, la violazione degli standard convenzionali nella fase ispettiva impone al giudice penale un controllo rigoroso sull'utilizzabilità della prova, che non può limitarsi a una verifica meramente formale della legittimità dell'atto amministrativo. Il giudice è chiamato, piuttosto, a valutare se l'acquisizione degli elementi probatori sia avvenuta nel rispetto delle garanzie fondamentali e se il loro utilizzo processuale risulti compatibile con i principi del giusto processo⁵⁸.

6.4. Il ruolo del giudice nazionale nel dialogo con la Corte EDU

La sentenza *Agrisud c. Italia* rafforza il ruolo del giudice nazionale quale garante del rispetto degli standard convenzionali nella fase di formazione della prova. In assenza di automatismi espulsivi, spetta al giudice interno operare un bilanciamento tra le esigenze di accertamento della verità e la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dei principi elaborati dalla Corte EDU⁵⁹.

In tale prospettiva, il dialogo tra giudice nazionale e giudice convenzionale assume una funzione centrale nel processo di adeguamento dell'ordinamento interno agli standard europei. Il giudice penale è chiamato a interpretare le norme processuali in modo convenzionalmente orientato, evitando che l'utilizzo di prove acquisite in violazione dei diritti fondamentali comprometta l'equità del procedimento⁶⁰.

La progressiva emersione di una dimensione "convenzionale" della prova penale impone, dunque, una riconsiderazione del tradizionale approccio formalistico all'utilizzabilità probatoria, valorizzando il ruolo delle garanzie nella fase genetica della prova. In questo senso, la sentenza *Agrisud c. Italia* si pone come un punto di riferimento imprescindibile per una rilettura sistematica dei rapporti tra attività ispettiva, diritti fondamentali e processo penale⁶¹.

7. Conclusioni

La sentenza *Agrisud c. Italia* rappresenta un punto di snodo nel percorso di progressiva "proceduralizzazione" dell'attività ispettiva, imponendo una riflessione che va ben oltre il caso concreto e investe

⁵⁶ Art. 191 c.p.p.; G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2022, p. 417 ss.

⁵⁷ Corte EDU, Khan c. Regno Unito, 12 maggio 2000.

⁵⁸ Corte EDU, Allan c. Regno Unito, 5 novembre 2002.

⁵⁹ S. BARTOLE, Il giudice nazionale e la CEDU, *Bologna*, il Mulino, 2019, p. 203 ss.

⁶⁰ Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2016, n. 18954.

⁶¹ G. ILLUMINATI, Il giudice penale e le prove illegittimamente acquisite, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 950 ss.

l'assetto complessivo dei poteri di controllo dell'Amministrazione finanziaria. La pronuncia conferma, infatti, che l'esercizio di poteri autoritativi caratterizzati da un'elevata incidenza sulla sfera privata e professionale del soggetto controllato non può essere sottratto a un rigoroso scrutinio in chiave convenzionale, anche quando tali poteri siano formalmente collocati nell'ambito dell'azione amministrativa⁶².

L'approccio adottato dalla Corte EDU valorizza la dimensione procedurale della tutela dei diritti fondamentali, attribuendo rilievo decisivo non solo alla finalità dell'ingerenza, ma anche alle modalità concrete del suo esercizio. In tale prospettiva, l'art. 8 C.E.D.U. emerge come una norma di garanzia trasversale, idonea a incidere sulla fase genetica della prova e a delimitare l'area di legittima operatività dei poteri ispettivi, soprattutto quando essi si collocano in una zona di confine con l'accertamento penale⁶³.

Le ricadute sistemiche della pronuncia risultano particolarmente significative con riferimento al ruolo della Guardia di Finanza, la cui duplicità funzionale accentua il rischio di una sovrapposizione tra controllo amministrativo e investigazione penale. In tale contesto, la sentenza *Agrisud* impone una rilettura critica delle prassi ispettive interne, sollecitando una più netta delimitazione tra funzione amministrativa e attività di polizia giudiziaria, nonché un rafforzamento delle garanzie procedurali sin dalla fase di accesso e ispezione⁶⁴.

Sul piano penal-processuale, la decisione contribuisce a mettere in discussione un approccio tradizionalmente improntato a una rigida separazione tra fase amministrativa e fase penale, evidenziando come le violazioni dei diritti fondamentali commesse nella prima possano produrre effetti rilevanti sulla seconda. La tutela convenzionale, infatti, non può arrestarsi dinanzi a qualificazioni formali, ma deve estendersi alle modalità di acquisizione degli elementi probatori, imponendo al giudice nazionale un controllo sostanziale sull'utilizzabilità della prova alla luce dei principi del giusto processo⁶⁵.

In questa prospettiva, il dialogo tra Corte EDU e giudici nazionali assume un ruolo centrale nel processo di adeguamento dell'ordinamento interno agli standard europei. L'assenza di automatismi espulsivi in materia di inutilizzabilità non esonera il giudice penale dall'obbligo di verificare se l'acquisizione della prova sia avvenuta nel rispetto delle garanzie fondamentali e se il suo utilizzo processuale risulti compatibile con l'equità complessiva del procedimento⁶⁶.

La sentenza *Agrisud c. Italia* si pone, dunque, come un significativo stimolo per una riflessione di iure condendo sull'assetto dei poteri ispettivi e sui meccanismi di controllo giurisdizionale, suggerendo l'opportunità di interventi normativi e interpretativi volti a rafforzare la prevedibilità, la proporzionalità e l'effettività delle garanzie. In un contesto sempre più caratterizzato dalla cooperazione europea e dalla circolazione sovranazionale della prova, il rispetto degli standard convenzionali sin dalla fase ispettiva si configura come una condizione imprescindibile per la legittimità dell'azione pubblica e per la tenuta complessiva del sistema delle garanzie penal-processuali⁶⁷.

62. Corte EDU, *Agrisud c. Italia*, sentenza 11 dicembre 2025.

63. S. BARTOLE, Europa dei diritti e garanzie procedurali, *Bologna, il Mulino*, 2020, p. 171 ss.

64. L. SALVINI, Polizia giudiziaria e amministrazione finanziaria, *Milano, Giuffrè*, 2016, p. 89 ss.

65. V. MANES, Violazioni dei diritti fondamentali e inutilizzabilità della prova, in *Cassazione penale*, 2012, p. 3520 ss.

66. S. BARTOLE, *Il giudice nazionale e la CEDU*, *Bologna, il Mulino*, 2019, p. 215 ss.

67. G. ILLUMINATI, Garanzie processuali e cooperazione europea, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1187 ss.

CONTRIBUTO SCIENTIFICO · SOTTOPOSTO A REVISIONE TRA PARI

A partire da "Homo ludens" di Huizinga: il gioco nel diritto e il diritto come gioco

Starting from Homo Ludens by Johan Huizinga: play in law and law as play

Mattia Volpi

Dottore di ricerca · Università degli Studi di Genova

IDENTIFICATIVO

Contributo n. 11749
ISSN 2532-9871

LICENZA

Accesso aperto · gli autori
conservano i propri diritti

STORIA EDITORIALE

Pubblicato il 28 maggio 2026
Sottoposto a revisione tra pari

FASCICOLO

II/2026 · Anno XIII

COME CITARE

MATTIA VOLPI, *A partire da "Homo ludens" di Huizinga: il gioco nel diritto e il diritto come gioco*, in Riv. Cammino Diritto, fasc. II/2026, ISSN 2532-9871.

ABSTRACT

LL'articolo si apre con una ricostruzione del contesto culturale e delle coordinate teoriche del pensiero di Johan Huizinga, al fine di chiarire la genesi di Homo Ludens. Vengono quindi analizzate le caratteristiche del gioco - separazione spazio-temporale, autonomia normativa, dimensione finzionale - per esaminare, su tale base, la lettura huizinghiana del diritto come pratica ludica (agon, alea, competizione verbale). A partire da questi riferimenti, il processo viene interpretato come forma ludica istituzionalizzata inscritta in uno spazio separato e rituale. Ne risulta non soltanto una compatibilità, per quanto controintuitiva, tra gioco e diritto, ma anche la scoperta del gioco quale matrice culturale del diritto e il diritto quindi come una delle sue possibili espressioni ludiche.

The article opens with a reconstruction of the cultural context and the theoretical coordinates of Johan Huizinga's thought, in order to clarify the genesis of Homo Ludens. It then proceeds to analyze the defining features of play - its spatio-temporal separateness, normative autonomy, and fictive dimension - so as to examine the Huizingian interpretation of law as a ludic practice (agon, alea, verbal competition). Drawing on these premises, the judicial process may thus be interpreted as an institutionalized form of play, inscribed within a separate and ritualized space. This perspective reveals not only a counterintuitive compatibility between play and law, but also the identification of play as the cultural matrix of law, and law, in turn, as one of its possible ludic expressions.

SOMMARIO

1. Johan Huizinga: breve ritratto di un pensatore eclettico; 2. Homo ludens : il gioco come fondamento culturale e le caratteristiche del "gioco"; 3. Agon , azzardo e lotta come matrici ludiche del diritto; 4. Il processo moderno come gioco istituzionalizzato; 5. Conclusioni: le regole del gioco giuridico.

1. Johan Huizinga: breve ritratto di un pensatore eclettico

Il presente contributo si propone di indagare un ambito di ricerca ancora marginale nel panorama della filosofia del diritto, e forse trascurato proprio in ragione della sua apparente eccentricità: il rapporto tra gioco e diritto¹. Più precisamente, l'analisi intende interrogare la presenza di forme e atteggiamenti ludici all'interno dell'esperienza giuridica, assumendo quale punto di avvio privilegiato l'opera *Homo ludens* di Johan Huizinga, che può essere considerata la più significativa inaugurazione di questo orizzonte teorico².

Al fine di comprendere adeguatamente la portata delle riflessioni huizinghiane sul nesso tra gioco e diritto, appare utile soffermarsi preliminarmente sulla figura dell'autore e sui tratti distintivi della sua produzione scientifica³. Nato nei Paesi Bassi nel 1872, Huizinga rappresenta una personalità intellettuale di straordinaria ampiezza, in cui convergono competenze storiche, linguistiche, sociologiche e antropologiche. Proveniente da una famiglia di tradizione mennonita, si forma inizialmente nell'ambito degli studi letterari, laureandosi con una tesi sulla letteratura sanscrita, per poi intraprendere una carriera accademica che lo conduce dall'insegnamento nelle scuole secondarie alla cattedra di Storia universale presso l'Università di Leida. La sua vicenda biografica si intreccia drammaticamente con gli eventi del suo tempo: arrestato dalle autorità naziste in seguito all'occupazione dei Paesi Bassi, Huizinga muore nel 1945, a pochi mesi dalla conclusione del conflitto.

Sotto il profilo intellettuale, Huizinga si impone come uno storico profondamente anticonvenzionale, capace di segnare una cesura rispetto allo storicismo all'epoca dominante, ma senza tuttavia riuscire a dar luogo a una vera e propria scuola di pensiero. La sua rimane, in questo senso, una posizione al tempo stesso isolata e dirompente. Il nucleo centrale delle sue ricerche è rappresentato dall'indagine sulla condizione umana nei periodi di transizione storica, come emerge in opere fondamentali quali *L'autunno del Medioevo* (1919), *Erasmus* (1924), *Nelle ombre del domani* (1935) e *La crisi della civiltà* (1937)⁴. Mentre i primi due libri analizzano le trasformazioni della mentalità che accompagnano il passaggio dal Medioevo all'età moderna, gli ultimi due si concentrano invece sulle metamorfosi del senso morale nell'epoca segnata dall'ascesa dei totalitarismi.

Un tratto comune a tali lavori è costituito dalla centralità attribuita agli aspetti psicologici, spirituali e antropologici dell'esperienza storica. Proprio a partire da questa annotazione è possibile distinguere tre principali ambiti della produzione huizinghiana. In primo luogo, la storiografia in senso stretto⁵, caratterizzata da un marcato interesse per le epoche di transizione e da un'impostazione metodologica innovativa, attenta alla vita quotidiana e alle dinamiche culturali diffuse, piuttosto che ai soli eventi politico-militari.

1. Con la felice eccezione del libro di B. ROMANO, *Diritto e gioco: il singolo io. Sartre e Fink: la differenza egologica*, Torino, 2022. Due caratteristiche che accomunerebbero il diritto e la dimensione ludica, secondo Romano, sarebbero: il loro carattere di creazione umana, attraverso l'istituzione di apparati di regole forieri di senso, e la necessaria presenza di un "tu" che giustifichi l'insorgenza del diritto così come del gioco. Come si vedrà, non è tuttavia questa la strada percorsa dalle riflessioni di Huizinga. Sul tema, da una prospettiva distinta, volta piuttosto a evidenziare l'irriducibilità del giuridico al ludico (in quanto portatore sempre di una eccedenza di senso), cfr., M. SILVI, *L'atto giuridico e le sue regole. Saggio su diritto e giochi*, Roma, 2017.

2. L'edizione scelta è J. HUIZINGA, *Homo ludens* (1938), Torino, 2002. In particolare, si segnala il saggio introduttivo di Umberto Eco, riportato alle pp. VII-XXVII e scritto dall'autore nel 1973.

3. Su Huizinga, si vedano almeno le seguenti opere generali: W. OTTERSPEER, *Reading Huizinga*, Amsterdam, 2010; T. RYDIN, *The Works and Times of Johan Huizinga (1872-1945). Writing History in the Age of Collapse*, Amsterdam, 2023. Si veda inoltre il sito internet: <https://www.johanhuizinga.it/bibliografia/>, utile per una bibliografia in lingua italiana dell'autore e sull'autore.

4. J. HUIZINGA, *L'autunno del Medioevo* (1919), Milano, 2020; Id., *Erasmus* (1924), Torino, 2002; Id., *Nelle ombre del domani* (1935), Torino, 2019; Id., *La crisi della civiltà* (1937), Milano, 2012.

5. Si veda J. HUIZINGA, *La scienza storica* (1937), Roma-Bari, 1974. Sullo Huizinga storico e storiografo si veda anche Johan Huizinga a cent'anni dall'*Autunno del Medioevo*, a cura di Prandoni, Città di Castello (PG), 2023.

Tale approccio, che valorizza anche il ruolo del caso e delle individualità storiche, si pone in evidente controtendenza rispetto ai paradigmi dominanti dell'epoca, improntati a modelli storicistici, meccanicistici e di matrice marxista⁶.

Un secondo ambito è rappresentato dagli studi sulla cultura in senso ampio, nei quali si colloca, accanto a *Homo ludens* (1938), anche l'analisi delle cosiddette "idee iperboliche della vita", ossia quelle configurazioni utopiche (dall'età dell'oro all'ideale bucolico, fino all'ideale evangelico della povertà) che esprimono tensioni eccedenti rispetto alla realtà storica data⁷. Infine, un terzo versante è costituito dalla critica della contemporaneità, in cui Huizinga si inserisce, pur con tratti peculiari, nel novero dei grandi interpreti della società di massa, quali Max Weber, José Ortega y Gasset, Oswald Spengler, Karl Jaspers, Edmund Husserl e Gabriel Marcel⁸. A differenza di questi autori, tuttavia, Huizinga non individua nella contemporaneità il trionfo della razionalità tecnico-burocratica, bensì piuttosto la riemersione di impulsi emotivi, irrazionali e arcaici, che segnalano un più profondo declino della civiltà occidentale.

Nel suo complesso, il pensiero di Huizinga si iscrive in una forma robusta di culturalismo, tale per cui ogni fenomeno umano è, in ultima istanza, un fatto culturale⁹. La prospettiva privilegiata diviene così quella della *Kulturgeschichte*, intesa come storia delle forme di vita, secondo cui la storia stessa è da intendersi come momento dell'autocoscienza della cultura: una cultura che si racconta, riflettendo su sé medesima, sulla propria tradizione e sui rapporti interumani che ne costituiscono il basamento reale.

2. *Homo ludens*: il gioco come fondamento culturale e le caratteristiche del "gioco"

È in questo orizzonte metodologico che si colloca *Homo ludens*, opera del 1938, concepita nel contesto drammatico dell'Europa tra le due guerre. In essa Huizinga elabora una vasta costruzione antropologico-culturale, attingendo a discipline quali l'etnografia, la psicologia, la sociologia e la linguistica, per sostenere una tesi tanto radicale quanto suggestiva: il gioco non rappresenterebbe un fenomeno marginale della cultura, ma ne costituirebbe piuttosto la dimensione originaria e coestensiva. Il gioco si configura, in altri termini, come l'invariante culturale, la matrice sottostante alle molteplici forme in cui la cultura si manifesta.

In tale prospettiva, l'indagine huizinghiana assume un carattere eminentemente morfologico: essa mira cioè a descrivere le modalità attraverso le quali il gioco si esprime nelle diverse pratiche culturali, senza tuttavia fornire una spiegazione causale della sua origine o del suo funzionamento essenziale¹⁰. Non si tratta, dunque, di una teoria del gioco in senso stretto, quanto piuttosto di una teoria del comportamento

6. Per una panoramica dei principali indirizzi storiografici e dei più noti storici del secolo scorso, si veda il libro di G. GALASSO, *Storiografia e storici europei del Novecento*, Salerno, 2016.

7. Di *hyperbolische levensideeën* Huizinga parla già nell'Autunno, in particolare nei capp. XII-XIV.

8. Tale critica trova espressione soprattutto in opere come *Nelle ombre del domani* (1935) e *La crisi della civiltà* (1937), nelle quali l'autore sviluppa una diagnosi della modernità segnata da un progressivo indebolimento delle forme culturali e simboliche che avevano storicamente garantito coesione e senso all'esperienza collettiva. Non è questa la sede per analizzare le critiche al mondo contemporaneo mosse dagli autori succitati, che rappresentano la cornice culturale all'interno della quale Huizinga si colloca. Mi limito a riportare un articolo dedicato proprio al confronto tra le analisi di Huizinga e quelle di Husserl sulla crisi europea: L. BARISON, *Il sonno della ragione: la crisi dell'Europa a confronto in Husserl e Huizinga*, in *Pandora Rivista*, 5 febbraio 2023, reperibile online al link: <https://www.pandorarivista.it/articoli/il-sonno-della-ragione-la-crisi-dell-europa-a-confronto-in-husserl-e-huizinga/>.

9. Sul punto, con ampi riferimenti a Huizinga, cfr. P. BURKE, *La storia culturale*, Bologna, 2006.

10. Si vedano le riflessioni di Umberto Eco nel già citato saggio introduttivo all'edizione adottata, in J. HUIZINGA, *Homo ludens*, cit., XII ss. Per un tentativo morfemico (e non solo morfetico) del gioco, si veda la *different*, ma altrettanto nota, analisi di R. CAILLOIS, *I giochi e gli uomini. La maschera e la vertigine* (1958), Milano, 1981. Su *homo ludens*, cfr. anche l'analisi di R. ANCHOR, *History and Play: Johan Huizinga and His Critics*, in *History and Theory*, 1978, 17/1, 63-93.

ludico. Coerentemente con questa impostazione, l'opera si distingue anche per un orientamento non eurocentrico, volto a evidenziare la diffusione universale dell'attitudine ludica nelle più diverse culture.

Il nucleo teorico di *Homo ludens* risiede nella convinzione che la cultura, fin dalle proprie origini, si svilupperebbe e si rappresenterebbe nelle forme del gioco. Più che interrogarsi sul posto occupato dal gioco tra gli altri fenomeni culturali, Huizinga invita quindi a chiedersi in quale misura la cultura stessa possieda un carattere ludico. Ne deriva una ridefinizione dell'essere umano come *homo ludens*: un predicato, sotto certi profili, perfino più incisivo di quelli tradizionali di *homo sapiens* e *homo faber*¹¹, dato che ogni agire umano si presenta originariamente come una forma di gioco. In questo senso, Huizinga scrive che «la civiltà non inizia con il linguaggio o con il lavoro, ma con il gioco»¹². Si tratta dunque di considerare il gioco come un principio fondativo alternativo tanto rispetto alla razionalità tecnica quanto alla violenza ideologica; un elemento cioè capace di restituire unità e significato all'esperienza culturale. È a partire da tale intuizione che diviene possibile, come si vedrà, interrogare anche il mondo del diritto quale pratica intrinsecamente attraversata da strutture e dinamiche di natura ludica.

La tesi centrale dell'opera huizinghiana può essere pertanto formulata nei termini di una radicale priorità (nel senso di anteriorità) del gioco rispetto alla cultura, dato che non soltanto il gioco accompagna lo sviluppo delle forme culturali, ma ne costituisce il presupposto originario. Come afferma esplicitamente l'autore: «la civiltà sorge e si sviluppa nel gioco, come gioco»¹³; e, poco oltre, in modo altrettanto incisivo: «il gioco è più antico della cultura», giacché il concetto stesso di cultura implica una forma di convivenza umana già strutturata, mentre il comportamento ludico si manifesta anche in ambiti preculturali, come nel caso degli animali e dei bambini¹⁴. In tale prospettiva, il gioco non si configura soltanto come una struttura sociale, ma, in senso più profondo, come il fattore costitutivo, la matrice della vita culturale.

Da queste tesi prende forma una concezione del gioco profondamente innovativa, che si discosta da quelle interpretazioni riduttive che lo concepivano come attività marginale o come mero passatempo¹⁵. Il gioco, al contrario, appare come una funzione primaria dell'esistenza umana, dotata di un intrinseco significato: esso è, secondo la celebre formulazione huizinghiana, «senza scopo, ma pieno di senso»¹⁶. La sua essenza risiede in quella dimensione di *fun* che sfugge a ogni tentativo di spiegazione esclusivamente biologica o psicologica, radicandosi piuttosto in una sfera spirituale e irriducibilmente non razionalizzabile. In quanto tale, il gioco si presenta come un universale antropologico, non negabile né eludibile, al punto che «le grandi attività originali della società umana (...), dalla giustizia all'ordine, dal commercio all'industria, dall'artigianato all'arte, fino alla poesia, alla filosofia e alla scienza (...) risultano, nelle loro origini, già intessute di elementi ludici»¹⁷.

11. J. HUIZINGA, *Homo ludens*, cit., XXXI.

12. Ibidem.

13. Ibidem.

14. Ibidem, 3.

15. Huizinga ignora, o liquida come semplicistiche, le teorie sul gioco che lo avevano preceduto: si pensi a Friedrich Schiller e allo Spieltrieb (impulso al gioco) teorizzato nelle Lettere sull'educazione estetica dell'uomo (1795); al libero gioco tra fantasia e intelletto che presiederebbe il giudizio estetico nel Kant della Critica del giudizio; all'Esthétique de la grâce di Raymond Bayer (1933); alle riflessioni di Ferdinand de Saussure sulla lingua come struttura ludica diacronica e sincronica, e infine ai primi accenni alla teoria dei giochi di Wittgenstein. Per contro, l'assimilazione della cultura al gioco compiuta da Huizinga sarebbe un riflesso della decadenza delle humanities (o, comunque, di una maniera insoddisfacente e peggiorativa di concepire la cultura) secondo K. W. TANGHE, *Homo Ludens* (1938) and the Crisis in the Humanities, in *Cogent Arts & Humanities*, 2016, 3, reperibile online: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23311983.2016.1245087?scroll=top&needAccess=true#abstract>.

16. J. HUIZINGA, *Homo ludens*, cit., 5. Sul punto, cfr. anche H. RODRIGUEZ, *The Playful and the Serious: An approximation to Huizinga's Homo Ludens*, in *Game Studies*, 2006, 6/1: <https://gamestudies.org/06010601/articles/rodrigues>.

L'analisi di Huizinga procede a questo punto attraverso un tentativo di definizione del gioco, che, pur nella sua complessità, può essere ricondotto a una serie di caratteristiche fondamentali. In primo luogo, il gioco si presenta come attività libera: esso non può essere imposto, ma scaturisce da una decisione volontaria, configurandosi come espressione di una libertà che eccede la mera naturalità dell'esistenza umana. In secondo luogo, il gioco è un qualcosa di separato, nel senso che si svolge entro limiti spazio-temporali ben definiti e distinti dalla vita ordinaria. I luoghi del gioco (come gli stadi, i teatri, ma anche i tribunali) si configurano come spazi rituali, veri e propri "cerchi magici"¹⁸, caratterizzati da una sospensione della quotidianità e da una temporalità propria, scandita da pause, interruzioni e possibilità di ripresa.

A questa dimensione si collega la terza caratteristica, ossia la regolatività: il gioco è strutturato da un sistema di regole specifiche, autonome rispetto a quelle della vita ordinaria, che ne determinano le modalità di svolgimento. Tali regole – come osserva Paul Valéry¹⁹ – non sono suscettibili di scetticismo, ma esigono una adesione piena e leale, pena la dissoluzione stessa del gioco. In questo senso, la figura del baro, di colui cioè che viola le regole, e quella del guastafeste, che ne nega la serietà del rituale del gioco, rappresentano due modalità distinte ma convergenti di distruzione dell'esperienza ludica.

La quarta caratteristica del gioco è il suo carattere fittizio: il gioco istituisce infatti una realtà altra, simbolica e distinta da quella quotidiana, pur mantenendo con essa un rapporto significativo. Tale dimensione si esprime, tra l'altro, nei fenomeni del travestimento e della rappresentazione, che, lungi dal costituire una mera evasione, conferiscono alla dinamica ludica una particolare intensità simbolica. A ciò si aggiunge il carattere della gratuità (la quinta caratteristica): il gioco non è orientato a fini utilitaristici immediati, ma trova in sé il proprio scopo, configurandosi come attività auto-esplicantesi (nel senso che non richiede elementi esterni per completarsi).

Un altro tratto distintivo è rappresentato dalla capacità del gioco di creare ordine. Esso introduce infatti forme, ritmi e strutture che conferiscono significato all'esperienza, producendo una sorta di perfezione temporanea all'interno del flusso caotico della vita. In questo senso, il gioco si colloca in prossimità della dimensione estetica, condividendo con essa l'impulso alla forma, all'armonia e alla misura. Infine, il gioco è caratterizzato da una tensione intrinseca, legata all'incertezza del proprio esito e alla possibilità di successo o fallimento. Tale elemento introduce una dimensione agonistica che mette alla prova le capacità del giocatore e che si colloca al confine con l'etica e la pedagogia, nella misura in cui implica una lotta *per* qualcosa (intendendo la preposizione tanto nel senso causale quanto in quello finalistico).

3. Agon, azzardo e lotta come matrici ludiche del diritto

Alla luce di queste caratteristiche, Huizinga giunge a rintracciare la presenza del gioco alla base delle principali istituzioni culturali: la lingua, l'arte, la religione (in particolare nelle forme rituali del culto), la guerra, la politica e, non da ultimo, il diritto. Tutti questi ambiti, secondo l'autore, affondano le proprie radici in pratiche originariamente ludiche e rituali, dalle quali trarrebbero struttura e significato. In particolare, il diritto si configura come una forma di gioco rituale e simbolico, il cui funzionamento profondo resta intelligibile solo se ricondotto alla matrice ludica che lo sostiene. È in questo senso che l'esperienza giuridica, lungi dall'essere riducibile a un mero sistema di norme e procedure, appare come

¹⁷ J. HUIZINGA, *Homo ludens*, cit., 7.

¹⁸ Sull'asserito carattere di separazione, molto critico è il lavoro di J. EHRMANN et alii, *Homo Ludens Revisited*, in *Yale French Studies*, 1968, 41, 31-57.

¹⁹ J. HUIZINGA, *Homo ludens*, cit., 15.

una pratica culturalmente situata, attraversata da dinamiche simboliche e performative che ne rivelano la prossimità strutturale al gioco.

«A prima vista – scrive Huizinga – la sfera del diritto, della legge e della giustizia appare lontanissima da quella del gioco»²⁰. E tuttavia, a uno sguardo più attento, la pratica giuridica (e in particolare il processo) rivela una serie di profonde affinità strutturali con la dimensione ludica. La giustizia affonda infatti le proprie radici in un orizzonte ludico-rituale, nel quale risulta centrale la matrice agonale della competizione tra parti contrapposte. È nella lite, nell'*agon*, che si manifesta il nucleo originario del momento giuridico²¹.

Tale carattere emerge con particolare evidenza nelle società arcaiche e tradizionali, nelle quali il diritto non si configura ancora come sistema razionale di norme, ma piuttosto come insieme di pratiche simboliche e rituali. Ne costituirebbero esempi paradigmatici, da un lato, la *mancipatio* del diritto romano arcaico, e, dall'altro, il rituale dell'*adat* nell'isola di Giava, che prevedeva l'utilizzo di bastoncini conficcati nel terreno a rappresentare le prove o gli argomenti addotti dalle parti²². In tali contesti, la risoluzione delle controversie avveniva attraverso modalità che possono essere definite "ludiche" in senso antropologico: formalizzate, separate dalla vita quotidiana, governate da regole specifiche e iscritte in uno spazio-tempo distinto.

Queste forme arcaiche di composizione dei conflitti mettono in luce come l'impronta agonale del diritto preceda e, per certi versi, sovrasti la sua successiva elaborazione etica. In questa prospettiva, il diritto non nascerebbe primariamente dalla razionalità, bensì dall'esigenza di un ordine simbolico che ha nel gioco il proprio veicolo espressivo privilegiato. La consustanzialità tra diritto e gioco si rifletterebbe, peraltro, anche sul piano linguistico e simbolico, nella comunanza semantica riscontrabile, in diverse tradizioni antiche, tra i concetti di "giustizia" e di "gettare", nel senso del "tirare a sorte". Tale nesso è attestato, con variazioni, nelle culture ebraica, araba e greca, ove, ad esempio, la figura della *Dikē*, soprattutto nelle rappresentazioni iconografiche, tende talvolta a sovrapporsi a quella della *Tychē*²³.

In questo quadro, i responsi oracolari offrirebbero un'ulteriore testimonianza all'interno di una forma di giuridicità già formalizzata, ma ancora intrinsecamente irrazionale (per riprendere la tipizzazione weberiana del diritto). Essi rinviavano infatti a un'idea di decisione fondata sull'*alea*, sul ricorso alla sorte quale criterio di determinazione vincolante. Si delinea così il tema della "sorte-diritto", che fa derivare l'esito della controversia da una procedura agonale e aleatoria, cui si attribuisce *ex post* una validità normativa. La decisione, pur scaturendo (o forse: proprio in quanto scaturisce) da un meccanismo casuale, si impone come inappellabile, in virtù della sua iscrizione in un ordine simbolico condiviso, presidiato dalle volontà degli dei olimpici²⁴.

20. Ibidem, 90.

21. Al tema della matrice ludica del diritto e dell'agonismo come cifra del momento gius-politico sono dedicati i lavori di J. K. EDWARDS, *Play and Democracy* Huizinga and the Limits of Agonism, in *Political Theory*, 2013, 41/1, 90-115, e di Y. A. TSVETKOV, *Game genesis of justice in the teachings of Huizinga*, in *Russian Journal of Legal Studies*, 2020, 7/1, 59-63.

22. J. HUIZINGA, *Homo ludens*, cit., 92. Su tale diritto consuetudinario, si veda M. B. HOOKER, *Adat Law in Modern Indonesia*, Kuala Lumpur, 1978.

23. J. HUIZINGA, *Homo ludens*, cit., 93-97. Huizinga riporta il termine arabo *qara'* (indicante tanto il pegno quanto il sorteggio), quello ebraico *thorah* (sia giustizia sia tiro a sorte) e quello greco *δείκνυμι*, da cui deriverebbe la stessa *δίκη* (la giustizia come derivata dall'attività del gettare, dunque dalla sorte: *Tychē*).

24. Sul punto, da una prospettiva più generale volta a inserire il fenomeno giuridico all'interno del momento mitico-rituale, si veda D. SABBA-TUCCI, *Il mito, il rito e la storia*, Roma-Bari, 1978, in particolare 25- 40 sul rito come fondamento della norma.

Questa modalità decisionale, fondata sull'appello alla sorte, è ampiamente attestata in diverse tradizioni culturali del mondo antico, fino alle pratiche ordaliche delle popolazioni germaniche. In tali contesti, il diritto si presenta come esito di un vero e proprio gioco d'azzardo, investito tuttavia di una dimensione sacrale che ne garantisce la vincolatività.

Accanto a questa prima modalità, Huizinga individua ulteriori forme ludiche di articolazione del momento giuridico. Una seconda configurazione è quella della gara, che esprime in modo diretto la dimensione agonale del diritto: è la competizione in quanto tale ad assumere carattere vincolante e, per così dire, sacro. Esempio, in tal senso, è il duello giudiziario medievale, in cui la vittoria sul piano fisico coincide con la decisione giuridica. Analogamente, nelle pratiche degli eschimesi, la contesa può assumere la forma di gare rituali di tamburi o di insulti, attraverso le quali si determina l'esclusione dell'avversario dalla comunità di villaggio²⁵. In questi casi, la sentenza emerge da una *performance*, da un'azione ritualizzata che produce effetti normativi: si tratta, in senso proprio, di «decisioni di cose serie per mezzo di gioco e in gioco»²⁶.

Una terza modalità è infine rappresentata dalla sfida a parole, che trova le proprie radici nella tradizione sofistica e nella centralità attribuita all'eloquenza. Qui la decisione giuridica viene rimessa all'abilità retorica e dialettica delle parti, ammettendo il ricorso a ogni artificio persuasivo. La dimensione ludica si manifesta nella competizione verbale, in cui la vittoria – e con essa la determinazione degli assetti giuridici e sociali – dipende dalla capacità di argomentare e di convincere²⁷.

In tutte queste configurazioni, il giudizio non scaturisce da un'indagine razionale orientata alla verità, ma da atti simbolici e performativi che si inscrivono pienamente nella logica del gioco. Si tratta, per riprendere la formula huizinghiana, di “giochi seri”, sui quali si fonda l'ordine della giustizia.

4. Il processo moderno come gioco istituzionalizzato

E tale matrice arcaica rituale, performativa e, in larga misura, aleatoria, lungi dall'essere completamente superata, permane, sia pure in forme più sofisticate e razionalizzate, anche nel diritto moderno, che può così essere interpretato come un gioco regolato, complesso e istituzionalizzato. La progressiva razionalizzazione del diritto, tanto nei sistemi di *common law* quanto in quelli di *civil law*, anziché dissolvere la componente ludica dell'esperienza giuridica, sembra piuttosto condurla a forme più raffinate. È infatti nel processo che il diritto manifesta in modo più evidente la propria struttura intimamente ludica, rivelandosi non soltanto come momento applicativo delle norme, ma come gioco regolato e performativo²⁸.

Il processo si configura, in tale prospettiva, quale momento paradigmatico del diritto moderno, all'interno del quale si riproducono, in forma istituzionalizzata, le principali caratteristiche del gioco. Il tribunale assume così i tratti di un vero e proprio campo da gioco della giustizia: un'arena nella quale la corte può essere interpretata come un *temenos*²⁹, uno spazio separato e sacralizzato, destinato allo svolgimento di rituali finalizzati alla riaffermazione dell'ordine sociale. In questo spazio, distinto e

²⁵. Ibidem, 99-101.

²⁶. Ibidem, 101.

²⁷. Sull'eloquenza come cifra del diritto e sulla natura intimamente anti-aleatica del momento giuridico, cfr. F. PUPPO, *Diritto e retorica*, Torino, 2023.

²⁸. Si vedano le acute riflessioni di P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, Padova, 1950, che mette in risalto proprio il carattere agonale delle dinamiche processuali.

²⁹. Cfr. *Ancient Greek Law*, a cura di Gagarin e Cohen, New York, 2006, 61-73 in particolare.

protetto rispetto alla quotidianità, le relazioni si strutturano secondo codici altamente formalizzati, mentre il tempo stesso del processo si presenta come una temporalità altra, scandita da atti, udienze e fasi rigidamente determinate³⁰.

A tale dimensione si intreccia la presenza di ruoli codificati e di dispositivi simbolici che accentuano il carattere rituale della scena processuale. Per esempio, i travestimenti (si pensi alle toghe o, nei contesti anglosassoni, alle parrucche) svolgono una funzione analoga a quella delle maschere nelle rappresentazioni teatrali antiche: simboli che non si limitano a identificare chi li indossa, ma lo trasformano, sospendendone la dimensione individuale a favore di una funzione impersonale e istituzionale. Ciò che rileva non è la persona, ma il ruolo, che viene così assolutizzato e reso operativo all'interno del "gioco" processuale.

In questo scenario, riemergono con evidenza le matrici ludiche già rintracciabili nelle forme arcaiche del diritto, in particolare sotto il profilo agonale e dialettico. Il processo si configura come una gara, una competizione regolata tra parti contrapposte, in cui la decisione scaturisce dall'esito di una lotta argomentativa. A tale dimensione si aggiunge, non secondariamente, un elemento di aleatorietà: l'incertezza circa l'esito finale introduce una componente di rischio che avvicina ulteriormente il processo alla logica del gioco. In questo senso, il processo può essere interpretato anche come una forma di scommessa istituzionalizzata, nella quale le parti accettano di affidare la risoluzione di situazioni reali a una verità altra, quella processuale, che non necessariamente coincide con la verità fattuale³¹. Si apre così uno iato tra il mondo delle costruzioni procedurali e quello dell'effettualità, che costituisce uno degli snodi teorici più rilevanti per la comprensione del fenomeno giuridico.

Elemento centrale di tale struttura è rappresentato dal sistema di quelle regole che nel processo assumono carattere rigido e vincolante. Come nel gioco, esse non sono suscettibili di contestazione interna: la loro validità è presupposta e la loro violazione comporta conseguenze drastiche, quali l'esclusione dal "gioco" processuale o la soccombenza di una parte. In questo quadro, particolare rilievo assumono le finzioni giuridiche, che operano come dispositivi funzionali alla coerenza del sistema: si pensi all'attribuzione della personalità giuridica a enti collettivi, alla presunzione di innocenza, alle presunzioni legali in materia probatoria, o ancora alla retroattività della legge più favorevole al reo³². Analogamente, il principio secondo cui l'ignoranza della legge non scusa costituisce la regola madre di ogni gioco, nonché una regola fondamentale del gioco giuridico, accettata per esigenze di ordine e stabilità del sistema-gioco.

Accanto alle regole, il processo è attraversato da un fitto tessuto di simboli e formule rituali, che rinviano a una dimensione più profonda, quasi sacrale, del ristabilimento dell'ordine violato. Il linguaggio giuridico, le formule di rito, le gestualità codificate, sono tutti elementi che contribuiscono a costruire uno spazio simbolico che, pur nella versione razionalizzata moderna, conserva tracce evidenti delle sue origini culturali.

Come in ogni gioco poi, anche nel processo emergono vincitori e vinti. Gli attori giuridici recitano ruoli definiti, le argomentazioni si configurano come mosse strategiche e la stessa ricerca della verità si iscrive entro i limiti imposti dalle regole del gioco. Per vincere la partita, si delineano così margini

³⁰ Sul tempo nel diritto si veda G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998.

³¹ Come ben evidenzia S. FUSELLI, *La verità nel processo. Percorsi di logica ed epistemologia*, Milano, 2022.

³² Cfr. Verità e finzione nelle scienze giuridiche e sociali, a cura di Buscema, Napoli, 2024.

peculiari di lealtà e di possibile deviazione: per esempio, l'avvocato, tenuto a perseguire l'interesse del proprio assistito, può legittimamente omettere elementi sfavorevoli, mentre l'imputato non è obbligato a contribuire alla propria incriminazione. Ne deriva che la verità processuale si configura come il prodotto di un gioco regolato, il risultato di una combinazione di elementi che, per riprendere un'efficace immagine di Calamandrei³³, si compongono come reagenti chimici, offrendo al giudice una soluzione che si traduce, in ultima analisi, nella distinzione tra vincenti e perdenti.

5. Conclusioni: le regole del gioco giuridico

In conclusione, è possibile tracciare un parallelismo tra le principali categorie del gioco e la loro traduzione nell'ambito giuridico-processuale, così da chiarire come il diritto non costituisca un ambito separato, ma rappresenti una delle forme in cui la dimensione ludica si realizza. Analogamente a quanto accade per il linguaggio giuridico rispetto alla logica analitica, che vi trova un terreno privilegiato di formalizzazione, il diritto può infatti essere inteso come una manifestazione evoluta delle strutture proprie del gioco.

Le corrispondenze risultano, a questo riguardo, particolarmente significative. Il regolamento del gioco trova il suo equivalente nel codice giuridico; i giocatori coincidono con le parti del processo; il campo da gioco è rappresentato dall'aula di tribunale; la scansione temporale del gioco si riflette nei tempi e nei termini processuali. Anche l'obiettivo del gioco, vale a dire la vittoria, assume nel diritto la forma della decisione favorevole e della composizione della controversia. I simboli ludici, come divise e strumenti, corrispondono alle toghe, ai martelletti, alle formule rituali; le finzioni proprie del gioco trovano un riscontro nelle finzioni giuridiche, quali la personalità giuridica o la presunzione di innocenza. Infine, la figura dell'arbitro si traduce in quella del giudice, cui spetta garantire il rispetto delle regole e la correttezza dello svolgimento processuale.

Una tale assonanza, che può apparire inizialmente controintuitiva, diviene pienamente comprensibile solo se si assume il gioco nel senso indicato da Huizinga, ossia come struttura antropologica fondamentale e non come attività marginale o evasiva. In questa prospettiva, la qualificazione del diritto come gioco si sottrae anche alla più immediata e, al contempo, più plausibile delle obiezioni: quella secondo cui le conseguenze del diritto incidono concretamente sulla vita dei soggetti, travalicando i confini dello spazio processuale. È indubbio che le decisioni giuridiche producano effetti reali, che oltrepassano il microcosmo del processo e si proiettano sull'esistenza di coloro che ne sono destinatari. Tuttavia, tale circostanza non è estranea alla dimensione ludica in generale. Numerosi giochi, specie nelle loro forme più estreme, comportano infatti conseguenze tangibili e talora irreversibili: si pensi ai giochi d'azzardo, in cui la posta può tradursi in arricchimento o in rovina, o ai giochi di rischio, nei quali il successo si accompagna alla possibilità di danni fisici o addirittura alla morte. La presenza di effetti extra-ludici non invalida, dunque, la natura ludica di una pratica, ma ne costituisce, in certi casi, un tratto qualificante³⁴.

Ne deriva che la presenza di conseguenze reali non esclude, ma anzi può accompagnare, la struttura ludica di una pratica. Il diritto, in questo senso, si configura come una forma complessa e istituzionalizzata di gioco, nella quale si intrecciano dimensioni simboliche, rituali e normative. Il gioco giuridico si rivela così una modalità primaria di organizzazione della vita sociale. Al punto che, quando tale dimensione perde il proprio significato rituale e simbolico, come Huizinga osserva nel contesto della crisi

³³ P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, cit., 24-25.

³⁴ Si veda a tal proposito l'analisi che Caillois compie dei giochi aleatori, in R. CAILLOIS, *I giochi e gli uomini*, cit., 48-50.

della civiltà europea tra le due guerre, viene meno anche la funzione ordinatrice del gioco, e con essa si indeboliscono le stesse basi della convivenza civile³⁵.

³⁵. Il testo integrale di questa nota è riportato in appendice al contributo.

Appendice - note estese

35. *Sul punto, cfr. D. G. SHAW, Huizinga's Timeliness, in History and Theory, 2002, 37/2, 245-258. Bibliografia: ANCHOR R., History and Play: Johan Huizinga and His Critics, in History and Theory, 1978, 17/1, 63-93. BARISON L., Il sonno della ragione: la crisi dell'Europa a confronto in Husserl e Huizinga, in Pandora Rivista, 5 febbraio 2023. BURKE P., La storia culturale, Bologna, 2006. BUSCEMA (a cura di), Verità e finzione nelle scienze giuridiche e sociali, Napoli, 2024. CAILLOIS R., I giochi e gli uomini. La maschera e la vertigine (1958), Milano, 1981. CALAMANDREI P., Il processo come giuoco, Padova, 1950. EDWARDS J. K., Play and Democracy Huizinga and the Limits of Agonism, in Political Theory, 2013, 41/1, 90-115. EHRLMANN J. et alii, Homo Ludens Revisited, in Yale French Studies, 1968, 41, 31-57. FUSELLI S., La verità nel processo. Percorsi di logica ed epistemologia, Milano, 2022. GALASSO G., Storiografia e storici europei del Novecento, Salerno, 2016. HOOKER M. B., Adat Law in Modern Indonesia, Kuala Lumpur, 1978. HUIZINGA J., Homo ludens (1938), Torino, 2002; Id., L'autunno del Medioevo (1919), Milano, 2020; Id., Erasmo (1924), Torino, 2002; Id., Nelle ombre del domani (1935), Torino, 2019; Id., La crisi della civiltà (1937), Milano, 2012; Id., La scienza storica (1937), Roma-Bari, 1974. HUSSERL G., Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto, Milano, 1998. OTTERSPEER W., Reading Huizinga, Amsterdam, 2010. PUPPO F., Diritto e retorica, Torino, 2023. RODRIGUEZ H., The Playful and the Serious: An approximation to Huizinga's Homo Ludens, in Game Studies, 2006, 6/1. ROMANO B., Diritto e gioco: il singolo io. Sartre e Fink: la differenza egologica, Torino, 2022. RYDIN T., The Works and Times of Johan Huizinga (1872-1945). Writing History in the Age of Collapse, Amsterdam, 2023. SABBATUCCI D., Il mito, il rito e la storia, Roma-Bari, 1978. SHAW D. G., Huizinga's Timeliness, in History and Theory, 2002, 37/2, 245-258. SILVI M., L'atto giuridico e le sue regole. Saggio su diritto e giochi, Roma, 2017. TANGHE K. W., Homo Ludens (1938) and the Crisis in the Humanities, in Cogent Arts & Humanities, 2016, 3. TSVETKOV Y. A., Game genesis of justice in the teachings of Huizinga, in Russian Journal of Legal Studies, 2020, 7/1, 59-63.*

CONTRIBUTO SCIENTIFICO · SOTTOPOSTO A REVISIONE TRA PARI

Criptovalute e successione ereditaria: questioni aperte tra ordinamento italiano e disciplina europea

Cryptocurrencies and Inheritance: Open Issues between the Italian Legal System and European Regulation.

Giovanni Li Causi

Studente · Università degli Studi di Roma La Sapienza

IDENTIFICATIVO

Contributo n. 11850
ISSN 2532-9871

LICENZA

Accesso aperto · gli autori
conservano i propri diritti

STORIA EDITORIALE

Pubblicato il 16 giugno 2026
Sottoposto a revisione tra pari

FASCICOLO

II/2026 · Anno XIII

COME CITARE

GIOVANNI LI CAUSI,
*Criptovalute e successione
ereditaria: questioni aperte tra
ordinamento italiano e
disciplina europea*, in Riv.
Cammino Diritto, fasc. II/2026,
ISSN 2532-9871.

ABSTRACT

Il presente contributo analizza le criticità tecnico-giuridiche della trasmissione mortis causa delle criptovalute. Dopo un inquadramento normativo europeo (Regolamento MiCA) e nazionale, lo studio esamina le problematiche pratiche di accesso ai portafogli crittografici (wallet custodial e non custodial). La trattazione si concentra poi sugli strumenti civilistici di pianificazione successoria (testamento, legato atipico di password, relatio, mandato post mortem ed esecutore testamentario), valutandone la compatibilità con il divieto dei patti successori (art. 458 c.c.). Infine, lo scritto delinea i profili di diritto internazionale privato (Regolamento UE 650/2012) e la disciplina fiscale applicabile ai fini dell'imposta sulle successioni e del monitoraggio tributario (Quadro RW).

This paper analyzes the technical and legal issues related to the mortis causa transmission of cryptocurrencies. After outlining the European (MiCA Regulation) and national regulatory framework, the study examines the practical challenges of accessing cryptographic wallets (custodial and non-custodial). The analysis then focuses on civil law instruments for estate planning (wills, atypical password legacies, relatio, post mortem mandates, and testamentary executors), assessing their strict compliance with the prohibition of succession agreements (Art. 458 of the Italian Civil Code). Finally, the paper outlines the relevant private international law profiles (EU Regulation 650/2012) and the applicable tax framework regarding inheritance tax and fiscal monitoring obligations (RW Form).

SOMMARIO

1. Il patrimonio digitale in generale. 2. Inquadramento giuridico e architettura tecnica delle criptovalute nel contesto europeo e nazionale. 2.1. La classificazione dei token nel Regolamento MiCA. 2.2. Qualificazione giuridica: beni immateriali e applicabilità dell'art. 1153 c.c. 2.3. Modelli di custodia: Hardware, Software e Web Wallet e le implicazioni sulla titolarità. 3. Accesso e rintracciabilità dei wallet: le criticità materiali della successione digitale. 4. La disciplina contrattuale degli Exchange e i profili di diritto internazionale privato. 4.1. Il Regolamento (UE) 650/2012 e l'esercizio dei poteri dell'esecutore testamentario. 5. Strumenti civilistici per la disposizione mortis causa dei crypto-assets. 5.1. I limiti

della scheda testamentaria e le esigenze di segretezza. 5.2. Il legato atipico di password e la tecnica della relatio formale. 5.3. L'istituzione dell'esecutore testamentario per la gestione materiale delle credenziali. 5.4. Il mandato post mortem exequendum e il confine con il divieto dei patti successori. 6. Profili fiscali: determinazione della base imponibile e obblighi di monitoraggio.

1. Il patrimonio digitale in generale

L'evoluzione tecnologica ha determinato la nascita del cosiddetto patrimonio digitale. Il nostro ordinamento non fornisce una definizione normativa unitaria di tale concetto. La dottrina inquadra il patrimonio digitale come "locuzione di sintesi destinata ad individuare un insieme eterogeneo di rapporti giuridici e situazioni soggettive giuridicamente rilevanti, che si traducono in entità di varia natura a colorazione patrimoniale, non patrimoniale o ibrida". (1)

Sotto il profilo successorio, occorre tracciare una netta distinzione basata sulla natura dei beni. Una prima categoria comprende i beni digitali a carattere strettamente personale. Si tratta di profili social, corrispondenza elettronica, fotografie e documenti privati. La trasmissione di tali beni solleva problematiche collegate alla tutela della riservatezza e al diritto alla protezione dei dati personali post-mortem (tutelato ex art. 2-terdecies del Codice della Privacy).

Una seconda categoria è composta dai beni digitali di natura patrimoniale. Essi possiedono un autonomo e oggettivo valore economico. Rientrano in questo ambito i nomi a dominio, gli account monetizzati, i token non fungibili (NFT) e le valute virtuali.

La successione mortis causa nei beni digitali patrimoniali presenta ostacoli tecnici e giuridici inediti. La dematerializzazione dei beni e l'utilizzo di sistemi crittografici rendono inefficaci le tradizionali forme di apprensione materiale. Ne consegue la necessità di adattare gli istituti civilistici classici per garantire l'effettiva trasmissione della ricchezza digitale agli eredi, evitando la dispersione del valore economico a seguito del decesso del titolare.

2. Inquadramento giuridico e architettura tecnica delle criptovalute nel contesto europeo e nazionale

Tra i beni digitali patrimoniali, le valute virtuali pongono interrogativi complessi, sia in ambito successorio che in sede di esecuzione forzata, a causa della loro peculiare natura dematerializzata, decentralizzata e pseudonima.

A livello europeo, il legislatore è intervenuto in modo sistematico con il Regolamento (UE) 2023/1114 (noto come MiCA - Markets in Crypto-Assets), fornendo all'art. 3, paragrafo 1, punto 5, una definizione normativa di crypto-attività, categoria macroscopica in cui rientrano le criptovalute. Esse sono qualificate come «una rappresentazione digitale di valore o di diritti che può essere trasferita e memorizzata elettronicamente, utilizzando la tecnologia a registro distribuito o una tecnologia analoga» (2). Questo intervento ha il pregio di armonizzare il mercato interno, superando la frammentazione normativa precedente.

Nel contesto civilistico italiano, come anticipato, il nostro ordinamento ha introdotto una definizione normativa di "valuta virtuale" con il D.lgs. n. 90/2017 (in attuazione della c.d. IV Direttiva Antiriciclaggio) (3), successivamente modificato dal D.lgs. n. 125/2019 (4). A tale riguardo, la Banca d'Italia (5) ha precisato che le valute virtuali «non rappresentano in forma digitale le comuni valute a corso legale (euro, dollaro, ecc.); non sono emesse o garantite da una banca centrale o da un'autorità pubblica e generalmente non sono regolamentate. Le valute virtuali non hanno corso legale e pertanto non devono per legge essere obbligatoriamente accettate per l'estinzione delle obbligazioni pecuniarie, ma possono essere utilizzate per acquistare beni o servizi solo se il venditore è disponibile ad accettarle».

2.1. La classificazione dei token nel Regolamento MiCA

Per una corretta qualificazione degli asset caduti in successione, è indispensabile richiamare la tripartizione introdotta dal Regolamento MiCA, che distingue le crypto-attività in base alla loro funzione economica e ai diritti incorporati:

- Asset-referenced tokens (ART): crypto-attività che mirano a mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di più valute fiduciarie aventi corso legale, a una o più merci o a una o più crypto-attività, oppure a una combinazione di tali elementi.
- E-money tokens (EMT): crypto-attività il cui scopo principale è fungere da mezzo di scambio e che mirano a mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di una sola valuta fiduciaria avente corso legale.
- Utility tokens: crypto-attività destinate a fornire l'accesso digitale a un bene o a un servizio, disponibili sulla DLT, e che sono accettate solo dall'emittente di tale token.

2.2. Qualificazione giuridica: beni immateriali e applicabilità dell'art. 1153 c.c.

Indagando la qualificazione giuridica di tali asset, appare utile un preliminare sguardo comparatistico. A livello globale, la maggior parte degli ordinamenti considera le criptovalute come una forma di proprietà, inquadrandole nella categoria dei beni immateriali; altri le classificano come strumenti finanziari, mentre una netta minoranza attribuisce loro lo status di moneta a corso legale (6).

Nel nostro sistema giuridico, la dottrina prevalente esclude che le criptovalute possano farsi rientrare nella nozione di "strumento finanziario", stante la natura tassativa dell'elencazione contenuta nell'art. 1, comma 2, del Testo Unico della Finanza (T.U.F.). Di converso, la giurisprudenza amministrativa di primo grado, con una prima e rilevante pronuncia in materia (7), le ha qualificate espressamente quali beni immateriali. Tale impostazione si riflette in modo diretto sulla loro commerciabilità: la cessione di criptovalute va ricondotta allo schema contrattuale della permuta (uno "scambio" di utilità) e non a quello della compravendita, difettando il concetto tecnico di "prezzo" (8). Questa lettura è, peraltro, condivisa dalla prassi bancaria e trova conforto nei principi dell'Unione Europea, ove l'euro costituisce l'unica moneta avente corso legale. Le valute virtuali, di conseguenza, devono considerarsi alla stregua di meri mezzi di scambio e non di mezzi di pagamento in senso stretto.

Sebbene la prassi conosca tre differenti modalità di circolazione tecnologica delle criptovalute (9), da un punto di vista strettamente giuridico l'oggetto del rapporto rimane costantemente il medesimo: un bene immateriale. La principale caratteristica delle criptovalute va individuata nella pseudonimia dei titolari dei vari conti. In considerazione di ciò, il Consiglio Nazionale del Notariato (10) ha ritenuto che, riconducendo le criptovalute nell'ambito dei beni mobili, sarà possibile applicare il principio sancito dall'articolo 1153 c.c., in virtù del quale il possesso vale titolo.

2.3. Modelli di custodia: Hardware, Software e Web Wallet e le implicazioni sulla titolarità

Dal punto di vista dell'infrastruttura tecnologica, il funzionamento delle criptovalute si fonda su protocolli di crittografia asimmetrica, caratterizzati da una coppia di chiavi collegate matematicamente: una chiave pubblica (assimilabile a un codice IBAN, utile per la ricezione dei fondi) e una chiave privata (assimilabile a un PIN dispositivo, indispensabile per disporre dei fondi e firmare le transazioni). I portafogli digitali generano inoltre una seed phrase (frase seme), una sequenza che consente di rigenerare le chiavi private.

Una volta affrontato il tema della natura giuridica, occorre a questo punto passare ad occuparsi delle

modalità di conservazione delle stesse. Le cripto-attività sono conservate in wallet, di cui si distinguono tre diversi tipi: a) hardware wallet; b) software wallet; c) web wallet.

La differenza del web wallet (modello di custodia custodial) rispetto agli altri due modelli deve individuarsi nella necessaria presenza di un soggetto terzo, il provider (intermediario). In questa configurazione, l'utente non detiene materialmente il controllo crittografico dell'asset. Giuridicamente, egli vanta un diritto di credito o un diritto di natura contrattuale nei confronti della piattaforma alla restituzione dell'equivalente, operando attraverso semplici credenziali di accesso web. Al momento dell'apertura della successione, gli eredi subentrano nella posizione contrattuale del defunto e devono fornire all'intermediario la documentazione necessaria per ottenere la liquidazione.

Di contro, nel modello non custodial (hardware wallet e software wallet), la custodia della chiave privata fa capo esclusivamente all'utente, senza l'intervento di terzi fiduciari. Da un punto di vista operativo e investigativo, l'individuazione del titolare del wallet (e, conseguentemente, delle criptovalute ivi allocate) risulta particolarmente ostica in queste prime due ipotesi, trattandosi di strumenti di self-custody. Al contrario, la presenza dell'intermediario nel web wallet rende la ricerca dei capitali assai più agevole. L'esame analitico delle modalità di conservazione e delle tipologie di wallet assume un rilievo nevralgico, poiché è proprio dall'architettura tecnica del portafoglio che dipenderà la scelta della specifica forma espropriativa da impiegare, nonché l'effettiva possibilità di apprensione materiale in sede di successione ereditaria.

3. Accesso e rintracciabilità dei wallet: le criticità materiali della successione digitale

L'apertura della successione impone agli eredi, o all'eventuale esecutore testamentario, l'onere primario di procedere all'esatta individuazione degli asset che compongono l'asse ereditario. Mentre nel caso di rapporti bancari tradizionali è sufficiente un'indagine presso gli istituti di credito territoriali o l'accesso all'Anagrafe dei Rapporti Finanziari, nel dominio crittografico l'assenza di un registro centrale nominativo rende l'operazione complessa.

Se il de cuius operava in regime non custodial e non ha lasciato istruzioni esplicite, i beni cadono giuridicamente in successione ma risultano di fatto intangibili. Gli eredi possono unicamente affidarsi ad attività di digital forensics, disponendo perizie informatiche sui dispositivi hardware del defunto nel tentativo di rinvenire tracce dei file wallet o documenti di testo contenenti le seed phrase. Tale procedura evidenzia i limiti fattuali dell'ordinamento giuridico: nessuna pronuncia giudiziale può forzare un protocollo crittografico a decifrare una chiave privata in assenza della password corretta.

4. La disciplina contrattuale degli Exchange e i profili di diritto internazionale privato

Nelle ipotesi di criptovalute detenute tramite exchange, la devoluzione ereditaria soggiace alle condizioni generali di contratto (Terms of Service) predisposte unilateralmente dalle piattaforme (11). La criticità principale risiede nella frequente lacunosità di tali testi contrattuali in materia di successione mortis causa, che lascia spazio a prassi operative interne opache e disomogenee.

Gli eredi, subentrando nella medesima posizione giuridica del de cuius ex art. 1146 c.c., sono legittimati a richiedere l'accesso ai fondi. Tuttavia, qualora la piattaforma opponga un diniego, l'azione giudiziale sconta notevoli ostacoli derivanti dalla localizzazione extra-europea di molti operatori.

Sotto il profilo della giurisdizione, trova applicazione il Regolamento (UE) 1215/2012 (Bruxelles I bis), ai sensi del quale la competenza spetta in via generale al giudice del domicilio del convenuto. Tale criterio incardina fisiologicamente la controversia dinanzi ad autorità giurisdizionali straniere, imponendo agli eredi oneri processuali ed economici spesso sproporzionati rispetto alle tempistiche di recupero del patrimonio digitale.

4.1. Il Regolamento (UE) 650/2012 e l'esercizio dei poteri dell'esecutore testamentario.

L'individuazione della legge sostanziale applicabile alla successione è governata dal Regolamento (UE) 650/2012 (12). L'art. 21 stabilisce quale criterio di collegamento generale la legge dello Stato in cui il defunto aveva la propria residenza abituale al momento della morte.

Di particolare rilievo tecnico-giuridico è il riconoscimento transfrontaliero dei poteri dell'esecutore testamentario per il recupero dei crypto-assets. Tale riconoscimento è disciplinato dalle disposizioni relative al Certificato Successorio Europeo (CSE), contenute nel Capo VI (artt. 62-73) del Regolamento. Attraverso il CSE, l'esecutore testamentario nominato in Italia è legittimato a dimostrare la propria qualifica e a esercitare i propri poteri in tutti gli Stati membri, ivi inclusa la richiesta di blocco e trasferimento delle criptovalute detenute presso un exchange europeo, senza la necessità di attivare procedimenti speciali.

La circolazione internazionale di tali poteri non rinviene, diversamente, la propria disciplina generale nell'art. 29 del medesimo Regolamento (13). Tale norma regola piuttosto l'ipotesi specifica in cui la legge del foro renda obbligatoria la nomina di un amministratore dell'eredità, laddove la successione sia regolata da una legge straniera. In questo contesto, il paragrafo 3 dell'art. 29 si limita ad attribuire all'amministratore i poteri previsti dal diritto dello Stato membro di nomina, esclusivamente nel caso in cui la legge applicabile alla successione sia quella di uno Stato terzo.

Infine, nell'ipotesi in cui l'exchange sia localizzato al di fuori dell'Unione Europea, gli strumenti di mutuo riconoscimento previsti dal Regolamento 650/2012 non trovano applicazione diretta, imponendo agli eredi o all'esecutore il ricorso alle ordinarie procedure di diritto internazionale privato del Paese estero.

5. Strumenti civilistici per la disposizione mortis causa dei crypto-assets

Per prevenire la dispersione del patrimonio digitale, risulta indefettibile una tempestiva e strutturata pianificazione successoria. Essa richiede un'accurata ricognizione degli asset e la predisposizione di un'infrastruttura di conservazione sicura che garantisca la segretezza assoluta delle credenziali in vita e la reperibilità delle stesse post mortem.

L'ordinamento italiano offre istituti civilistici tradizionali che consentono di regolamentare efficacemente la successione nei crypto-assets, nel rigoroso rispetto dei principi di tipicità dei negozi mortis causa e di inderogabilità dei diritti dei legittimari.

5.1. I limiti della scheda testamentaria e le esigenze di segretezza

Il testamento (art. 587 c.c.) è l'unico atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse. L'inserimento diretto della seed phrase o delle chiavi private all'interno della scheda testamentaria sconta un limite funzionale gravissimo: i meccanismi pubblicitari imposti dal codice. Al momento dell'apertura della successione, la pubblicazione del testamento olografo o segreto (artt. 620 e 621 c.c.) renderebbe le credenziali conoscibili a terzi, compromettendo la sicurezza dei fondi.

5.2. Il legato atipico di password e la tecnica della relatio formale

Per superare tale ostacolo, si individua nel legato a contenuto atipico lo strumento civilistico d'elezione. Se l'attribuzione delle credenziali ha natura meramente attributiva e persegue lo scopo di arricchire patrimonialmente il beneficiario, si configura un legato di password. Trattasi di un legato a struttura complessa: il lascito ha per oggetto immediato le credenziali informatiche, che costituiscono il mezzo materiale per acquisire la titolarità dell'oggetto mediato, ovvero il portafoglio di criptovalute.

Al fine di preservare la segretezza, la tecnica redazionale impone l'utilizzo della relatio formale (art. 655 c.c., legato di cosa da prendersi da certo luogo) (14). Il testatore omette l'indicazione in chiaro della seed phrase, limitandosi a specificare il luogo fisico o il supporto informatico in cui essa è segregata. In tal modo, la determinazione esatta dell'oggetto materiale è rinviata a un dato esterno e oggettivo, sottratto alla conoscibilità pubblica dell'atto notarile di pubblicazione.

5.3. L'istituzione dell'esecutore testamentario per la gestione materiale delle credenziali

Qualora il de cuius intenda separare l'individuazione dei beneficiari dalla materiale esecuzione delle operazioni informatiche, risulta indicata la nomina di un esecutore testamentario (art. 700 c.c. e ss.). Il testatore può conferire all'esecutore l'incarico fiduciario di curare l'esatta esecuzione delle ultime volontà, dotandolo degli strumenti materiali per accedere ai wallet.

L'esecutore testamentario agisce quale titolare di un ufficio di diritto privato. I suoi poteri consistono nell'amministrare la massa ereditaria e nell'adottare tutti i provvedimenti conservativi necessari. Egli provvederà al materiale trasferimento dei crypto-assets verso i wallet personali degli eredi istituiti.

5.4. Il mandato post mortem exequendum e il confine con il divieto dei patti successori

In alternativa, è riconosciuta la liceità del mandato post mortem exequendum (15). Si tratta di un negozio giuridico inter vivos concluso tra il mandante e un mandatario, la cui esecuzione è differita al momento successivo alla morte del mandante.

L'ammissibilità di tale figura è subordinata al rigoroso rispetto del divieto dei patti successori (art. 458 c.c.). Per non incorrere nella nullità assoluta, il mandato deve avere ad oggetto il compimento di attività di natura meramente materiale e fattuale, prive di qualsiasi finalità attributiva di diritti patrimoniali. È valido il mandato con il quale si incarica un soggetto di fiducia di consegnare fisicamente un hardware wallet all'erede designato in un parallelo testamento. Saremmo invece in presenza di un illecito mandato mortis causa qualora il mandante incaricasse il mandatario di trasferire, post mortem, la titolarità delle criptovalute a un terzo.

6. Profili fiscali: determinazione della base imponibile e obblighi di monitoraggio

Sotto il profilo tributario, l'inclusione delle criptovalute nel compendio ereditario determina la loro soggezione all'imposta sulle successioni e donazioni (disciplinata dal D.lgs. n. 346/1990). Il nodo centrale ai fini impositivi risiede nella corretta valorizzazione degli asset virtuali per la determinazione della base imponibile.

L'Agenzia delle Entrate è intervenuta a fornire indicazioni operative con la Circolare n. 30/E del 27 ottobre 2023 (16). Il documento chiarisce che la base imponibile deve corrispondere al valore puntualmente rilevato, alla data di apertura della successione, presso la specifica piattaforma di exchange utilizzata dal de cuius per l'acquisto delle attività stesse. Qualora il de cuius operasse in regime di self-custody, occorre fare riferimento alla piattaforma ove è stata effettuata la maggior parte delle operazioni o a una piattaforma analoga.

Inoltre, occorre coordinare tali disposizioni con gli obblighi dichiarativi. I possessori di criptovalute residenti in Italia sono tenuti alla compilazione del Quadro RW del Modello Redditi Persone Fisiche ai fini del monitoraggio fiscale, nonché al versamento della relativa imposta di bollo o imposta sul valore delle cripto-attività (IC). L'omessa dichiarazione in vita da parte del de cuius espone l'eredità a recuperi impositivi (imposte evase e interessi, che si trasmettono integralmente agli eredi), ma non alle relative sanzioni amministrative, stante il principio di intrasmissibilità delle sanzioni agli eredi sancito dall'art. 8 del D.lgs. 472/1997 (17).



Cammino Diritto

Rivista scientifica di dottrina e giurisprudenza

CHI SIAMO

Cammino Diritto è una rivista scientifica telematica di dottrina e giurisprudenza, registrata presso il Tribunale di Salerno (n. 12/2015), con ISSN 2532-9871 e codice CINECA E243140, riconosciuta ANVUR. Diretta dall'avv. Alessio Giaquinto, si avvale di un Comitato Scientifico e di un Comitato dei Revisori che garantiscono il rigore e l'indipendenza dei contributi pubblicati.

COSA FACCIAMO

Pubblichiamo contributi scientifici, note a sentenza, saggi e approfondimenti nei diversi settori scientifico-disciplinari del diritto, con revisione tra pari in doppio cieco. **Cammino Diritto è anche una Scuola di Formazione giuridica:** corsi online, videolezioni e percorsi di preparazione ai concorsi pubblici, che uniscono il rigore scientifico della Rivista a una didattica di alto livello e sempre aggiornata.

PER GLI AUTORI

La Rivista accoglie proposte di pubblicazione da studiosi, professionisti e cultori del diritto. Le modalità di invio e i criteri redazionali sono disponibili sul sito. I contributi accolti sono pubblicati ad accesso aperto, nel rispetto della paternità scientifica degli autori.

CONTATTI

Cammino Diritto Srl
Via Rosa Jemma 50, 84091 Battipaglia (SA)
Web: rivista.camminodiritto.it
E-mail: direzione@camminodiritto.it