

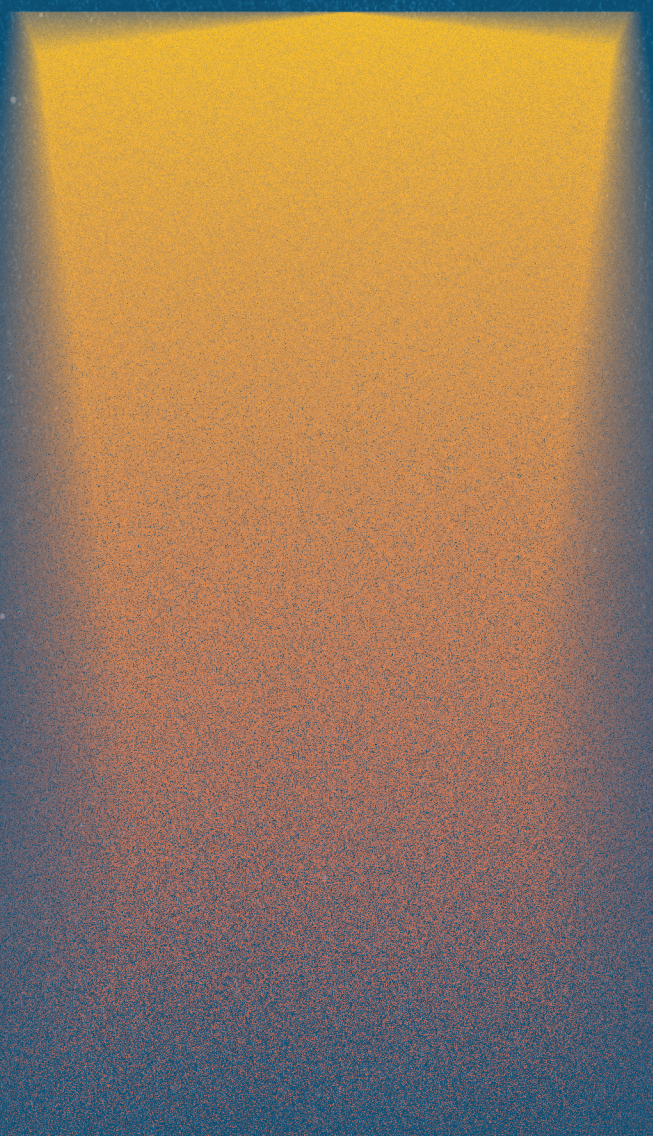
# LA NUOVA GIURIDICA

FLORENCE LAW REVIEW

ISSN 2974-5640 (online)

**2022 2**

**persona**



## GENERAL INFORMATION

La Nuova Giuridica - Florence Law Review is a student-run, peer-reviewed, open access journal published by the University of Florence, Department of Legal Studies. The Journal is published twice a year (all year around).

Publication number E-ISSN 2974-5640. The Journal is hosted and maintained by OJS/PKP.

## ADDRESS

La Nuova Giuridica - Florence Law Review  
c/o University of Florence, Department of Legal Studies

Via delle Pandette, 32

50127 Firenze (Italy)

Email

[lanuovagiuridica@giurisprudenza.unifi.it](mailto:lanuovagiuridica@giurisprudenza.unifi.it)

Website

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica/index>

## SUBMISSIONS

La Nuova Giuridica - Florence Law Review welcomes submissions of articles, essays, and book reviews. Contributors are invited to submit their pieces via online form.

Please visit our website for further information.



### *Scientific Board*

Prof. Chiara Favilli	University of Florence
Prof. Paola Lucarelli	University of Florence
Prof. Ilaria Pagni	University of Florence
Prof. Andrea Simoncini	University of Florence
Prof. Irene Stolzi	University of Florence
Prof. Simone Torricelli	University of Florence
Prof. emeritus Pietro Costa	University of Florence
Prof. emeritus and President emeritus of the Italian Constitutional Court	
Paolo Grossi†	University of Florence
Prof. emeritus Francesco Carlo Palazzo	University of Florence
Prof. emeritus Domenico Sorace	University of Florence
Prof. emeritus Vincenzo Varano	University of Florence
Prof. emeritus Giuseppe Vettori	University of Florence

### *Editorial Team*

#### *Editor-in-chief*

Prof. Irene Stolzi	University of Florence
--------------------	------------------------

#### *Direttore responsabile*

Avv. Giampaolo di Marco

#### *Managing editors*

Irene Ceccatoni (founding member)	University of Florence
Natalia Cecconi	University of Florence
Ginevra Detti (founding member)	University of Florence
Federico Fidanza	University of Florence
Giulia Lari (founding member)	University of Florence
Lapo Montelatici (founding member)	University of Florence
Giacomo Sequi	University of Florence
Francesco Maria Simoncini (founding member)	University of Rome “La Sapienza”
Francesco Saverio Tavaglione	University of Florence/University of Liège
Lorenzo Tazzini (founding member)	University of Florence



*History and philosophy of law*

Journal editor - Irene Ceccatoni	University of Florence
Vice journal editor - Francesco Saverio Tavaglione	University of Florence/University of Liège
Lara Fusi	University of Florence
Matteo Giuliani	University of Florence
Lorenzo Marotta	University of Florence
Matteo Paolanti	University of Florence

## INDICE

Editoriali..... I

\*

C. CONTI, *Processo penale mediatico e diritti fondamentali. Tra vecchi problemi e nuove norme in tema di comunicazione giudiziaria*..... 1

G. CAPUTO, *Stato costituzionale di diritto e carcere. Appunti per una teoria costituzionalmente orientata dei diritti della persona detenuta*..... 37

S. RENZI, *La trasparenza dei sistemi algoritmici utilizzati nel contesto lavorativo fra legislazione europea e ordinamento interno*..... 59

F. ROSSI, *Divortium e tutela del coniuge “debole”: mulier, uxor, mater*..... 77

S. MALPASSI, *Il coniuge (troppo) debole: aporie e persistenze dell’ordinamento familiare ottocentesco*..... 103

\*

R. ARANHA DA CRUZ, *The protection of minorities as human rights consequence: citizenship, natural law and its relation to the protection of vulnerable groups*..... 125

\*

B. BALLERINI, *L’accesso al giudice inglese: analisi comparata tra elementi di tutela soggettiva e oggettiva*..... 141

N. BAMOSHMOOSH, *Perché la parità retributiva nell’Unione europea è ancora un sogno?*..... 162

V.C.A. LOFFI, <i>La disciplina sull'aborto nei paesi del blocco BRICS in una prospettiva comparata</i> .....	178
--	-----

### *Spazio aperto*

I. STOLZI, I. BENEVIERI, <i>Cosa indossavi? Le parole nei processi penali per violenza di genere</i> .....	219
L. GROTTI, <i>Framing in interactions: expert witnesses' testimony in the italian judicial system</i> .....	226
M. PAOLANTI, M.R. SPERANZA, <i>Le piazze digitali del nuovo millennio: dialogo tra diritto e strategie comunicative in ambito politico</i> .....	246
F. DE BONIS, <i>Recensione al libro di Tommaso Greco. La legge della fiducia. Alle radici del diritto</i> .....	256
F.S. TAVAGLIONE, <i>L'arte del buono e dell'equo nella fantasia di un giovane Paolo Grossi</i> .....	260

### *Ricordi*

M. GREGORIO, <i>La penna e il microfono: un ricordo di Maurizio Fioravanti</i> .....	265
M.L. VALLAURI, <i>Un ricordo di Riccardo Del Punta</i> .....	268

## SECONDA TAPPA: “PERSONA”

Dopo aver dedicato il numero di apertura della Rivista all’approfondimento del concetto di «comunità», ci è parso opportuno porre al centro della seconda pubblicazione una riflessione su un altro concetto fondativo degli assetti democratici del secondo dopoguerra, quello di «persona». In qualche modo, anzi, il richiamo alla persona sembra racchiudere, e al tempo stesso precisare, il senso profondo della scelta di presentarci per la prima volta ai lettori ponendo a tema il valore della «comunità». Ebbene, all’epoca non avevamo certo in mente l’*esaltazione del gruppo*, dello *stare insieme fine a se stesso*; piuttosto, credevamo, e oggi riproponiamo con forza questa lettura, che la comunità potesse essere il luogo in cui mettere a frutto capacità, interessi, inclinazioni di ciascuno di noi. Insomma, la comunità ci pareva, ci pare, un terreno fertile in cui mettere in gioco il *proprio io*, nel rapporto con gli altri; il *proprio* impegno in Università; il *proprio* modo di studiare; il *proprio*, originale, approccio alla sfera del diritto. Mettere in gioco, perché no, i *propri* ideali, i parametri con cui ciascuno di noi legge, valuta, interpreta, giudica il “tappeto” di norme che ogni giorno affolla le nostre scrivanie. In breve, comunità ha per noi un valore, in quanto *spazio* capace di suscitare, nel confronto con gli altri, domande, dubbi, crisi, che scuotono le coscienze di *ciascuno*, e, magari, consentono poi di pervenire a più saldi ed equilibrati punti di vista sulla realtà. Comunità, per noi, ha valore nella misura in cui la condivisione di un impegno – nel caso di specie, editoriale – valorizza l’apporto e le attitudini di ciascuno. E allora, proprio la tutela, l’*esaltazione* della persona umana, recentemente messa a tema, come filtro di osservazione dell’universo giuridico, da un grande Maestro dell’Ateneo fiorentino – ci si riferisce alla raccolta di saggi curata da Andrea Proto Pisani,



*Persona umana e processo civile*, Milano, 2022 – costituisce il filo rosso che lega i differenti contributi ospitati in questo secondo volume della rivista.

Aprire il numero uno studio di Carlotta Conti sulle nuove norme in tema di comunicazione giudiziaria, introdotte dal d. lgs. 188 del 2021 al fine di garantire la presunzione di innocenza, in cui l'Autrice mette in evidenza i limiti di tale riforma nell'ottica di porre rimedio alle «storture del processo mediatico», auspicando l'affermarsi di un'etica della responsabilità di tutti i soggetti coinvolti nella «genesì della notizia». Quindi, Giuseppe Caputo, attraverso l'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, giunge a delineare il nucleo dei diritti fondamentali e irrinunciabili della persona sottoposta a privazione della libertà personale. Samuele Renzi, dal canto suo, sviscera il quadro regolamentare – anche di matrice europea – inerente alla salvaguardia del lavoratore a fronte dell'utilizzo di sistemi algoritmici da parte del datore di lavoro. Francesca Rossi e Stefano Malpassi approfondiscono, rispettivamente dall'angolo visuale del diritto romano e del diritto otto-novecentesco dei paesi di tradizione romanistica, la posizione del coniuge “debole”, ossia la donna, entro la *societas* familiare.

Tra i contributi di dottorandi e studenti, si segnalano i lavori di Ramon Aranha da Cruz, sul fondamento giusfilosofico della protezione delle “minoranze”; Bruno Ballerini, a proposito del diritto di accesso al giudice, nel Regno Unito, avverso la pubblica amministrazione; Nadia Bamoshmoosh, a proposito di parità retributiva e normativa eurounitaria; e Vittoria Costanza Alessandra Loffi, che svolge una ricognizione della disciplina in materia di aborto nei paesi del blocco “BRICS”.

All'interno dello *Spazio aperto*, segnaliamo al lettore l'intervista di Irene Stolzi a Iacopo Benevieri, autore di un lavoro di recente pubblicazione a proposito del “vocabolario” utilizzato nei processi penali per violenza di genere, lo studio linguistico di Leonardo Grotti sulle interazioni fra avvocati e consulenti tecnici nel processo penale, e le riflessioni di Matteo Paolanti e Maria Rosaria

Speranza sull'evoluzione della comunicazione politica nella società digitale. Chiudono lo *Spazio aperto* le recensioni a *La legge della fiducia*, di Tommaso Greco, e alla raccolta di fiabe *Il paese dei palloncini di gomma e altre fiabe*, di Paolo Grossi, a firma, rispettivamente, di Francesca De Bonis e Francesco Saverio Tavaglione.

Per concludere, abbiamo voluto ricordare Riccardo Del Punta e Maurizio Fioravanti, recentemente scomparsi, attraverso le parole di Maria Luisa Vallauri e Massimiliano Gregorio.

*Irene Ceccatoni*  
*Natalia Cecconi*  
*Ginevra Detti*  
*Federico Fidanza*  
*Giulia Lari*  
*Lapo Montelatici*  
*Giacomo Sequi*  
*Francesco Maria Simoncini*  
*Francesco Saverio Tavaglione*  
*Lorenzo Tazzini*

## COMUNITÀ E PERSONA

*Comunità e persona* sono i temi ai quali i giovani redattori de *La Nuova Giuridica* hanno deciso di dedicare i primi numeri della neonata rivista. Per chi ha riflettuto su questi concetti da altre prospettive e con qualche decennio in più sulle spalle, una simile scelta appare rilevante sotto molteplici profili. Anzitutto, essa sembra testimoniare un'intatta forza di attrazione – un'intatta giovinezza, verrebbe voglia di dire – della Costituzione nella quale comunità e persona si presentano quali dimensioni correlative, reciprocamente implicantesi ed egualmente necessarie a disegnare il campo della convivenza democratica. Il richiamo alla persona, come noto, consentì alle donne e agli uomini della Costituente di marcare la distanza tanto con la concezione autoritaria del fascismo, con la sua pretesa di aggregare e trasformare i soggetti in altrettanti strumenti della totalità statale, quanto con la più risalente visione liberale, invece orientata a concepire il soggetto come realtà tendenzialmente autosufficiente gravitante in uno spazio organizzato intorno al principio di eguaglianza formale. Né pedina, né monade, la persona è stata concepita dai Costituenti come «soggetto in carne ed ossa» (P. Grossi), visto nella concretezza della sua condizione esistenziale, e perciò valorizzato tanto nella sua irripetibile unicità quanto nella sua vocazione alla relazione con l'altro. Condizione abituale del soggetto, terreno di coltura e di svolgimento della sua personalità (art. 2), la comunità diventa uno dei luoghi a partire dai quali la persona si forgia attraverso il confronto: è soprattutto questo il ruolo che i giovani redattori della rivista hanno riconosciuto, nel loro editoriale, al rapporto tra singolo e gruppo, un rapporto che non schiaccia ma accoglie la pluralità dei punti di vista, che consente di esprimere, ma anche di rivedere, le proprie convinzioni.

Il fatto che studenti e giovanissimi studiosi abbiano deciso di partire da qui per avviare la loro avventura editoriale, conferma, per dir così, il carattere nevralgico di questi snodi, l'esigenza di preservarne valore e funzione dinanzi

alle molte sollecitazioni cui sono esposti nel presente. Un presente percorso da individualismi potenti (più ripiegati e pessimistici che prometeici) e da altrettanto forti tentazioni di compattamenti identitari orientati a rialzare barriere nette tra il ‘noi’ e il ‘loro’ e ad alzarle, spesso, nel nome dei presunti valori originari di comunità nazionali o locali.

Anche l’uscita di questo secondo numero, purtroppo, è stata preceduta dalla scomparsa di due amici e colleghi che troppo presto ci hanno lasciato. Ad agosto se n’è andato Maurizio Fioravanti, mentre a novembre è mancato Riccardo Del Punta. Intellettuali di straordinaria levatura nei rispettivi campi scientifici – la storia costituzionale e il diritto del lavoro – lasciano un vuoto importante nella comunità degli studiosi che sentirà la mancanza delle loro voci non meno che della loro umanità asciutta e schietta, ugualmente segno inconfondibile della loro statura culturale e interiore.

*Irene Stolzi, Editor in Chief de La Nuova Giuridica*

## PROCESSO PENALE MEDIATICO E DIRITTI FONDAMENTALI

*Tra vecchi problemi e nuove norme in tema di comunicazione giudiziaria*

CARLOTTA CONTI\*

*Il d.lgs. n. 188 del 2021 in attuazione della presunzione di innocenza ha introdotto nuove norme in tema di comunicazione giudiziaria. Soltanto un'interpretazione informata all'etica della responsabilità può porre rimedio al problema (invero più ampio) del c.d. processo mediatico.*

*The d.lgs. n. 188 of 2021, in implementation of the presumption of innocence, introduced new rules on judicial communication. Only an informed interpretation of the ethics of responsibility can remedy the (indeed broader) problem of the so-called media process.*

SOMMARIO: 1. Il circo mediatico giudiziario. – 2. Verità processuale e “dramma” mediatico: l’ordalia del rito inquisitorio. – 3. Conoscenza giudiziaria e conoscenza profana. – 4. Le nuove norme in tema di comunicazione giudiziaria. – 5. Le linee guida del CSM. – 6. Il decreto legislativo n. 188 del 2021. – 7. Un cerchio che non si quadra. – 8. Conclusioni.

1. *Il circo mediatico giudiziario.* – L’espressione processo mediatico, in una accezione generalissima, fa riferimento ad un «accertamento della responsabilità penale effettuato non nella sede propria, bensì sui mezzi di comunicazione di massa (stampa, televisione, social, etc.)»<sup>1</sup>. Si tratta di una coloritura indubbiamente negativa, dotata di ampia portata evocativa, simile a quella insita nella locuzione *junk science* (la c.d. “scienza spazzatura”) che, oltreoceano, evoca mistificazioni intrise, tra l’altro, di deprecabili interessi economici.

---

<sup>1</sup> G. GIOSTRA, *Processo mediatico*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali II*, t. X, Milano, 2017, p. 647 ss.

\* Professoressa di Diritto processuale penale presso l’Università degli Studi di Firenze.

Si tratta di una nozione ben distinta da quella di “cronaca giudiziaria” che si può definire come la diffusione sui mezzi di comunicazione di massa di informazioni circa lo svolgimento di un processo penale. Il libero esercizio del diritto di cronaca giudiziaria non è processo mediatico: quest’ultimo rappresenta, se mai, un abuso del diritto di cronaca giudiziaria e abuso significa che il diritto non c’è più perché si è oltrepassato il confine del legittimo esercizio dello stesso<sup>2</sup>.

Volendo cogliere i mali insiti nel processo mediatico, è unanime la constatazione che la “rappresentazione mediatica” – soprattutto televisiva – dei fatti di cronaca nera rappresenta un fenomeno collettivo caratterizzante la moderna società ed in crescita esponenziale<sup>3</sup>. Avvincenti come una saga familiare – spesso il massimo interesse si appunta proprio su omicidi commessi entro le mura domestiche – liberatorie come un romanzo poliziesco<sup>4</sup>, edificanti come un *Bildungsroman*<sup>5</sup>, coinvolgenti come una tribuna politica o sportiva

---

<sup>2</sup> Le sovrapposizioni si sono create quando, a livello di professione giornalistica, ha iniziato a sfumare la separazione organizzativa tra cronaca nera (narrazione del fatto) e cronaca giudiziaria intesa come *reportage* tecnico di quanto accadeva nel processo. Si veda *Fare cronaca giudiziaria*, intervista di MARIA CRISTINA AMOROSO a ROSARIA CAPACCHIONE, in *Giustizia insieme*, 26 maggio 2021.

<sup>3</sup> Il tema del c.d. circo mediatico-giudiziario è stato oggetto di riflessione sin dal volume di D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Du cirque médiatico-judiciaire et des moyens d’en sortir*, trad. it. M. GIUSTOZZI, *Il circo mediatico giudiziario*, Macerata, 1994. Merita considerare che «mentre nella carta stampata sopravvive ancora la separazione tra fatti ed opinioni, nei *talk show* l’intreccio tra i due piani è ormai inestricabile e nelle inchieste televisive [...] trionfa una giustizia privata parallela a quella in toga, che ambisce a sostituire e ad anticipare quest’ultima». Così E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media e fiction*, Milano, 2016, p. 127.

<sup>4</sup> Si tratta di un genere letterario caratterizzato dalla commissione di un delitto, dalla presenza di uno o più investigatori che svolgono indagini con sistemi scientifici, dalla soluzione finale del mistero. Si veda R. KNOX, *Best Detective Stories*, Londra, 1939. Per il rilievo che il romanzo poliziesco ha avuto fin dalle sue origini lo scopo di reificare la morte, in modo da esorcizzare un concetto ed un evento che atterrisce l’individuo, M. CARLOTTO, *Attrazioni criminali nella fabbrica del consenso*, in *Il Manifesto*, 20 ottobre 2007: se la morte non è una tragedia, ma l’oggetto di un’inchiesta il pubblico riesce temporaneamente a sopprimere tutte le proprie ansie sostituendole con quelle determinate dal caso e in tal modo distendendosi.

<sup>5</sup> Il romanzo di formazione è un genere letterario incentrato sull’evoluzione del protagonista descritta attraverso la narrazione delle emozioni, dei sentimenti e delle azioni viste nel loro nascere dall’interno. Il termine è stato coniato da J.K.S. MORGENSTERN, *Über das Wesen des Bildungsromans*, Dorpat, 1820.

(laddove induce lo spettatore ad una presa di posizione e ad un dibattito che costituisce contemporaneamente sfogo per le frustrazioni subite nella vita reale ed evasione dalle stesse), le trasmissioni incentrate su fatti di cronaca nera (quasi sempre parallele alle vicende processuali), nel loro talora crudo “realismo”, attraggono sempre di più il pubblico di ogni estrazione soddisfacendone il vorace voyeurismo<sup>6</sup>: «il delitto sposta l’attenzione, ci evita di pensare a problemi più vicini e pressanti come il lavoro, la sicurezza, la crisi. Il paradosso è che alla fine tutto questo è liberatorio [...] crediamo che la maggior parte dei nostri affanni sia irrisolvibile. Per i crimini, invece, come nella trama di un buon giallo, confidiamo sempre in una soluzione [...] la fede nella prova scientifica è diventata assoluta. Sortendo l’effetto di una specie di ansiolitico»<sup>7</sup>.

A rendere ancora più irresistibile l’attrattiva di simili trasmissioni – *ça va sans dire* – vi è l’indiscussa centralità acquisita dalle scienze forensi che trovano il proprio terreno elettivo nell’accertamento di efferate vicende criminose. L’applicazione di tali tecniche nella ricostruzione di fatti realmente accaduti produce risultati che soddisfano le attese del pubblico ancora più di quanto avviene nelle tanto amate *fiction*, che hanno ad oggetto proprio lo svolgimento di indagini scientifiche<sup>8</sup>. L’effetto sortito è quello di placare l’ansia individuale e

---

<sup>6</sup> Si veda C. CATTANEO, *Intervista*, in *La Repubblica*, Firenze, 6 marzo 2011. Per l’espressione “*Pop Justice*” con riferimento ad un nuovo genere letterario “giallo”, cioè il romanzo con delitto, preso dalla cronaca reale e trasportato nella metafisica dei *media*, L. D’AURIA, *Delitto di Garlasco, la vicenda non poteva chiudersi con un nulla di fatto*, in *Il Fatto Quotidiano*, 13 dicembre 2015.

<sup>7</sup> Così I. MERZAGORA, intervistata da A. ALBERTI, *Perché la cronaca nera ci appassiona tanto*, in *Marie Claire*, giugno 2019, p. 53 ss. Secondo il direttore esecutivo di Entertainment di Fox Italia «il genere in ascesa è il *true crime*, serie tv basate su storie vere che mescolano realtà e *fiction*. Con il pretesto della narrazione documentaristica non risparmiano dettagli crudi, pruriginosi, raccapriccianti» (*ibidem*).

<sup>8</sup> In un documento sulle scienze forensi pubblicato dalla NATIONAL ACADEMY PRESS (*Strengthening Forensic Science in the United States. A Path Forward*, Washington, 2009, p. 48 ss.) si evidenzia il c.d. “effetto CSI”. La nota *fiction* prospetta le scienze forensi come portatrici di soluzioni universali e sistematicamente produttive di verità processuale. Ebbene, l’effetto C.S.I. fa riferimento alle conseguenze che simili finzioni cinematografiche sortiscono sulla realtà dell’amministrazione della giustizia. Si riscontra che i giurati attendono in ogni processo l’ingresso delle scienze forensi come risolutive del caso. Uno studio condotto da

quella collettiva suscitata da gravi episodi delittuosi<sup>9</sup>. Questo, forse, è il dato distintivo dell'attualità rispetto a quanto è accaduto in relazione a processi del passato, magari altrettanto idonei a catalizzare l'attenzione del pubblico: complici le sempre più frequenti trasmigrazioni di atti dai fascicoli processuali ai mezzi di comunicazione di massa, lo spettatore oggi ha l'impressione – elettrizzante – di avere direttamente a disposizione le prove per prendere la decisione, molto più di quanto avveniva in passato<sup>10</sup>:

«l'opinione pubblica non vuole solo essere informata: vuole giudicare»<sup>11</sup>.

2. *Verità processuale e “dramma” mediatico: l'ordalia del rito inquisitorio.* – Soffermandoci sul rapporto tra dramma mediatico – ove la parola “dramma” è utilizzata nel senso etimologico di δράμα, *i.e.* rappresentazione teatrale – e “verità”, occorre tenere presente che, secondo una nota definizione,

---

Schweitzer e Saks ha rilevato che, rispetto a coloro che non guardano C.S.I., gli appassionati di tale *fiction* appaiono più critici sulle scienze forensi presentate al processo e più fiduciosi nel proprio verdetto. Cfr. N. J. SCHWEITZER, M.J. SAKS, *The CSI Effect: Popular fiction about forensic science affects public expectations about real forensic science*, in *Jurimetrics*, 2007, p. 47 e p. 357.

<sup>9</sup> Sottolinea che i *mass media* hanno sedimentato nell'immaginario collettivo l'idea che la scienza applicata alle indagini è infallibile in modo che il telespettatore sia rassicurato del fatto che la scienza elimina la possibilità dell'errore giudiziario, M. CARLOTTO, *Attrazioni criminali nella fabbrica del consenso*, cit.

<sup>10</sup> «La ricerca del colpevole diventa una sorta di gioco collettivo che pesa sul lavoro degli investigatori». Così B. CARFAGNA, *Processo mediatico e processo giuridico*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova, 2007, p. 314. Per un cenno al “caso Tortora” come vicenda emblematica nella quale le simpatie degli spettatori determinarono la divisione dell'opinione pubblica tra innocentisti e colpevolisti, si veda L. SCIASCIA, *La vieja doblez de la vida italiana*, 3 maggio 1987, in [http://elpais.com/diario/1987/05/03/opinion/546991209\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1987/05/03/opinion/546991209_850215.html) (consultato il 20.12.2022): «quando l'opinione pubblica si mostra divisa tra innocentisti e colpevolisti in merito ad un caso giudiziario famoso, in realtà questa spaccatura non si basa sulla conoscenza delle prove ma sulla simpatia o antipatia nei confronti dell'imputato. Come si discute sul calcio o su una corsa di cavalli. Il caso Tortora (popolare presentatore televisivo accusato di appartenere alla Camorra) è esemplare in questo senso: coloro che odiavano il programma speravano nella condanna; gli spettatori affezionati confidavano nell'assoluzione». Il vero e proprio strazio compiuto su Enzo Tortora dai *mass media* è descritto in A. TORTORA, *Fratello segreto*, Milano, 1996, *passim* e spec. p. 29 e p. 110 ss.

<sup>11</sup> F.M. IACOVIELLO, *Conclusioni. Il processo senza verità*, in *Processo mediatico e processo penale*, a cura di C. CONTI, Milano, 2016, p. 220.



rappresentare un fatto significa costruirne uno equivalente, in modo da renderlo conoscibile quando non sia presente<sup>12</sup>. Ebbene, nelle rappresentazioni mediatiche l'oggetto "imitato" è, si direbbe, cangiante. Talora, viene rappresentato direttamente il fatto storico, ricostruito attraverso i dati acquisiti nell'inchiesta giornalistica, talaltra viene offerta una rappresentazione del processo, con un sapiente montaggio che poggia su di una continua sovrapposizione di piani difficilmente decifrabile, a volte, anche per l'occhio più esperto.

Quando in televisione viene riprodotto direttamente il *lost fact*, si è dinanzi ad una ricostruzione libera – quasi sempre concomitante rispetto allo svolgimento del processo – che, tuttavia, non deve attenersi alle regole base di quest'ultimo, bensì alle esigenze dello "spettacolo" e, dunque, può risultare (o meglio risulta) inevitabilmente alterata. È come se quella mediatica si configurasse alla stregua di una giustizia privata alternativa, immediatamente fruibile dall'opinione pubblica e spesso considerata come una fonte di verità. Si tratta, tra l'altro di uno *speedy trial* dato che, come è unanimemente riconosciuto, l'immagine del fatto e dell'indagato fornita dai *mass media* si imprime in modo indelebile nelle menti dei fruitori, rendendo l'opinione pubblica sorda ai successivi esiti processuali ancorché liberatori e, anzi, propensa a ravvisare in tali epiloghi un vero e proprio fallimento della repressione penale.

L'attenzione mediatica si focalizza quasi sempre sugli atti investigativi raccolti dall'accusa, con buona pace sia del principio di completezza delle indagini, sia dell'inutilizzabilità fisiologica. Sotto un primo profilo, non viene prospettata una ricostruzione integrale di quanto raccolto, bensì si impiega quella che è stata definita, con immagine felice, una «iconografia di frammenti» in cui dimensioni e simmetrie risultano del tutto alterate dalla lente

---

<sup>12</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1971, p. 166.

mediatica<sup>13</sup>; sotto un secondo profilo, non ci si interroga affatto sulle prospettive di utilizzabilità dell'atto di indagine (raccolto unilateralmente) nel futuro dibattito (incardinato sul principio del contraddittorio), nella foga di presentare l'elemento d'accusa alla collettività, per rispondere al bisogno di protezione della stessa<sup>14</sup>: la «perentorietà del messaggio» accusatorio stride dunque fortemente con la «provvisorietà del prodotto», specie quando si tratta di elementi raccolti allo stadio iniziale dell'inchiesta<sup>15</sup>. Quanto al tipo di prova, la scelta cade sulle informazioni più «telegeniche»: Dna, documenti informatici tratti dai personal computer ed intercettazioni rappresentano l'attrattiva per eccellenza nel loro crudo realismo che supera di gran lunga, ad esempio, il racconto di un testimone.

Si potrebbe parlare, in proposito, di una «doppia delocalizzazione» del processo mediatico. Sotto un primo profilo, il processo viene trapiantato fuori della sua sede naturale: come si è accennato, l'inchiesta televisiva sostanzialmente rappresenta una giustizia privata parallela che tanto ricorda, purtroppo, il rito tribale della giustizia sotto l'albero<sup>16</sup>. Sotto una seconda e differente accezione, con «delocalizzazione» si intende la scelta della fase processuale su cui concentrare le cronache e i commenti, che si appuntano pressoché esclusivamente sugli atti delle indagini preliminari a più pregnante significato accusatorio<sup>17</sup>: il «verdetto» dell'opinione pubblica risulta così

---

<sup>13</sup> AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., p. 130: «da conoscenza di chi sta nel processo è a 360 gradi, mentre quella dei *media* è frammentaria, parcellizzata al punto da rendere irriconoscibili le immagini a fronte dello scenario a tutto campo sedimentato nella memoria degli uomini in toga».

<sup>14</sup> AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., p. 129, che sottolinea come sia quasi sempre l'interesse commerciale o quello politico a dettare i criteri di selezione delle notizie e delle immagini. Cfr. G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, p. 4. Si vedano le considerazioni di E. BRUTI LIBERATI, *Delitti in prima pagina. La giustizia nella società dell'informazione*, Milano, 2022; V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022.

<sup>15</sup> Ancora icasticamente AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., p. 147.

<sup>16</sup> AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., p. 131, che cita A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007, p. 222.

<sup>17</sup> AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., p. 131.

pronunciato fin dall'inizio, prima che anche la sola fase delle indagini giunga al termine<sup>18</sup>. Al tempo stesso, occorre tenere presente che la stampa, scegliendo tempi e modi della diffusione di notizie – spesso illegittimamente “fuggite” dal processo –, può condizionare, oltre all'opinione pubblica, gli esiti della stessa vicenda giudiziaria in un circuito perverso<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> M. MAZZA, *Prova scientifica e processo mediatico*, Intervento svolto al Convegno di studi promosso dall'Ordine degli avvocati di Taranto, in <https://www.lagazzettadelmezzogiorno.it/news/analisi/333466/prova-scientifica-e-processo-mediatico.html>, consultato il 20.12.2022, rileva l'esistenza di un vero e proprio «foro mediatico alternativo alla sede naturale del processo che giunge a volte persino all'esame analitico del materiale probatorio, così da pervenire, con l'immediatezza propria della comunicazione televisiva, ad una sorta di convincimento pubblico, in apparenza degno di fede, sulla fondatezza o no di una certa ipotesi accusatoria, un foro mediatico [...] al quale partecipano spesso alcune parti del processo». L'Autore sottolinea, altresì, che l'eventuale esito liberatorio della vicenda giudiziaria non riceve mai lo stesso spazio ottenuto dal caso giudiziario nella fase iniziale. V. anche L. D'AURIA, *La difesa penale davanti al nuovo modello processuale mediatico-popolare. Alcune riflessioni anche in relazione a singole vicende processuali*, in *Il Foro ambrosiano*, 2004, p. 408.

<sup>19</sup> In tal senso, nitidamente, Cass., Sez. V, 27 marzo 2015, Sollecito: «d'inusitato clamore mediatico della vicenda [...] ha fatto sì che le indagini subissero una improvvisa accelerazione che, nella spasmodica ricerca di uno o più colpevoli da consegnare all'opinione pubblica internazionale, non ha certamente giovato alla verità». Interessante è, tuttavia, rilevare una opposta chiave di lettura prospettata dalla Cassazione nella pronuncia sul “caso Cogne”. A fronte delle doglianze difensive circa i pregiudizi arrecati all'imputata Annamaria Franzoni dalla risonanza mediatica del processo, gli Ermellini hanno rilevato che tale clamore, «ricercato e propiziato e utilizzato dalla stessa parte interessata, ha dato inusitato impulso a iniziative processuali della difesa e degli stessi organi giudicanti, favorendo il massimo approfondimento di ogni aspetto del giudizio». L'interesse mediatico, spontaneo o scientemente indotto «non si è mai risolto in un decremento delle facoltà difensive dell'imputata, ma piuttosto nel suo contrario, ampliandone gli spazi di garanzia e favorendo in massimo grado, per l'eshaustività delle indagini espletate, la formazione e maturazione del convincimento dei giudicanti». Così, Cass., sez. I, 29 luglio 2008, Franzoni, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1857. Segnala tali profili, L. FERRARELLA, *Quando i media sfondano le porte dei tribunali*, in *Corriere della Sera – Sette*, 8 gennaio 2016, p. 19. Per alcune affermazioni giurisprudenziali che si basano sugli stereotipi del giudice “corazzato” contro le influenze del processo mediatico, dunque, del tutto inoffensivo, AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., p. 139. V. anche A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017. Denuncia «una certa impostazione del giornalismo che amplifica e accompagna acriticamente le concezioni “etiche” della giurisdizione; l'esaltazione della giustizia “per campagne” (non si decide se una persona sia colpevole o meno di un certo reato ma si combatte un fenomeno criminale); il massacro mediatico della figura dell'indagato e perfino del sospettato per prepararne la “cottura processuale”; la concezione degli esiti assolutori come un “insuccesso della giustizia” e “uno spreco” di indagini. E, infine, l'abbandono del giornalismo critico investigativo a favore di quello della “buca delle lettere”, in cui il rapporto perverso con le fonti più significative è sproporzionatamente diretto in favore dell'impronta colpevolista delle inchieste», R. BORZONE, *Anche i giudici più attenti*

Nella medesima ottica, merita evidenziare il «carattere simbolista» proprio della giustizia mediatica: i fatti giudiziari vengono narrati nella maniera più idonea a venire incontro alle aspettative della collettività o dello spettatore, di modo che si privilegiano i simboli idonei a placare gli stati d'ansia dell'opinione pubblica originati dai fatti criminosi<sup>20</sup>, tanto da rendere identificabile un paradigma unitario dell'agire comunicativo della stampa e della televisione, del tutto divaricato rispetto a quello legale<sup>21</sup>.

Occorre ancora precisare che il processo stesso ha ad oggetto la rappresentazione di una vicenda storica, per definizione confinata nell'empiria del passato. Pertanto, quando in televisione viene ricostruito non direttamente il fatto, ma il rito – se del caso attraverso la diffusione di informazioni contenute all'interno di atti più o meno legittimamente conosciuti, oppure di filmati che riportano spezzoni della vicenda giudiziaria – si è dinanzi ad una “meta-rappresentazione” (la rappresentazione di una rappresentazione), che dunque rischia di essere ancora più lontana dal fatto, giacché passa attraverso l'infido filtro mediatico. Davvero l'ombra di un sogno che finisce per essere soltanto una pallida o travisata imitazione, quando non si trasforma *d'emblée* in un surrettizio aggiramento delle regole base del rito<sup>22</sup>.

---

*sottovalutano i danni dei processi precotti in tv*, in *Cronache del garantista*, 12 maggio 2015, p. 22. Ad avviso dell'Autore, in questo quadro «non manca un inaccettabile ruolo di alcuni avvocati, talvolta propensi a partecipare a beceri *talk show* televisivi per ottenere pubblicità in danno del proprio assistito, anche se non bisogna dimenticare che a volte i legali sono costretti ad intervenire sulla stampa per tentare di riequilibrare un'informazione a senso unico».

<sup>20</sup> AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., p. 131.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Sottolinea AMODIO, *La retorica colpevolista della giustizia mediatica*, [https://www.camerepenali.it/cat/7276/la\\_retorica\\_colpevolista\\_della\\_giustizia\\_mediatica.html](https://www.camerepenali.it/cat/7276/la_retorica_colpevolista_della_giustizia_mediatica.html), 22.12.2022, che lo «statuto» del giornalismo giudiziario sovverte i principi su cui si regge il giusto processo: «anzitutto mediante la delocalizzazione, che privilegia le investigazioni rispetto al dibattito, una fase troppo piena di oscillazioni causate dalla dialettica tra accusa e difesa per essere rappresentata come monolite colpevolista. La giustizia mediatica si nutre così di approssimazioni conoscitive e le trasforma in verità consacrate istillando nell'opinione pubblica l'idea della certezza a proposito di risultati che sono invece provvisori e non spendibili nel giudizio. In questo modo trionfa la retorica della colpevolezza che si alimenta della farina tratta dal sacco del pubblico ministero, nella ricerca di una perentorietà

È noto, infatti, che il processo mediatico non conosce neppure l'inutilizzabilità patologica degli atti processuali: così, non vi sono limiti che garantiscano l'idoneità accertativa del dato acquisito e non vi è distinzione tra i dati fruibili per la "decisione". Qualunque informazione può entrare, e il giudice dell'indagine e del dibattimento è sempre lo stesso: un collegio guidato dal giornalista e composto dai telespettatori. È appena il caso di sottolineare che su stampa e televisione il principale oggetto di prova è quello che gli inglesi denominano tecnicamente il *bad character* dell'imputato: la gogna mediatica non ha limiti nella distruzione dell'individuo e qualche volta – o spesso – fornisce al processo ghiotti spunti per l'individuazione di un movente *prima facie* recondito. Eppure, l'analisi risulta quasi sempre approssimativa e si fonda su stereotipi, approfittando degli schemi mentali consolidati che caratterizzano l'approccio del pubblico<sup>33</sup>.

Ancora, nel processo mediatico manca qualsivoglia garanzia della presunzione di innocenza<sup>34</sup>, del diritto di difesa e del principio del contraddittorio. Sotto il profilo della dialettica, spesso il difensore – salve ipotesi di deleteri protagonismi ai limiti della deontologia professionale – si sottrae alle luci ingannevoli e pressanti dei riflettori; talora, la scelta di presenziare, anziché garantire i diritti dell'assistito, si trasforma in un *boomerang* per la strategia difensiva. Di solito, quello che appare come un vivace contraddittorio nelle

---

espressiva sulle acquisizioni delle indagini volta a placare l'ansia collettiva generata dall'allarme per i fatti criminosi. Deviazione del campo visivo e artificiosa rappresentazione di congetture elevate a verità sono i due pilastri su cui è edificata la presunzione di colpevolezza nella giustizia mediatica».

<sup>33</sup> V. l'affascinante saggio di C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 486: «gli autori dei delitti "trattati" nei *mass media* dal canto loro si connotano per una caratterizzazione di tipo manicheo, orientato al paradigma dicotomico *buono-cattivo* ("noi" e "loro") secondo un meccanismo di esclusione (capro) espiatoria ben noto all'analisi criminologica di matrice psicoanalitica. Gli archetipi criminali che emergono dai *media* sono sempre *emotigeni* e a base *ansiogena*».

<sup>34</sup> Individua l'inedito *genus* della presunzione di colpevolezza mediatica AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., p. 149.

trasmissioni televisive non è altro che il dibattito tra ospiti estranei alla vicenda processuale. Sotto tale aspetto, è appena il caso di precisare che neppure il giurista più autorevole è in grado di discutere su di una vicenda processuale se non ne conosce interamente gli atti: al massimo, si potrà controvertere su ipotesi teoriche.

Quanto fin qui rilevato risulta aggravato dal rilievo che i risultati del rito mediatico sono consegnati senza cautele ai voraci appetiti dell'opinione pubblica che, dunque, conosce soltanto il contenuto informativo, ma non è attrezzata per una valutazione critica dell'elemento di prova, specialmente quando si è di fronte ad acquisizioni scientifiche anch'esse rappresentate in modo alterato, semplicistico o quanto meno parziale. Spesso proprio dalla *scientific evidence* – vero e proprio *deus ex machina* – dipende la svolta processuale, talora senza che vi sia un chiaro collegamento con le altre risultanze ed indipendentemente dall'esistenza di un movente. Si verifica, così, uno scarto incolmabile rispetto alle recenti acquisizioni giurisprudenziali in tema di prova scientifica, secondo cui (come si è accennato) un elemento raccolto nell'indagine – ancorché irripetibile e, dunque, tecnicamente utilizzabile in dibattimento – vale poco o nulla se non sono state rispettate le migliori regole acquisitive: sullo scenario mediatico la prova arriva quasi sempre dimentica della propria origine.

Da tutte le considerazioni sin qui svolte scaturisce come la rappresentazione mediatica comporti una sostanziale e sistematica negazione dei caratteri del sistema accusatorio, assumendo una natura squisitamente inquisitoria. Il possessore del vero e del giusto è oggi il giornalista, affiancato sempre più spesso dalla figura di uno o più esperti, tra i quali spicca senz'altro il criminologo, cui si attribuiscono conoscenze scientifiche interdisciplinari che in realtà non sempre possiede. Questi soggetti discutono sulla base di una visione frammentaria e distorta di informazioni – spesso, ma non sempre, atti di indagine – raccolti unilateralmente ed estrapolati dal contesto investigativo.

Alle debolezze sin qui evidenziate non si sottrae *in toto* neppure la cronaca giudiziaria più seria. Se volessimo prospettare un paragone, il metodo di indagine seguito dal giornalista potrebbe essere assimilato a quello dello storico piuttosto che a quello seguito dal giudice. «Per lo *storico* il metodo di ricerca delle prove è libero: egli può utilizzare anche intercettazioni effettuate illecitamente, informazioni confidenziali o documenti contenenti dichiarazioni anonime». Per «il *giudice* il metodo di ricerca, ammissione, assunzione, e valutazione delle prove è fissato dalla legge perché si vuole ottenere un elemento controllabile sotto il profilo della credibilità della fonte e dell'attendibilità del risultato. Le prove vietate dalla legge non possono essere utilizzate»<sup>25</sup>.

Con l'aggravante che, quando la cronaca giudiziaria scolora in uno spettacolo di intrattenimento, l'*audience* diventa uno dei più importanti punti di riferimento dell'attività dell'investigatore il quale, dunque, facilmente perde il rigore nella valutazione delle prove e dei fatti, scivolando sul crinale del colpo di scena: «da delocalizzazione, l'approssimazione conoscitiva e la presunzione di colpevolezza convergono nell'offrire una rappresentazione della giustizia penale agli antipodi della estetica giudiziaria»<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, p. 160; E. DI NUOSCIO, *Tucidide come Einstein? La spiegazione scientifica in storiografia*, Soveria Mannelli, 2004, p. 30; G. UBERTIS, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 1206. È fenomeno dell'oggi, inoltre, l'intreccio tra i dati informativi acquisiti nel processo mediatico ed in quello penale. Come accade che dati investigativi trasmigrino integralmente sui *media*, con buona pace del segreto investigativo, capita che l'inchiesta giornalistica comporti l'acquisizione di dati utili per l'accertamento processuale. Si pensi, inoltre, all'ipotesi in cui sia proprio l'apparizione televisiva a costituire oggetto di indagine nel processo penale, come è accaduto nel caso di Cogne. Come è noto, la Corte d'assise d'appello, su richiesta del pubblico ministero, aveva disposto l'acquisizione dei filmati delle trasmissioni televisive ed aveva conferito incarico ad un collegio di esperti per stabilire anche sulla base di questo materiale video l'imputabilità di Annamaria Franzoni al momento del fatto. Le operazioni peritali durante il giudizio di appello si svolgevano senza l'imputata, che ha sempre rifiutato di partecipare a qualsiasi attività. Nella sentenza di secondo grado emerge che i giudici hanno utilizzato la perizia in questione non solo ai fini dell'imputabilità, ma anche per ricostruire il movente.

<sup>26</sup> È il negativo bilancio prospettato da AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., p. 136.

3. *Conoscenza giudiziaria e conoscenza profana.* – Se fino ad ora si sono evidenziate le abissali differenze che intercorrono tra processo mediatico e processo giudiziario, merita ancora osservare come la rappresentazione mediatica sia funzionale ad essere percepita dalla collettività dei “non addetti ai lavori”, accomunata da un approccio del tutto estraneo – e a tratti antipodale – rispetto alla gnoseologia giudiziaria ispirata alla “scienza delle prove”, che, come si è visto, nella sua versione più moderna può raggiungere tratti di estrema complessità tanto da assurgere, talora, ad un concetto limite.

Se ci collochiamo nell’ottica della persona comune è addirittura banale osservare che chi sia privo degli strumenti tecnico-giuridici propri degli esperti di diritto non può comprendere appieno le operazioni probatorie e logiche compiute nel processo. A tale rilievo, che vale in generale per il processo mediatico, se ne accompagna uno specifico relativo al “processo scientifico”. Se si tiene conto delle sorprendenti acquisizioni della gnoseologia giudiziaria in tema di prova scientifica emerge l’incommensurabile differenza che intercorre tra il processo penale ed il processo mediatico. Si è dianzi evidenziato come anche all’interno del processo penale la scienza sconti la propria tecnicità e costituisca oggi il nervo scoperto della fase della valutazione giudiziale delle risultanze probatorie. Si pensi a cosa può accadere quando la conoscenza scientifica sia offerta al *quavis de populo* completamente dimentica sia di un contraddittorio effettivo sui profili tecnici, sia della propria sorte processuale: accade spesso che intere trasmissioni televisive ruotino su dati votati all’inutilizzabilità nel processo penale, o grossolanamente travisati nel loro significato probatorio quasi sempre *in malam partem*. In tale situazione è vieppiù marcato lo scollamento tra conoscenza giudiziaria e conoscenza collettiva; la prova di natura tecnologica data in pasto all’opinione pubblica, priva delle conoscenze necessarie per apprezzarla criticamente, si trasforma talora in un fin troppo efficace strumento di demagogia.



Occorre, infatti, tenere presenti le molteplici fallacie in cui cade il ragionamento popolare basato, essenzialmente, su di una conoscenza “istintuale”<sup>27</sup>. Si tratta, è appena il caso di rilevarlo, di *défaillances* ed errori che si producono a prescindere dalla “qualità” dell’informazione percepita. Banalizzando la questione, si è dinanzi a fisiologiche scorciatoie conoscitive cui l’individuo ricorre inconsciamente per colmare quelle che in realtà sono lacune informative o difficoltà di comprensione. Come è stato rilevato – con efficace sintesi dei più recenti studi nel panorama internazionale – noi tendiamo «ad attribuire credibilità ad una ricostruzione ricorrendo all’euristica della “disponibilità in memoria”, che dipende dalla facilità con cui recuperiamo dalla memoria il ricordo di eventi simili a quelli descritti o ipotizzati; altre volte all’euristica della “rappresentatività”, basata sulla somiglianza dell’evento descritto o ipotizzato a un caso tipico della sua categoria. Questo meccanismo ingenera errori piuttosto ricorrenti, quali [...] la “fallacia delle frequenze di base” (che consiste nel confondere la probabilità che un risultato si verifichi se un’ipotesi è vera con la probabilità che l’ipotesi sia vera alla luce del fatto che il risultato si è presentato) e la “fallacia della congiunzione” (e cioè l’erroneo convincimento che la probabilità che due eventi ricorrano congiuntamente sia più elevata della probabilità che ricorra uno soltanto di essi)».

Ancora, in forza della c.d. “correlazione illusoria” siamo «predisposti a notare associazioni in accordo con le credenze già formatesi e contro-predisposti a notare associazioni in contrasto con queste». Analogamente, «è assodato che nel sistema cognitivo la tendenza a notare qualcosa (un elemento positivo) è più forte della tendenza a notarne l’assenza (a notare un elemento negativo)»<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Così P. TONINI, in P. TONINI, C. CONTI, *Il processo di Perugia tra “conoscenza istintuale” e scienza del dubbio*, in *Archivio penale (web)*, 2012, n. 2, p. 12.

<sup>28</sup> Sulla questione delle c.d. distorsioni sistematiche della conoscenza, si veda O. DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in *Archivio penale*, 2011, n. 3, p. 13. L’Autrice sottolinea come le euristiche in esame si siano sviluppate per consentirci di assumere decisioni in tempi brevi. Esse risultano, dunque, indispensabili nella vita quotidiana; tuttavia, se applicate in contesti

Simili schemi sono tanto connaturati alla psiche umana da rendere elevato il rischio che il giudice stesso – per quanto istituzionalmente depositario di una conoscenza processuale tendente ad una corretta ricostruzione del fatto – possa non esserne immune<sup>29</sup>. All'evidenza, un simile pericolo si aggrava in misura esponenziale quando si tratta di giudici popolari chiamati a comporre la corte d'assise, competente a decidere proprio sulla tipologia di reati qui oggetto di interesse<sup>30</sup>.

«Questi meccanismi inconsci sono agevolati ed esaltati dalle trasmissioni televisive che tendono ad aumentare la loro *audience* per motivi di profitto. Non vi è nulla di più comodo che assecondare il modo inconscio e istintuale di ragionare della maggior parte degli ascoltatori. Ciò evidentemente incrementa gli ascolti e la conseguente raccolta pubblicitaria»<sup>31</sup>. A quella “conoscenza

---

diversi da quelli che impongono rapidità di decisione (come il contesto giudiziario), esse sono destinate a rivelarsi in molti casi sub-ottimali.

<sup>29</sup> V. ancora DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, cit., p. 12, che cita A. TVERSKY-D. KAHNEMAN, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, in *Cognitive Psychology*, 1973, 4, p. 207; ID., *Extensional versus intuitive reasoning: the conjunction fallacy in probability judgment*, in *Psychological Review*, 1983, 90, p. 547 ss. Si veda anche *Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory*, a cura di F.P. RÜDIGER, Hove (East Sussex)-New York, 2004.

<sup>30</sup> CARFAGNA, *Processo mediatico e processo giuridico*, cit., p. 304; C. MALAVENDA, *La Cassazione e le “verità” mediatiche*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 dicembre 2015, la quale sottolinea che i giudici popolari sono probabilmente più permeabili di quelli togati alle sollecitazioni ed alle suggestioni esterne.

<sup>31</sup> Ancora, TONINI, *Il processo di Perugia tra “conoscenza istintuale” e scienza del dubbio*, cit., p. 14, che così prosegue: «la mente umana ha forti limiti di percezione e di ragionamento. Una persona comune non è in grado di percepire correttamente più stimoli contemporaneamente e tende a privilegiare soltanto alcune tra le sollecitazioni che riceve. Nello stesso senso, quando occorre prendere decisioni in poco tempo, si tende a utilizzare meccanismi di semplificazione. Su di un simile assetto hanno la loro influenza i meccanismi di selezione studiati da Darwin. È proprio mediante meccanismi istintuali, ma rapidi, che l'essere umano riesce a salvarsi da pericoli che si manifestano in modo improvviso e non chiaro. Così da migliaia di anni è operando d'istinto che l'uomo riesce a salvarsi da un animale feroce o da un'insidia posta da un suo simile; altrimenti soccombe. La selezione della specie ha fatto sì che nel nostro cervello siano presenti i meccanismi inconsci sopra ricordati. Sono questi a condizionarci, se non poniamo cura nell'operare correttamente mediante ragione. E non è certo quest'ultimo l'approccio che le televisioni ed i giornali tendono a sviluppare, perché non porta una *audience* sufficiente a produrre vantaggi economici». Per il rilievo che i processi televisivi «inquinano la capacità di giudizio degli spettatori, tra i quali, nessuno ci pensa, rientrano anche i giudici, togati e popolari, di queste vicende», O. CEDRANGOLO, sostituto

profana”<sup>32</sup> che caratterizza il *quivis de populo*, privo delle categorie tecnico-giuridiche idonee a cogliere appieno le operazioni logiche che vengono compiute nel processo, si accompagna oggi, aggravando talora il marcato scollamento dalla realtà, la c.d. “conoscenza mediatica”. Si tratta di quell’informazione sul rito penale che passa attraverso la lente – a volte drammaticamente deformante – dei *mass media*, aggravando in modo esponenziale i vizi della conoscenza profana. Quest’ultima, infatti, che già di per sé tende ad operare un travisamento anche dei dati percepiti personalmente (magari assistendo alle udienze di un processo), si allontana ancora di più dalla realtà qualora muova da informazioni già filtrate dai mezzi di comunicazione di massa e altresì laddove disponga direttamente di dati relativi al fatto storico messi a disposizione dalla stampa o dalla televisione, talora di dubbia genuinità anche solo in ragione della sintesi e/o della rielaborazione e/o interpretazione che viene offerta.

Al tempo stesso, è banale rilevare che il “profano” non ha un’informazione completa sul caso, sovrapponibile a quella di cui dispone il giudice. Spesso, la collettività indistinta percepisce soltanto quei frammenti, talora alterati e magari processualmente non fruibili, che vengono divulgati dai *mass media*. Ecco perché specialmente la rappresentazione televisiva del processo penale ci ha messo più volte dinanzi ad una netta spaccatura tra l’opinione pubblica che “gridava all’assassino” all’uscita delle aule di giustizia e la motivazione di sentenze assolutorie considerate impeccabili nella lettura dei più fini giuristi. Un modo di ragionare istintuale applicato a materiale distorto, incompleto e frammentario genera una miscela esplosiva, per definizione ben lontana da quella ricerca della verità che è obiettivo tendenziale del processo penale.

---

procuratore generale nella requisitoria svolta dinanzi alla Corte di cassazione nel “caso Garlasco”.

<sup>32</sup> Sulle caratteristiche della conoscenza comune, DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, cit., p. 15.

Certo, lo iato tra processo giudiziario, processo mediatico e conoscenza profana si restringe assai laddove nel rito penale si applichi il metodo, dianzi criticato, della “convergenza del molteplice”. Eliminando le barriere tecnico-giuridiche preposte a tutelare il processo dagli elementi scientificamente viziati – essenzialmente un autentico contraddittorio tra gli esperti, la motivazione rafforzata e il metodo dell’“al di là del ragionevole dubbio” – il giudice applica un metodo conoscitivo che assomiglia molto all’approccio intuitivo della persona comune ed a quello distorto del processo mediatico inteso nella sua accezione deteriore. E, purtroppo, molto spesso anche le conclusioni cui conducono i tre saperi appena menzionati sono le stesse. Nessuno di essi possiede gli strumenti per espungere le prove scientifiche raccolte in modo scorretto neutralizzando il rischio – storicamente ricorrente nel processo penale – che il sonno della ragione generi il mostro dell’errore giudiziario<sup>33</sup>.

4. *Le nuove norme in tema di comunicazione giudiziaria.* – È su questo quadro che deve essere collocata la recente riforma volta a garantire la presunzione di innocenza (d.lgs. n. 188 del 2021). Detta disciplina, approvata in attuazione della Direttiva europea 2016/343, è diretta a regolare essenzialmente la c.d. comunicazione giudiziaria e cioè il modo in cui le notizie relative ad un procedimento penale in corso vengono diffuse all’esterno dalle autorità pubbliche. La riforma ha investito, da un lato, la tecnica di redazione degli atti processuali (si pensi all’introduzione dell’art. 115-*bis* c.p.p.) e, da un altro lato, la diffusione di notizie inerenti al processo penale sia ad opera del pubblico ministero, sia ad opera della polizia giudiziaria (art. 5 d.lgs. 106 del 2006 che ha regolato i rapporti con gli organi di informazione e le condizioni per l’utilizzo degli strumenti dei comunicati e delle conferenze stampa).

---

<sup>33</sup> La bella metafora, applicata al nostro rito, è di P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2020, p. 7.

Anche se da più parti si era rilevato come la Direttiva (riconducibile al c.d. "pacchetto delle direttive di Stoccolma") si limitasse a tracciare norme minime, soprattutto in ragione del fatto che tale strumento mira ad individuare un comune denominatore europeo, si è dinanzi ad affermazioni di sicuro peso nella materia che ci occupa<sup>34</sup>.

È bene chiarire che la disciplina in esame si riferisce non alla patologia consistente nella violazione impunita del segreto d'ufficio con conseguente illecita pubblicazione sulla stampa di notizie e atti segreti.

Si ha riguardo, piuttosto, ad un'altra patologia che affligge quella vera e propria rappresentazione mediatica del processo effettuata dalle stesse autorità pubbliche (usando la nozione autonoma della Direttiva al Considerando n. 17, testualmente ripresa dal decreto legislativo)<sup>35</sup>. Si delinea il tema dei rapporti delle procure (ma anche delle forze di polizia) con la stampa, collocato sul crinale sottile e insidioso che separa la cronaca giudiziaria dal processo mediatico. Superfluo il riferimento a dinamiche e vicende alle quali assistiamo quotidianamente: la degenerazione è la retorica colpevolista della stampa che dà la clamorosa notizia dei successi del pubblico ministero e della polizia giudiziaria qualche volta a poche ore di distanza dal fatto che ha scosso l'opinione

---

<sup>34</sup> Quanto all'*iter* che ha condotto all'approvazione del d.lgs. n. 188 del 2021, gli antefatti sono noti: una prima delega per il recepimento della Direttiva, contenuta nella legge 25 ottobre 2017, n. 163, non era stata attuata e nel 2018 l'Italia – ma lo stesso è accaduto anche in altri Paesi europei – aveva trasmesso alla Commissione europea la tabella di concordanza recante il testo delle norme nazionali vigenti, che consentivano di ritenere che l'ordinamento nazionale fosse già conforme rispetto alle previsioni della Direttiva. Il 31 marzo 2021 la Commissione europea ha presentato la prima relazione sullo stato di attuazione della Direttiva e – pur senza riferimenti espliciti alle normative di singoli Stati – ha dato un giro di vite alla necessità di attuare gli artt. 4 (dichiarazioni delle autorità pubbliche), 5 (sottoposizione a mezzi di coercizione fisica) e 10 (rimedio processuale in caso di violazione) (doc. COM (2021) 144 *final*); così la legge 22 aprile 2021, n. 53 ha delegato il Governo ad attuare la Direttiva al fine di prevenire una eventuale procedura di infrazione nei confronti dell'Italia.

<sup>35</sup> Su tale nozione, G.M. BACCARI, *In Gazzetta il D.lgs. 188/2021 sulla presunzione di innocenza*, in *Quotidiano giuridico*, 30 novembre 2021, p. 4.

pubblica<sup>36</sup>. Ci si trova di fronte alla “genesì ufficiale” dell’informazione e si pongono problemi di *quomodo* direttamente alla fonte. Prima ancora, risalendo la catena, viene in gioco la tecnica di redazione degli atti processuali e dunque si va a lambire la presunzione di innocenza nella sua accezione più classica e più squisitamente interna al processo penale.

5. *Le linee guida del CSM.* – È importante ricordare come nel luglio 2018 il CSM avesse approvato linee guida estremamente significative sul tema della comunicazione giudiziaria<sup>37</sup> dando vita, peraltro, ad una *soft law* sostanzialmente disapplicata<sup>38</sup>.

Ebbene, in quella circolare vi erano già significativi anticorpi per evitare degenerazioni e si affermavano vigorosamente i principi di oggettività, trasparenza e comprensibilità dell’azione della magistratura, chiamata a comunicare direttamente il proprio operato (la c.d. “comunicazione proattiva”) evitando la diffusione di notizie incomplete o imprecise e le conseguenti mistificazioni, come pure la personalizzazione delle informazioni e l’espressione di giudizi di valore su persone o eventi e la creazione di un rapporto privilegiato con esponenti dei *media*.

---

<sup>36</sup> A. SPATARO, *Comunicazione della giustizia sulla giustizia. Come non si comunica*, in *Questione giustizia*, 2018, p. 294 ss.

<sup>37</sup> Delibera 11 luglio 2018 recante “Linee-guida per l’organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale” adottata a compimento di un’attività di studio affidata a una commissione mista di giuristi e di esperti della comunicazione. Si ricorda come Giovanni Canzio, che ha coordinato il relativo gruppo di lavoro, da Presidente della Corte di Cassazione avesse già speso parole forti e chiare nell’inaugurazione dell’anno giudiziario 2017: si veda G. CANZIO, *Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione per l’apertura dell’anno giudiziario*, in *Cassazione penale*, 2017, p. 454 ss., §7, intitolato *Le distorsioni del processo mediatico*.

<sup>38</sup> Si veda M. BASILICO, *La giurisdizione è esercizio di democrazia solo se sia conosciuta e comprensibile*, in *Giustizia insieme*, 13 luglio 2021, p. 9 ss. Nel senso che di alcuni dei principi dedotti nelle linee guida è ben possibile tentare di assicurare la reale condivisione e l’uniforme applicazione riducendo i margini della scivolosa dimensione di informalità che abitualmente caratterizza i rapporti con i *media*, G. MELILLO, *La comunicazione dell’ufficio del pubblico ministero*, in *Giustizia insieme*, 1° giugno 2021, p. 10.

Si distingueva tra doveri nei confronti degli individui tutti e doveri di matrice processuale, ricordando espressamente tra questi ultimi il diritto dell'imputato di non apprendere dalla stampa quanto dovrebbe essergli comunicato preventivamente in via formale, oltre al dovere del pubblico ministero di rispettare le decisioni giudiziarie, contrastandole non nella comunicazione pubblica, bensì nelle sedi processuali proprie<sup>39</sup>.

Si faceva riferimento ai principi di chiarezza, sinteticità e tempestività della comunicazione. Come è ormai assodato dagli studi specifici, «la comunicazione che funziona meglio è quella che tiene conto dell'interlocutore più debole, non di quello più capace»<sup>40</sup>. Il tutto, armonizzando le forme di comunicazione delle varie sedi, sul presupposto che la capacità di comunicazione sia una componente fondamentale della professionalità del magistrato. Infine, si richiamava il principio secondo cui la esternazione deve essere imparziale, equilibrata e misurata anche quando ha ad oggetto l'atto di accusa e non solo quando riguarda provvedimenti giurisdizionali.

6. *Il decreto legislativo n. 188 del 2021*. – A fronte della quasi totale impermeabilità della prassi rispetto a tali eloquenti indicazioni, la spinta europea è divenuta ineludibile ed ha caricato il decreto legislativo di un forte valore simbolico<sup>41</sup>. Viene in gioco il principio di imparzialità dell'agire della

---

<sup>39</sup> Nelle linee guida si coglie un riferimento al rispetto della dignità della persona, indagata, imputata, o vittima del reato mentre nella Direttiva mancano riferimenti alla dignità. Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La problematica attuazione della direttiva UE 2016/343 sulla presunzione di innocenza*, in *Giustizia insieme*, 3 settembre 2021, p. 9, che invece ricorda come nelle fonti in materia tale profilo sia sempre ricordato.

<sup>40</sup> Così, V. GHENO, *Potere alle parole*, Torino, 2019, p. 153 (citato anche da M. BASILICO, *Perché gli uffici possono e debbono comunicare ai cittadini*, in *Giustizia insieme*, 13 luglio 2021, p. 9).

<sup>41</sup> Scettico sull' idoneità delle nuove norme ad orientare la prassi, L. FILIPPI, *Quale presunzione di innocenza?*, in *Penale. Diritto e procedura*, 11 novembre 2021. Sulla disciplina GIUS. AMATO, *Divieto di presentare come "colpevole" la persona che è sottoposta ad indagine*, in *Guida al diritto*, 2021, 48, p. 44; F. PORCU, *L'adeguamento della normativa nazionale alla direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza*, in *Il Penalista*, 9 dicembre 2021, p. 4.

giurisdizione che oggi volutamente si estende, nell'accezione più nobile ed ampia, anche alla magistratura inquirente. Senza voler ripercorrere nel dettaglio la disciplina di recente conio, è interessante notare nella presente sede che il decreto interviene su tre fronti regolati in ordine cronologico inverso<sup>42</sup>.

Anzitutto, ci si occupa delle dichiarazioni delle autorità pubbliche, regolando il modo in cui la persona sottoposta al procedimento viene rappresentata all'esterno e, in particolare, vietando che essa sia indicata come colpevole prima della decisione definitiva (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 188/2021)<sup>43</sup>.

A tal proposito, merita richiamare il *caveat* rivolto ad altro proposito da Glauco Giostra con uno sferzante monito sulla necessità di non cambiare solo il linguaggio ma anche i «moduli comunicativi»<sup>44</sup>: a ben vedere, il problema non è esclusivamente il “lessico” utilizzato, ma anche “cosa si vuole comunicare” e, più a ritroso, “cosa si pensa”. Prima ancora della terminologia utilizzata è il senso dell'espressione a dover rispettare la presunzione di innocenza (si pensi, in

---

<sup>42</sup> Si veda G. SPANGHER, *Un'informazione sui processi nel rispetto delle garanzie*, in *Guida al diritto*, 2021, 48, p. 37.

<sup>43</sup> G. GIOSTRA, *Primi spunti per una più efficace comunicazione delle ragioni della Giustizia penale*, in *Giustizia insieme*, 4 dicembre 2019, ricorda, nell'ambito delle scelte di “ecologia del linguaggio”, la Circolare 31 marzo 2017 con cui il Capo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia invitava le direzioni competenti a «intraprendere tutte le iniziative necessarie al fine di dismettere nelle strutture penitenziarie, da parte di tutto il personale, l'uso sia verbale che scritto, della terminologia infantilizzante e diminutiva» che caratterizza il gergo corrente all'interno degli istituti penitenziari. Nel senso che il concetto di “autorità pubbliche”, nella sua generalità, sia idoneo a ricomprendere anche le autorità giudiziarie, non solo requirenti, *Relazione dell'ufficio del massimario*, n. 6 del 2022, p. 22. Scettico sulla portata precettiva del riferimento alla “indicazione come colpevole”, E. ALBAMONTE, *Presunzione di innocenza e comunicazione giudiziaria. Il d.lgs. n. 188/2021*, in *Il Penalista*, 17 gennaio 2022, p. 2.

<sup>44</sup> GIOSTRA, *Primi spunti per una più efficace comunicazione*, cit., p. 3 che, sia pure ad altro proposito, prospetta il seguente esempio: facciamo l'esperimento di apportare alla frase “quel criminale deve marcire in galera” gli opportuni adeguamenti linguistici imposti dal c.d. “*person-first language*”. La frase diventa “quella persona coinvolta con la giustizia penale deve marcire in galera”, l'indecenza del messaggio non viene meno, perché non era nella parola “criminale”, bensì nell'auspicio. Proviamo, allora, a riformulare l'intera frase con espressioni meno rozze: “sarebbe bene che l'accusato di questo delitto venga condannato e che sconti la pena in carcere, nell'assoluta inedia, sino all'ultimo giorno”. L'auspicio, pur dopo il *restyling*, resterebbe inaccettabile, «ma il problema non è deprecarlo, bensì disinnescarlo culturalmente» (ivi, p. 4).



proposito, al tema dei c.d. “addebiti suggestivi”). In caso di violazione di tali prescrizioni il decreto legislativo – ribadita l’applicabilità della tutela penale, disciplinare e risarcitoria – allestisce il rimedio della richiesta di rettifica cui l’autorità, che ha reso la dichiarazione, deve dare luogo entro quarantotto ore con lo stesso risalto con il quale la violazione della presunzione di innocenza è stata perpetrata (art. 2, comma 2 ss., d.lgs. n. 188/2021)<sup>45</sup>. Se l’istanza di rettifica non è accolta o se la rettifica non rispetta tali modalità, è previsto un ricorso in via d’urgenza (*ex art. 700 c.p.c.*) al tribunale che può ordinare la pubblicazione della rettifica (art. 2, comma 5, d.lgs. n. 188/2021)<sup>46</sup>.

La seconda linea di intervento riguarda specificamente la comunicazione mediatica di informazioni inerenti ad un processo penale. Si è interpolato l’art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 106 del 2006, dedicato ai rapporti delle procure con la stampa – a mente del quale, come è noto, il procuratore della Repubblica mantiene personalmente, ovvero tramite un magistrato dell’ufficio appositamente delegato, i rapporti con gli organi di informazione<sup>47</sup> – precisando che ciò avviene esclusivamente tramite comunicati ufficiali oppure nei casi di particolare rilevanza pubblica dei fatti, tramite conferenze stampa. La determinazione di procedere a conferenza stampa è assunta con atto motivato in ordine alle «specifiche» ragioni di interesse pubblico che la giustificano ed

---

<sup>45</sup> G.P. VOENA, *Processo penale e mezzi di comunicazione di massa*, in [http://www.processopenaleegiustizia.it/Article/Archive/index\\_html?idi=-1&idu=-1&idn=7&ida=164](http://www.processopenaleegiustizia.it/Article/Archive/index_html?idi=-1&idu=-1&idn=7&ida=164), 2017, consultato il 20.12.2022, p. 9, ipotizza una conferenza stampa della difesa pur rilevando l’impraticabilità di una proposta che desterebbe sconcerto nell’opinione pubblica.

<sup>46</sup> Sulla difficoltà di utilizzare il rimedio della rettifica per sottoporre a controllo la correttezza di una espressione a carattere valutativo, BACCARI, *In Gazzetta*, cit., p. 4 che concorda con G. CANESCHI, *Processo penale mediatico e presunzione di innocenza*, in *Archivio penale (web)*, 29 ottobre 2021, p. 15, nel rilevare come nessun obbligo di rettifica sia imposto agli organi di informazione che abbiano diffuso le dichiarazioni delle autorità pubbliche. In tal senso, *Relazione dell’ufficio del massimario*, n. 6 del 2022, p. 23 cui si rinvia anche per l’evidenziazione di una serie di criticità dei rimedi previsti dalla disciplina di recente conio (ivi, pp. 24-25).

<sup>47</sup> Sulla delicatezza dell’ipotesi in cui i sostituti partecipino a “momenti informativi esterni”, *Relazione dell’ufficio del massimario*, n. 6 del 2022, p. 35.

assume quindi un carattere di eccezionalità<sup>48</sup>.

In ogni caso, il nuovo comma 2-*bis* precisa che la diffusione all'esterno di informazioni sui procedimenti penali è consentita solo quando è strettamente necessaria per la prosecuzione delle indagini o ricorrono altre specifiche ragioni di interesse pubblico. Con riferimento a siffatti requisiti, occorre ricordare i principi di ragionevolezza e proporzionalità di cui al Considerando n. 18 della Direttiva ove si precisa, altresì, che le modalità ed il contesto di tale diffusione non devono dare l'impressione di un giudizio anticipato di colpevolezza. Si tratta, all'evidenza, di concetti il cui contenuto è di difficile predeterminazione ed appare ontologicamente destinato ad essere implementato nella prassi, con elevato rischio di orientamenti difformi<sup>49</sup>.

Il citato comma 2-*bis*, con previsione opportuna ed apprezzabile, stabilisce che le informazioni sui procedimenti in corso sono fornite in modo da chiarire la fase in cui il procedimento pende<sup>50</sup> e da assicurare, in ogni caso, il diritto della

---

<sup>48</sup> Cfr. ALBAMONTE, *Presunzione di innocenza*, cit., p. 4 il quale rileva altresì la possibilità che il timore di incorrere in siffatte sanzioni inibisca la comunicazione giudiziaria con l'effetto di ritorno rappresentato dal rischio di alimentare ulteriormente la circolazione non ufficiale di notizie (ivi, p. 5). Nel senso che si sarebbe potuto propulsare le conferenze verso stadi avanzati delle indagini preliminari con un occhio anche al numero massimo di autorità partecipanti, al fine di evitare le frequenti forme pletoriche, BACCARI, *In Gazzetta*, cit., p. 5. Sul dibattito in seno al CSM sfociato poi nel parere del *plenum* del 3 novembre 2021, *Relazione dell'ufficio del massimario*, n. 6 del 2022, p. 32.

<sup>49</sup> In proposito, si veda il Parere del CSM, 3 novembre 2021, 38/PA/2021, 11, secondo cui, per un verso, la stretta necessità per la prosecuzione delle indagini ricorre quando la divulgazione è diretta a vagliare la reazione di una o più persone soggette ad intercettazione, ovvero a sollecitare la collaborazione ed il rilascio di informazioni da parte di una comunità ove un fatto si è verificato, salvo il controllo del procuratore, affiancato dal sostituto, sulla necessità di evitare che la comunicazione sia disfunzionale rispetto alle esigenze investigative; per un altro verso, le ragioni di interesse pubblico appaiono richiamare valutazioni di opportunità rimesse al solo Procuratore e dunque inevitabilmente influenzate dalla sua sensibilità culturale. Ad avviso di G.M. BACCARI, *Le nuove norme sul rafforzamento della presunzione di innocenza dell'imputato*, in *Diritto penale e processo*, 2022, n. 2, p. 163 interpretazioni volte ad intendere estensivamente i requisiti in oggetto rischiano di porsi in contrasto con quella che è la finalità avuta di mira dal legislatore.

<sup>50</sup> Tale informazione, ove non si riduca al mero testuale riferimento all'autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento, può contribuire a formare nella pubblica opinione la comprensione del reale valore della presunzione di innocenza (BRUTI LIBERATI, *La*

persona sottoposta alle indagini e dell'imputato a non essere indicati come colpevoli fino alla decisione definitiva. In presenza di stretta necessità o di specifiche ragioni di interesse pubblico, il procuratore della Repubblica può autorizzare gli ufficiali di polizia giudiziaria a fornire tramite comunicati ufficiali, oppure tramite conferenze stampa, informazioni sugli atti di indagine compiuti o ai quali hanno partecipato (comma 3-*bis*). C'è da aspettarsi che la prassi operativa finirà per attecchire sulle pratiche consolidate in materia di rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria e, dunque, potrà apparire non omogenea sul territorio. Con riferimento a tutti i comunicati stampa ed a tutte le conferenze stampa è stato introdotto il felice divieto di assegnare ai procedimenti pendenti «denominazioni lesive della presunzione di innocenza» (comma 3-*ter*)<sup>51</sup>. L'adempimento dei doveri stabiliti dall'art. 5 d.lgs. 106 del 2006 è posto sotto la vigilanza del procuratore generale presso la Corte di appello (art. 6, comma 1, d.lgs. n. 106 del 2006 così come interpolato dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 188/2021)<sup>52</sup>.

Rientra nel medesimo ambito tematico la modifica dell'art. 329, comma 2, c.p.p. sul potere di “desecretazione” del pubblico ministero, circoscritto alle

---

*problematica attuazione della direttiva*, cit., p. 9). Rileva, peraltro, BACCARI, *In Gazzetta*, cit., p. 5, che se la sensibilità giuridica dell'opinione pubblica fosse così elevata da cogliere tecnicismi del genere, gli effetti pregiudizievoli del processo mediatico non esisterebbero da tempo. Pone l'accento sulla necessità che l'opinione pubblica colga la transitorietà degli eventuali provvedimenti cautelari adottati, Parere del CSM, 3 novembre 2021, cit.

<sup>51</sup> *A contrario*, la norma sembra legittimare che all'inchiesta sia comunque attribuita una denominazione, purché non lesiva della presunzione di innocenza. In tal senso, BACCARI, *In Gazzetta*, cit., p. 6, secondo cui preferibile sarebbe stato imporre l'esclusivo riferimento al numero del registro delle notizie di reato. Sotto altro profilo, il medesimo Autore sottolinea come, per contro, per gli organi di stampa non ci sia alcun divieto di utilizzare denominazioni lesive della presunzione di innocenza, anche se «l'uso di espressioni vietate alle autorità pubbliche potrebbe aumentare l'esposizione del giornalista al rischio di azioni legali nei suoi confronti».

<sup>52</sup> Spesso le dichiarazioni più improvide vengono rilasciate a margine della conferenza stampa quando l'incalzare delle domande incrina il programma delle dichiarazioni preparato a tavolino. Così, BASILICO, *Perché gli uffici giudiziari possono e debbono comunicare ai cittadini l'attività giudiziaria*, cit., p. 6.

ipotesi in cui ciò sia “strettamente necessario” per la prosecuzione delle indagini<sup>53</sup>.

Già nel momento in cui lo schema di decreto legislativo era stato trasmesso alle Camere, non era mancato chi aveva rilevato che la disciplina avrebbe potuto andare a toccare il diritto della collettività ad essere informata su come la giustizia è amministrata. È appena il caso di rilevare che si tratterà di vedere come saranno interpretate in concreto queste norme, con particolare riguardo ai bilanciamenti che si scaricheranno sull'avverbio “strettamente” cui si fa più volte ricorso<sup>54</sup>. Poiché si è dinanzi ad una materia destinata ad essere gestita a livello di prassi operative delle procure, alla stessa stregua di quanto è accaduto in passato per problematiche di particolare delicatezza, si sta già registrando un proliferare di linee guida che portano il segno delle differenti sensibilità in merito alle questioni in esame. Al fine di scongiurare gli effetti deleteri collegati al formarsi di orientamenti difformi, si rende forse opportuno un intervento della Procura generale che ha già avuto occasione di esprimersi con riguardo a tematiche caratterizzate da forti profili di criticità e di persistente discrezionalità<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Sulla questione della pubblicazione di immagini di persone limitate nella libertà personale ad esempio al momento dell'arresto, si veda BRUTI LIBERATI, *La problematica attuazione della direttiva UE 2016/343*, cit., p. 4. Sul punto, in realtà vi sono norme interne (cfr. art. 114, comma 6-bis c.p.p.). In proposito, si ricorda la circolare emanata dal procuratore di Napoli Giuseppe Melillo il 19 dicembre 2017 avente ad oggetto la “Diffusione o pubblicazione di immagini di persone tratte in arresto o sottoposte a fermo di polizia giudiziaria”. Merita precisare che il d.lgs. n. 188 del 2021 ha interpolato l'art. 474 c.p.p. stabilendo che l'adozione di cautele per limitare la libertà personale dell'imputato nel corso dell'udienza dibattimentale è disposta dal giudice, sentite le parti, con ordinanza che è revocata quando cessano i motivi del provvedimento (nuovo comma 1-bis). La medesima norma precisa che è comunque garantito il diritto dell'imputato e del difensore di consultarsi riservatamente, anche attraverso l'impiego di strumenti tecnici idonei, ove disponibili.

<sup>54</sup> F.C. PALAZZO, *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 3, p. 142, pur ribadendo la preferibilità di un sistema in cui sia la legge ad individuare *in via presuntiva* il discrimine tra atti segreti e atti pubblicabili come accade per l'art. 329 prima parte c.p.p., rileva come, in linea di fatto, l'individuazione in concreto degli atti segreti finisca per avvenire sulla base di una valutazione *ad hoc* del pubblico ministero.

<sup>55</sup> Si vedano le considerazioni di F.C. PALAZZO, *Un limite o un sostegno per le Procure della Repubblica? Due parole a proposito degli “Orientamenti per gli Uffici di Procura” forniti dalla*

È interessante rilevare, invece, come al momento non abbia avuto seguito la questione dell'accesso diretto della stampa agli atti non più segreti (esperibile attraverso l'art. 116 c.p.p.): come è noto, tale prospettiva faceva perno sul superamento dell'irragionevole distinzione tra "atto" e "contenuto" di cui all'art. 114 c.p.p.<sup>56</sup>. Si era detto che una simile disciplina avrebbe evitato il c.d. "mercato nero della notizia", annullando il rischio che il cronista dovesse «confidare nella benevolenza degli inquirenti, di un avvocato, degli investigatori o del funzionario di turno», situazione che «non consente un rapporto paritario con la fonte». Tra i vantaggi dell'accesso diretto ci sarebbe stata la riduzione dei rischi «di rapporti poco chiari con le fonti o di manipolazione che possono derivare da un accesso privilegiato ai documenti d'indagine»<sup>57</sup>. In verità, una simile disciplina avrebbe rimediato ad alcune storture ma non sarebbe stata comunque sufficiente, perché avrebbe consegnato alla stampa materiale difficile da gestire, che si sarebbe prestato a manipolazioni senza un filtro tecnico sugli atti processuali, il tutto con buona pace del principio di separazione delle fasi processuali e della neutralità psichica del giudice, ma anche della riservatezza di informazioni, pur contenute all'interno di atti pubblicabili, ma non pertinenti all'accertamento processuale (profilo, questo, che ha assunto un rilievo specifico nella sofferta riforma delle intercettazioni).

Risalendo ancora, lo schema di decreto legislativo mostra un terzo fronte di intervento che riguarda, a monte, la tecnica di redazione degli atti processuali anch'essa adeguata al rispetto della presunzione di innocenza (art. 115-bis

---

*Procura Generale presso la Cassazione*, in <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/palazzo-orientamenti-uffici-procura-generale-cassazione?out=print>, 7 ottobre 2020.

<sup>56</sup> Così, PALAZZO, *Note sintetiche*, cit., p. 142. Favorevole a tale impostazione, MELILLO, *La comunicazione*, cit., p. 12.

<sup>57</sup> D. STASIO, *Intercettazioni (e non solo): la sfida dell'accesso diretto dei giornalisti agli atti depositati non più segreti*, in *Questione giustizia*, 6 luglio 2017. In senso contrario rispetto a tale possibilità, Procura Generale della Corte di cassazione *Orientamenti in materia di comunicazione istituzionale su procedimento penali*, 8 aprile 2022, p. 5.

c.p.p.)<sup>58</sup>. Sul punto è da condividere il rilievo di chi paventa il rischio di incentivare un'interpretazione burocratica e difensiva della presunzione di innocenza che si traduca in formule di stile cautelative e dunque è estremamente utile il richiamo a quanto dianzi sottolineato in merito alla necessità di lavorare sulla cultura dei contenuti prima ancora che sui moduli comunicativi<sup>59</sup>.

Si profila una delicata distinzione tra tipologie di atti dal sapore piuttosto bizantino, la cui implementazione contenutistica appare rimessa all'interprete<sup>60</sup>. Una prima categoria ricomprende i provvedimenti del giudice volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato e gli atti del pubblico ministero volti a dimostrare la colpevolezza, in relazione ai quali non è previsto il divieto di indicare come colpevole l'indagato o l'imputato (art. 115-*bis*, comma 1, secondo periodo, c.p.p.); se per il giudice è scontato il riferimento alla sentenza di condanna, con riferimento agli atti del pubblico ministero, si pensi, in via esemplificativa, alla richiesta di rinvio a giudizio e in generale agli atti di esercizio dell'azione penale (v. Considerando n. 16 della Direttiva), ma anche alla richiesta di misure cautelari<sup>61</sup>. Una seconda categoria è costituita dagli atti che presuppongono la valutazione di prove, dove i riferimenti alla colpevolezza sono limitati alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le

---

<sup>58</sup> Parla di «registro linguistico “interno”» BACCARI, *In Gazzetta*, cit., p. 3.

<sup>59</sup> BRUTI LIBERATI, *La problematica attuazione della direttiva*, cit., p. 10.

<sup>60</sup> Stigmatizza l'eccessivo appiattimento sul linguaggio della Direttiva (art. 4, par. 1) che, peraltro, non appare consentaneo alla disciplina normativa di recente conio, *Relazione dell'ufficio del massimario*, n. 6 del 2022, p. 42.

<sup>61</sup> Nel senso che in tale categoria rientri l'impugnazione contro la sentenza di assoluzione BACCARI, *In Gazzetta*, cit., p. 6, secondo cui non è chiaro se nella «enigmatica» espressione rientri altresì l'avviso di conclusione delle indagini. Nel senso che una interpretazione rigorosa in merito agli atti del pubblico ministero porterebbe a ricomprendere nella categoria in esame soltanto la requisitoria, ALBAMONTE, *Presunzione di innocenza*, cit., p. 6. Malgrado la dizione “provvedimenti”, utilizzata dall'art. 115-*bis*, commi 1 e 2 c.p.p., sembri riferirsi soltanto ad atti “decisori” in senso stretto, il senso complessivo della disposizione, come pure il riferimento agli “atti” del pubblico ministero quale partizione interna alla predetta categoria (art. 115-*bis*, comma 1, ultimo periodo), sembra confermare la possibilità di attribuire al termine “provvedimenti” il significato più generico di “atti”. Naturalmente, l'ambiguità terminologica contribuisce ulteriormente ad accentuare la complessità esegetica della norma in esame.

altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento. In tale partizione, paiono potersi iscrivere numerose decisioni del giudice, prima tra tutte l'ordinanza cautelare (e in generale ogni decisione adottata nel procedimento *de libertate*)<sup>62</sup>, ma anche la richiesta e il decreto autorizzativo delle intercettazioni e ogni altro provvedimento che effettui una valutazione interinale delle prove non finalizzata ad una pronuncia di merito sulla responsabilità penale (v. Considerando n. 16 della Direttiva)<sup>63</sup>. Nell'ultima categoria, che si determina al netto della classificazione appena prospettata, paiono confluire tutti gli altri provvedimenti meramente procedurali ai quali si applica in tutta la sua estensione il divieto di indicare come colpevole l'indagato o l'imputato fino a quando la colpevolezza non sia accertata con sentenza definitiva. Si tratta all'evidenza di provvedimenti nei quali una valutazione di colpevolezza sarebbe un "fuori tema" in relazione alla natura ed alla finalità dell'atto e dunque si sostanzierebbe in una schietta e gratuita violazione della presunzione di innocenza. Si può immaginare, in proposito, l'ordinanza di proroga delle indagini preliminari, oppure l'ordinanza con la quale il giudice si pronuncia sull'ammissione delle prove; allo stesso modo, dal lato del magistrato requirente

---

<sup>62</sup> Al di là delle difficoltà interpretative derivanti dalle nuove complesse distinzioni, sottolinea P. FERRUA, *La direttiva europea sulla presunzione di innocenza e i provvedimenti cautelari*, in <https://ilpenalista.it/articoli/focus/la-direttiva-europea-sulla-presunzione-di-innocenza-e-i-provvedimenti-cautelari>, 27 ottobre 2021, p. 3, come, rispetto alla decisione sul merito, nei provvedimenti cautelari non cambi lo standard probatorio (sempre costituito dall'al di là del ragionevole dubbio) ma la proposizione da provare: non la colpevolezza ma la "probabile colpevolezza".

<sup>63</sup> In proposito, può essere utile ricordare alcune pronunce della Corte di giustizia che hanno avuto importanti esiti esegetici sulle norme della Direttiva: in tali arresti si è avvertita la necessità di effettuare chiarificazioni in materia di decisioni *de libertate* affermando che la decisione sul mantenimento della custodia cautelare non può essere qualificata come una decisione giudiziaria che si pronuncia sulla colpevolezza dell'imputato (Corte di Giustizia, Sez. I, sentenza 19 settembre 2018, causa C-310/2018, c.d. caso Milev I e Corte di Giustizia, Sez. I, sent. 28 novembre 2019, C-653/19, PPU, c.d. caso DK. V. anche Corte di Giustizia, Sez. I, ord. 12 febbraio 2019, causa C-8/2019). La Corte si è altresì pronunciata sulla decisione di "patteggiamento" in cui i cenni ad altre persone ancora sotto processo devono dar conto espressamente di tale situazione aggiungendo espressioni come "sarà giudicato separatamente" (Corte di Giustizia, Sez. II, sentenza 5 settembre 2019, causa C-377/18, c.d. caso A.H.).

– al netto delle ambiguità derivanti dall’uso del termine “provvedimento” – è possibile menzionare la richiesta di ammissione delle prove o l’istanza di incidente probatorio<sup>64</sup>. Ma la scarsa chiarezza della tassonomia normativa emerge laddove si faccia riferimento a provvedimenti come l’ordinanza con la quale il giudice dispone l’imputazione coatta che si fa fatica a collocare anche procedendo per esclusione<sup>65</sup>.

Eppure, la nuova disciplina collega effetti giuridici forti alla predetta partizione – pur così sfumata – giacché stabilisce che soltanto in caso di violazione del divieto di indicare l’imputato come colpevole nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale che non presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza (art. 115-*bis*, comma 1)<sup>66</sup> opera il rimedio della richiesta di correzione. Quest’ultima deve essere presentata al giudice che procede o al giudice per le indagini preliminari nel corso di tale fase (anche quando l’atto è stato emesso dal pubblico ministero) che provvede con decreto motivato, da notificarsi all’interessato, alle altre parti ed al pubblico ministero. Questi ultimi, nei dieci giorni successivi, possono presentare opposizione al presidente del tribunale o della corte che decide con decreto motivato senza formalità di procedura. Qualora si tratti di un provvedimento emesso dal presidente del tribunale o della corte d’appello vengono richiamate le disposizioni sull’astensione del giudice (art. 36, comma 4, richiamato dall’art. 115-*bis*, comma 4). La specifica attenzione al profilo dei rimedi deriva, oltre che dai dettami della

---

<sup>64</sup> In proposito, si veda il Parere del CSM, 3 novembre 2021, cit.

<sup>65</sup> Per un’ampia ricognizione della giurisprudenza della Corte europea sul linguaggio da utilizzare negli atti giudiziari al fine di non stigmatizzare la persona sottoposta al procedimento, *Relazione dell’ufficio del massimario*, n. 6 del 2022, p. 43 e segg.

<sup>66</sup> Nel senso che in tale alveo debbano ricadere anche le ordinanze cautelari che il comma 2 disciplina autonomamente, sia pure ritagliandole all’interno della categoria generale delineata dal comma 1, BACCARI, *In Gazzetta*, cit., p. 7.



Direttiva, dalle condizioni apposte ai pareri espressi dalle Commissioni Giustizia della Camera e del Senato sullo schema di decreto legislativo.

Occorre tenere presente come non sia la prima volta che ci troviamo dinanzi a norme “didattiche”. Abbiamo l’esperienza recente della riforma delle intercettazioni che ha disciplinato le modalità con le quali deve farsi riferimento alle captazioni foniche nella richiesta cautelare e nell’ordinanza applicativa, in ragione della pubblicabilità di quest’ultima. Ma si può ricordare anche la modifica dell’art. 546, lett. e, c.p.p. apportata dalla riforma Orlando. E, prima ancora, volendo cogliere una linea di continuità, si può pensare ai ripetuti interventi sull’ordinanza cautelare attuati con la legge n. 47 del 2015 e, più indietro, con le vigorose interpolazioni della legge n. 332 del 1995. Si coglie in questi interventi l’intento di normare sulla tecnica di redazione degli atti, giungendo a lambire talora anche le modalità espressive, non in via di *soft law* (come sta accadendo negli ultimi anni per le linee guida adottate a vari livelli istituzionali e volte ad attuare i principi di chiarezza, esaustività e sinteticità della motivazione) ma con la via meno “eterea” della c.d. *hard law*. D’altronde, nella materia che ci occupa, la questione affrontata dal decreto legislativo è cruciale: se è utopistica l’idea del magistrato che parla solo attraverso i suoi atti, è chiaro che se essi sono ben scritti la comunicazione giudiziaria non nasce distorta in partenza.

7. *Un cerchio che non si quadra.* – Giunti a questo punto della trattazione viene da chiedersi se una piena attuazione dell’etica della comunicazione processuale possa considerarsi idonea a risolvere ogni problema legato alle storture del processo mediatico. In proposito, il pessimismo della ragione induce ad una scontata risposta negativa: nell’indagine preliminare gli spazi di contraddittorio sono ridotti e, se si verificano, vi è una notevole sfasatura temporale rispetto al clamore della notizia. Il dibattito, poi, è destinato a svolgersi in un momento ancora più lontano in cui l’interesse mediatico appare quasi del tutto scemato. Si tratta di una distanza temporale inevitabile anche in

un sistema idilliaco, sol che ci si limiti a constatare che il ragionevole dubbio come paradigma di metodo, attuato attraverso il tentativo di falsificazione nel contraddittorio dibattimentale, richiede un tempo fisiologico incompatibile con le esigenze istantanee dei media<sup>67</sup>.

Eppure, per la stampa, è sufficiente un'informazione di garanzia, ma anche solo un'iscrizione nel registro delle notizie di reato per scuotere l'opinione pubblica (che è spesso all'oscuro delle funzioni e dei significati di tali istituti, i quali vengono pertanto e purtroppo interpretati come provvedimenti di colpevolezza)<sup>68</sup>. Il che – ed è tema non da poco – può ripercuotersi a monte sulle scelte della magistratura addirittura in ordine al tipo di iscrizione da effettuare per evitare strumentalizzazioni dei canali di informazione. Quando poi viene emessa un'ordinanza cautelare, per l'opinione pubblica si è già dinanzi ad una sentenza di condanna, con evidente esasperazione delle torsioni sistematiche da sempre insite nel procedimento incidentale: dentro e fuori dal processo la cautela è pericolosamente vicina ad una pena, con tutti i connessi profili di stigmatizzazione sociale. Anche nella vicenda *de libertate* gli spazi di contraddittorio – peraltro cartolare – si realizzano in un tempo giornalmisticamente molto distante rispetto alla notizia e la difesa avrà una posizione di reale parità con l'accusa soltanto al dibattimento. In un quadro del genere, è inaudita la pressione psicologica che subisce il giudice chiamato a

---

<sup>67</sup> G. CANZIO, *Un'efficace strategia comunicativa degli uffici giudiziari vs. il processo mediatico*, in *Diritto penale e processo*, 2018, p. 1537: «i ritmi e le sequenze dell'attività giudiziaria, per la rilevanza costituzionale della giurisdizione e per i valori primari che si esprimono nel giusto processo [...] esigono spazi e tempi adeguati per un'analisi critica del caso e delle prove, per lo studio delle questioni di fatto e di diritto, per la scelta della migliore soluzione decisoria e per la spiegazione delle ragioni della stessa». Dunque, le considerazioni qui svolte non sono destinate a modificarsi anche nel nuovo sistema disegnato dalla c.d. riforma Cartabia attraverso le deleghe contenute nella legge 27 settembre 2021, n. 134 per la riforma del processo penale.

<sup>68</sup> Sul tema dell'iscrizione, successivamente alle modifiche introdotte dalla riforma Cartabia all'art. 335 c.p.p., si veda GIUS. AMATO, *Informazione giudiziaria e giustizia mediatica: una inconciliabilità evidente*, in <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/amato-informazione-giudiziaria-e-justizia-mediatica-una-inconciliabilita-evidente>, 17 ottobre 2022, p. 5.

pronunciarsi sulle impugnazioni cautelari o, successivamente, il giudice del dibattimento che voglia optare per una pronuncia liberatoria.

La questione si sposta allora sulle scelte di fondo di sistema processuale che oggi vede il metodo dialettico trionfare soltanto in un *trial* lontano ormai dall'interesse della collettività che, anzi, vive con "sorpresa" eventuali epiloghi liberatori pronunciati mentre la folla urlante chiede giustizia<sup>69</sup>. Si è dinanzi al pre-giudizio costruito nel circuito mediatico parallelo che determina un conflitto tra «giustizia applicata» e «giustizia attesa»<sup>70</sup>. Come ha affermato icasticamente Giorgio Spangher, il dibattimento «arriva a distanza di tempo e non conta più di tanto. La criticità è dunque questa: che il processo si celebra prima di entrare nell'aula di dibattimento. E questo va ad incidere anche sulla credibilità della giustizia. [...] Se la gente si stupisce della sentenza vuol dire due cose: che il suo giudizio è stato precedentemente condizionato e che non ha assistito al dibattimento»<sup>71</sup>.

È su questa realtà che i giornalisti debbono calibrare la loro attività senza perdere di vista il fine della cronaca giudiziaria che consiste nel comunicare alle persone la verità. E la verità parte dal dare conto di qual è la fase del procedimento in cui ci troviamo e di quali sono i passaggi che dovranno

---

<sup>69</sup> Si veda G. CANZIO, *Il linguaggio giudiziario e la comunicazione istituzionale*, in *Giustizia insieme*, 19 maggio 2021, p. 3: «il linguaggio giudiziario è una sorta di metalinguaggio, che, nel decifrare e ricostruire nel presente la complessità e l'opacità di fatti e circostanze appartenenti al passato (*lost facts*), ha il compito di decodificarne il significante attribuendo ad esso il significato e la qualificazione di rilevanza secondo il diritto». L'Autore sottolinea come sia necessaria una specifica professionalità e formazione nelle tecniche della scrittura argomentativa (c.d. *legal writing*). Rileva GIOSTRA, *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 3, p. 27, che l'attenzione mediatica provoca una traslazione del baricentro processuale nell'immaginario pubblico; vi è, inoltre, il rischio di indurre negli inquirenti la c.d. *tunnel vision* e cioè l'incapacità di valutare con la necessaria obiettività gli elementi che smentiscono la pista investigativa imboccata (ivi, 29).

<sup>70</sup> Così CANZIO, *Relazione del Primo Presidente*, cit., p. 454. Nel senso che uno dei rimedi potrebbe ravvisarsi nella creazione di finestre di controllo giurisdizionale nelle indagini preliminari, VOENA, *Processo penale e mezzi di comunicazione di massa*, cit., p. 9.

<sup>71</sup> G. SPANGHER, *L'imputato è un morto che cammina, condannato prima del processo*, in <https://www.ildubbio.news/interviste/limputato-e-un-morto-che-cammina-condannato-prima-del-processo-j15i8kpq>, 17 maggio 2021.

arrivare; la verità impone di indicare qual è il reato che viene in questione, precisando che si dovrà accertare se il fatto rientra davvero in quella norma, distinguendo bene il *reportage* della vicenda dai giudizi sulla “persona” e sulla “personalità”. Ancora, la verità richiede una netta linea di demarcazione tra le notizie che vengono “dal” processo e le notizie acquisite dal giornalista “fuori dal” processo. Altrimenti rischiamo di trovarci di fronte non al diritto di svolgere cronaca giudiziaria ma ad una mistificazione priva di copertura costituzionale o comunque soccombente nel bilanciamento con gli interessi collidenti<sup>73</sup>.

Come è stato efficacemente affermato, la cronaca giudiziaria si distingue dalle altre branche del giornalismo perché deve necessariamente fare ricorso non solo alle regole del giornalismo ma anche alle regole tecniche del processo, che

---

<sup>73</sup> Si tratta di profili opportunamente normati dal Testo unico dei doveri del giornalista, nella versione attualmente in vigore a seguito delle modifiche divenute efficaci il 1° gennaio 2021. L'art. 8, rubricato cronaca giudiziaria e processi in tv stabilisce che il giornalista «a) rispetta sempre e comunque il diritto alla presunzione di non colpevolezza. In caso di assoluzione o proscioglimento, ne dà notizia sempre con appropriato rilievo e aggiorna quanto pubblicato precedentemente, in special modo per quanto riguarda le testate online; b) osserva la massima cautela nel diffondere nomi e immagini di persone incriminate per reati minori o condannate a pene lievissime, salvo i casi di particolare rilevanza sociale; c) evita, nel riportare il contenuto di qualunque atto processuale o d'indagine, di citare persone il cui ruolo non sia essenziale per la comprensione dei fatti; d) nelle trasmissioni televisive rispetta il principio del contraddittorio delle tesi, assicurando la presenza e la pari opportunità nel confronto dialettico tra i soggetti che le sostengono – comunque diversi dalle parti che si confrontano nel processo – garantendo il principio di buona fede e continenza nella corretta ricostruzione degli avvenimenti; e) cura che risultino chiare le differenze fra documentazione e rappresentazione, fra cronaca e commento, fra indagato, imputato e condannato, fra pubblico ministero e giudice, fra accusa e difesa, fra carattere non definitivo e definitivo dei provvedimenti e delle decisioni nell'evoluzione delle fasi e dei gradi dei procedimenti e dei giudizi». All'art. 9, rubricato "doveri in tema di rettifica e di rispetto delle fonti" stabilisce che il giornalista «a) rettifica, anche in assenza di specifica richiesta, con tempestività e appropriato rilievo, le informazioni che dopo la loro diffusione si siano rivelate inesatte o errate; b) non dà notizia di accuse che possano danneggiare la reputazione e la dignità di una persona senza garantire opportunità di replica. Nel caso in cui ciò si riveli impossibile, ne informa il pubblico; c) verifica, prima di pubblicare la notizia di un avviso di garanzia che ne sia a conoscenza l'interessato. Se non fosse possibile ne informa il pubblico; d) controlla le informazioni ottenute per accertarne l'attendibilità; e) rispetta il segreto professionale e dà notizia di tale circostanza nel caso in cui le fonti chiedano di rimanere riservate; in tutti gli altri casi le cita sempre e tale obbligo persiste anche quando si usino materiali – testi, immagini, sonoro – delle agenzie, di altri mezzi d'informazione o dei *social network*; f) non accetta condizionamenti per la pubblicazione o la soppressione di una informazione; g) non omette fatti, dichiarazioni o dettagli essenziali alla completa ricostruzione di un avvenimento».

devono essere anch'esse spiegate ai lettori per far capire loro le ragioni di un fatto<sup>73</sup>. Per questo motivo, riteniamo possibile affermare che la decriptazione di un dato tecnico come la natura di un atto del procedimento (es. informazione di garanzia, ordinanza cautelare), la fase nella quale si trova il rito, la natura partecipata o meno delle decisioni, la regola di giudizio che opera nel processo penale, incide sulla stessa *verità* della notizia che, dunque, nella materia in esame ha una declinazione peculiare: come è stato detto, «da notizia di cui vengo in possesso non posso spiegarla correttamente se non la spiego anche tecnicamente»<sup>74</sup>. Ogni ambiguità che lasci non chiarito anche soltanto uno di questi aspetti è equiparabile ad una mistificazione. Sotto il profilo appena accennato, dunque, ci si trova ancora una volta a solcare il terreno della deontologia professionale: occorre che la magistratura interiorizzi la cultura della comunicazione istituzionale e che i cronisti giudiziari siano tecnicamente attrezzati a dare una notizia “vera”: «il peso, la responsabilità di scrivere un articolo che coinvolge la vita di altri non è molto minore rispetto al peso di decidere sulla libertà delle persone»<sup>75</sup>.

8. *Conclusioni*. – Ebbene, è chiaro come, al di là dell'indubitabile valore simbolico, la portata innovativa delle norme di recente conio dipenda da come

---

<sup>73</sup> *La cronaca giudiziaria racconta il Paese*. Intervista di ANDREA APOLLONIO a GIOVANNI BIANCONI, in *Giustizia insieme*, 8 giugno 2021, p. 1.

<sup>74</sup> «Credo che la difficoltà maggiore del [...] lavoro (del giornalista) stia in questo: non ignorare né banalizzare il dato tecnico ma essere al tempo stesso efficace nel fornire la notizia. Inoltre, la cronaca giudiziaria è l'unico settore davvero trasversale, che sconfinava in tutti gli altri». Così, *La cronaca giudiziaria racconta il Paese*. Intervista di ANDREA APOLLONIO a GIOVANNI BIANCONI, cit., pp. 1-2. «[...] quella fornita per esempio a seguito di una ordinanza di custodia cautelare deve essere una informazione circoscritta a quella che è, una ordinanza di custodia cautelare che evidentemente valorizza per gran parte gli elementi raccolti dall'accusa, senza il contraddittorio e tutto il resto. Questo porta con sé la continenza da parte nostra nel doverlo scrivere e nel dovere essere precisi. È di nuovo una questione di deontologia professionale. Spetta a me giornalista ricordare che quella è una ricostruzione necessariamente parziale, perché manca la versione della difesa, e che c'è la presunzione di innocenza, che prima di esprimere un giudizio sulla responsabilità c'è bisogno del vaglio dibattimentale» (ivi, 5).

<sup>75</sup> V., ancora, *La cronaca giudiziaria racconta il Paese*. Intervista di ANDREA APOLLONIO a GIOVANNI BIANCONI, cit., pp. 1-2. Come è noto, una rettifica spesso pubblicata è il chiarimento che il soggetto coinvolto dalla notizia non risulta formalmente indagato.

ogni operatore interpreterà il proprio ruolo e le regole appena introdotte. A tal proposito, è interessante notare come la nuova disciplina sia stata da subito oggetto di chiarimento mediante lo strumento di *soft law* delle circolari adottate dalle procure della Repubblica.

A fronte del manifestarsi di una stigmatizzabile disomogeneità esegetica<sup>76</sup> la Procura Generale presso la Corte di Cassazione ha predisposto alcune linee-guida volte a garantire il principio di uniformità dei criteri adottati nei vari uffici<sup>77</sup>. Si tratta, peraltro, di un provvedimento che si limita ad alcune affermazioni di principio, senza risolvere tutte le singole questioni interpretative che si erano poste. Le direttive di fondo del provvedimento possono così essere sintetizzate: anzitutto, si afferma che informare l'opinione pubblica non è un diritto di libertà del magistrato del pubblico ministero o del giudice ma è un dovere preciso dell'ufficio. L'informazione, secondo quanto già stabilito dalle linee-guida del CSM del 2018, deve essere corretta, imparziale e rispettosa della dignità della persona: in definitiva, deve operare un principio di continenza espositiva e di sobrietà. Tuttavia, essa deve essere anche completa, efficace, rapida e continuativa, limitata solo dal dovere di riserbo per gli atti e le notizie che devono restare segrete o riservate quando non vi è un interesse pubblico alla loro conoscenza<sup>78</sup>.

In secondo luogo, e conseguentemente, si riconosce un carattere ampiamente discrezionale al potere, spettante a quest'ultimo, di valutare le specifiche "ragioni di interesse pubblico" legittimanti le conferenze stampa: esse devono essere valutate alla luce di circostanze fattuali, temporali e territoriali che

---

<sup>76</sup> Per dettagliati riferimenti alle principali circolari locali, volendo, C. CONTI, *Cronaca giudiziaria e processo mediatico: l'etica della responsabilità verso nuovi paradigmi*, in *Archivio Penale*, 2022, *passim*.

<sup>77</sup> Si vedano gli *Orientamenti in materia di comunicazione istituzionale su procedimenti penali*, adottati dalla Procura generale presso la Corte di cassazione, 8 aprile 2022.

<sup>78</sup> Il provvedimento richiama la necessità di una continenza anche nei confronti delle parti private (p. 3).

non possono essere univocamente previste<sup>79</sup>. Alla medesima «esplicazione di prudente discrezionalità è rimessa la scelta della modalità comunicativa (comunicato o conferenza stampa)»<sup>80</sup>. È dunque possibile affermare che il provvedimento lascia ampio margine alle scelte degli uffici, ai quali dunque, resta affidata, in definitiva, l'effettiva tutela della presunzione di innocenza.

Al tempo stesso, è stato già messo in luce come il d.lgs. n. 188 del 2021 – sebbene di grande rilievo – non investa *ogni* aspetto del processo mediatico giacché la novella non reca alcuna norma che si rivolga al mondo dei giornalisti. Su quest'ultimo fronte, l'unico rimedio *de iure condito* consiste nell'auspicato affermarsi di un'etica della responsabilità: in particolare, è inevitabile constatare che, quando si tratta di informazioni inerenti ad un processo penale, è essenziale per la stessa “verità” della notizia che si dia conto della *natura* del provvedimento

---

<sup>79</sup> Il provvedimento, laddove sia imposto dalla complessità delle indagini e degli esiti investigativi cui si è pervenuti, consente che alla conferenza stampa partecipi anche il titolare delle indagini (p. 7). Inoltre, le linee-guida si occupa del rapporto con la polizia giudiziaria considerando come vietata una attività autonoma di comunicazione da parte della polizia giudiziaria (p. 7). Come si è precisato *supra* la circolare si è espressa in senso contrario rispetto alla possibilità di dare copia agli organi di informazione degli atti di indagine non più coperti da segreto.

<sup>80</sup> Così, G.M. BACCARI e S. TOGNAZZI, *La comunicazione istituzionale sui procedimenti penali secondo la Procura generale della cassazione*, <https://www.penaedp.it/la-comunicazione-istituzionale-sui-procedimenti-penali-secondo-la-procura-generaledella-cassazione/>, 15 aprile 2022, secondo cui il provvedimento afferma l'insindacabilità delle valutazioni del pubblico ministero anche sul piano disciplinare. A quest'ultimo proposito, le linee-guida della Procura generale, emesse mentre era in gestazione la riforma dell'ordinamento giudiziario, rilevavano che eventuali modifiche in materia di illeciti disciplinari avrebbero imposto di rivedere gli ordinamenti al fine di meglio individuare il perimetro delle condotte consentite. Tuttavia, occorre rilevare che l'art. 11 della legge n. 71 del 2022 ha semplicemente adeguato la disciplina deontologica alle novità introdotte dal decreto legislativo sulla presunzione di innocenza senza introdurre nuove tipologie di illeciti. Da un lato, è rimasto immutato l'art. 2 lett. u) del d.lgs. 109/2006 che considera illecito la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui. Da un altro lato, è stato integrato l'art. 2, lett. v) che considera illecite le pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui. In particolare, la norma ora ricordata è stata estesa a ricomprendere genericamente la violazione di quanto disposto dall'art. 5, commi 1, 2, 2-bis e 3 del d.lgs. n. 106 del 2006.

al quale si fa riferimento (es. applicazione di una misura cautelare) e della *fase* nella quale il procedimento si trova, onde evitare di ingenerare pericolosi equivoci nell'opinione pubblica: mai come nella cronaca giudiziaria una notizia non adeguatamente spiegata potrebbe trasformarsi in una notizia mistificata.

Dal punto di vista nomopoietico, infatti, ancora non si è assistito a riforme, come quelle da tempo prospettate, che tocchino le conseguenze *lato sensu* sanzionatorie ricollegabili ad una gestione mediatica troppo disinvolta delle notizie. A tal proposito, merita ricordare come già in due occasioni la Corte costituzionale abbia lanciato un monito sull'esigenza di un complessivo ripensamento della disciplina vigente, invocando espressamente il principio di proporzionalità ed affermando che occorrono strumenti idonei, necessari e "proporzionati" alla tutela degli interessi in contrasto anche alla luce delle nuove aggressioni arrecate dal mondo della rete<sup>81</sup>.

Al netto delle considerazioni sin qui svolte, la soluzione che si profila oggi, dunque, è ancora quella di un richiamo alla deontologia ed alla professionalità di chi ha un ruolo diretto o indiretto nella genesi della notizia: si tratta di una vera e propria etica della responsabilità che deve affermarsi sia sul fronte dell'interpretazione delle nuove norme sulla comunicazione giudiziaria, sia sul versante della pubblicazione di notizie inerenti al processo penale e della gestione di trasmissioni televisive incentrate su vicende processuali in corso.

---

<sup>81</sup> C. cost., 12 luglio 2021, n. 150, con la quale si è eliminata la necessaria irrogazione della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa, dichiarando l'illegittimità dell'art. 13 legge 8 febbraio 1948, n. 47 e l'illegittimità consequenziale dell'art. 30, comma 4, legge 6 agosto 1990, n. 223. Si veda anche C. cost., 26 giugno 2020, n. 132.



## STATO COSTITUZIONALE DI DIRITTO E CARCERE

*Appunti per una teoria costituzionalmente orientata dei diritti della persona detenuta*

GIUSEPPE CAPUTO\*

*A partire dall'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di detenzione, nell'articolo si propone una teoria costituzionale dei diritti irrinunciabili della persona privata della libertà personale. Questa viene elaborata a partire dalla critica alla tradizionale teoria liberale dell'insindacabilità del governo amministrativo del carcere e alla più recente teoria del primato della rieducazione. Entrambe risultano incompatibili con il principio del primato della persona sancito dallo stato costituzionale di diritto. A partire dall'articolato reasoning della Corte, viene proposta una teoria utilitaristica dei diritti dei detenuti basata sul principio della minima sofferenza necessaria e su quello della giurisdizionalizzazione del carcere.*

*The article presents a constitutional theory of the inalienable rights of the person deprived of personal liberty, based on the constitutional jurisprudence on detention. The theory is elaborated from the critique of the traditional liberal theory of the unquestionability of the administrative government of the prison and of the more recent theory of the primacy of re-education. Both are considered incompatible with the principles of the constitutional rule of law based on the respect of fundamental human rights. Starting from the articulated reasoning of the Court, the article proposes a utilitarian theory of the rights of prisoners based on the principles of the minimum necessary suffering and of the jurisdictionalization of the prison.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Stato di diritto e detenzione: l'insindacabilità della regolazione amministrativa del carcere. - 3. Stato costituzionale di diritto e detenzione. - 3.1. La teoria della rieducazione come limite al potere punitivo. - 3.2. Il carcere dei diritti e la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione carceraria. - 3.3. Diritti e controllo giurisdizionale. - 4. Diritti in azione e comunità degli interpreti.

1. *Introduzione.* - Il riconoscimento dei detenuti come persone titolari di diritti è il prodotto di una lunga ed incerta evoluzione giuridico-normativa in cui un ruolo centrale è stato svolto dalla Corte costituzionale e, in anni più recenti,

\* Ricercatore di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2022 G. Caputo. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University Press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Grazie alla giurisprudenza costituzionale, le cui principali tappe analizzeremo nel presente articolo, possiamo oggi sostenere l'esistenza di una teoria dei diritti fondamentali delle persone sottoposte a privazione della libertà personale.

L'operazione ermeneutica svolta dalla Corte ha avuto un notevole impatto sulla teoria della pena, nonché sul modo di intendere l'esercizio della funzione giurisdizionale e quella di governo del carcere. L'aver introdotto nel dibattito penitenziaristico l'argomentazione costituzionale e il ricorso a principi generali induce ad un ribaltamento di prospettiva rispetto all'approccio giuspositivistico alla questione penale e a quella carceraria<sup>1</sup>. Secondo tale approccio tradizionale la punizione è una mera reazione al crimine necessaria per assicurare la difesa della società<sup>2</sup>. Ne segue che l'individuo che viola l'ordine legale – che lo faccia per scelta come ritenuto dai liberali o perché indotto da cause esterne come per i positivisti – è sacrificabile in nome del superiore interesse collettivo alla protezione della società dal crimine. Come ha evidenziato Ferrajoli, tale approccio rischia di giustificare un sistema punitivo che può giungere a prevedere la massima compressione delle libertà della minoranza deviante per garantire la massima protezione della maggioranza non deviante<sup>3</sup>. Vero è che i principi di legalità e di giurisdizionalità, alla base della concezione classica di Stato di diritto, ambivano proprio ad evitare che ciò accadesse e limitavano l'esercizio del potere punitivo statale. Ma tali vincoli, recepiti dalla tradizione liberale dell'*habeas corpus*, riguardavano essenzialmente la fase cautelare e quella

---

<sup>1</sup> Nella storia del pensiero contemporaneo i più significativi contributi critici alla tesi della neutralità e avalutatività del diritto penale sono venuti dalla cosiddetta criminologia critica e dalla scuola revisionista. Si vedano in particolare M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975; D. ROTHMAN, *The discovery of asylum*, Boston, 1971; M. IGNATIEFF, *A just measure of pain: the penitentiary in the industrial revolution, 1750-1850*, New York, 1978; P. COSTA, *Il progetto giuridico*, Milano, 1974, vol. I. Per una ricostruzione delle principali teorie critiche del diritto penale si vedano i volumi di A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Palermo, 2019; E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino 2004; G. CAPUTO, *Carcere senza fabbrica*, Pisa, 2020.

<sup>2</sup> M. ANCEL, *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966.

<sup>3</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari, 1989, pp. 245-270.

processuale, non quella esecutiva che, difatti, è rimasta a lungo sottoposta ad una regolazione meramente amministrativa e quasi del tutto priva di un controllo giurisdizionale.

Come vedremo nel paragrafo 2, tale concezione comportava che i reclusi non avessero il diritto di ricorrere ad un giudice per denunciare condizioni di detenzione non conformi ai regolamenti o alle leggi, tantomeno per lamentare violazioni e abusi dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena. Lo stato di diritto, dunque, si fermava alle porte del carcere.

La teoria dei diritti fondamentali delle persone reclusi che illustreremo avanti, desumibile dal complesso argomentativo della Corte costituzionale, ambisce a trovare un equilibrio tra le opposte esigenze di difesa sociale e quelle di protezione dei diritti individuali. La Corte, dopo aver affermato l'esistenza di un nucleo di libertà non incompatibili con la privazione della libertà personale<sup>4</sup>, individua tale punto di equilibrio in due principi fondamentali. Il primo, derivato dall'utilitarismo liberale<sup>5</sup>, è quello della minima sofferenza necessaria per assicurare lo scopo della privazione della libertà personale. Il secondo è quello della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale carceraria. Vedremo che mentre il primo principio attraversa, pur con mutevoli connotazioni teoriche, tutta l'evoluzione ermeneutica della Corte costituzionale, il secondo è, invece, acquisizione piuttosto recente.

2. *Stato di diritto e detenzione: l'insindacabilità della regolazione amministrativa del carcere.* – Come anticipato, nella concezione classica dello stato di diritto le persone legalmente *in vinculis* si vedevano riconosciuta una

---

<sup>4</sup> G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Des*, I, 2012 ([https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/pdf/MaterialeDidattico/Giovanni\\_Maria\\_Flick-I\\_diritti\\_dei\\_detenuti\\_nella\\_giurisprudenza\\_costituzionale.pdf](https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/pdf/MaterialeDidattico/Giovanni_Maria_Flick-I_diritti_dei_detenuti_nella_giurisprudenza_costituzionale.pdf), consultato il 15.10.2022).

<sup>5</sup> Si tratta a ben vedere di un principio elaborato dalla scuola illuministica italiana. Basti richiamare in proposito le riflessioni del Romagnosi il quale sosteneva che “se la pena la più leggera bastasse ad allontanare il più nocivo dei delitti, questa sola sarebbe giusta, ed un'altra più dolorosa sarebbe ingiusta” (R.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Milano, 1857, p. 203).

soggettività giuridica estremamente limitata. Nell'ordinamento giuridico liberale, ad esempio, si delegava la disciplina carceraria ad un corposo testo amministrativo<sup>6</sup>, composto da ben 891 articoli, che regolava minuziosamente ogni aspetto della vita detentiva. I corpi dei reclusi, varcata la porta del carcere, erano assoggettati al potere dispotico di un'amministrazione che poteva disporre finanche della loro capacità lavorativa, sottomettendoli ai lavori forzati in carcere e nei bagni penali oppure cedendoli in appalto ad imprese private che potevano disporre dietro il pagamento di una modesta mercede, secondo l'antica pratica della *locatio hominis*. Non dissimile il trattamento riservato ai reclusi nell'ordinamento fascista che, sempre per via regolamentare<sup>7</sup>, perpetuava tale concezione dello *status detentionis* come condizione di perdita totale dei diritti e di spogliazione della soggettività, non rilevando in tal senso l'attribuzione di limitati poteri di controllo alla magistratura di sorveglianza.

A fronte di questa situazione di sostanziale indifferenza verso la condizione detentiva<sup>8</sup>, relegata a faccenda di ordine amministrativo, la questione carceraria ha assunto una maggiore centralità nel dibattito politico-istituzionale solo nel secondo dopoguerra quando, con l'entrata in vigore della Costituzione, i diritti soggettivi sono stati elevati a rango di diritti fondamentali inviolabili (art. 2 Cost.). Senza qui voler entrare nel dettaglio del dibattito che ha accompagnato l'elaborazione dei nuovi principi costituzionali in materia di pene (art. 27 Cost.) e, dunque, anche di esecuzione penale carceraria, è importante ricordare che

---

<sup>6</sup> *Regolamento generale per gli stabilimenti carcerari e pei riformatori governativi del Regno*, Regio decreto del 1 febbraio 1891, pubblicato nella Gazzetta ufficiale del regno il 15 giugno 1891, n. 138.

<sup>7</sup> *Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*, adottato con il Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 787 (GU n. 147 del 27/06/1931), pubblicato nella gazzetta ufficiale del 27 giugno 1931, n. 147.

<sup>8</sup> Fanno eccezione i primi anni del '900 che sono caratterizzati da un modesto riformismo in ambito carcerario, realizzatosi prevalentemente attraverso l'adozione di una serie di provvedimenti amministrativi di umanizzazione delle pratiche detentive (G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile dall'unità a Giolitti*, in *Rivista di Storia Contemporanea*, Vol. 1, n° 3, 1972, pp. 341-380).

l'*impasse* dottrinale tra le due scuole del diritto penale<sup>9</sup>, quella classica e quella positiva, ha portato i costituenti verso una soluzione di compromesso che ha impedito a lungo la messa in discussione della tradizionale concezione autoritativa del carcere e la dottrina dell'insindacabilità dell'esecuzione penale.

Infatti, la disposizione fondamentale in materia di pene, contenuta all'art. 27 della Costituzione, dopo aver ribadito due principi classici della tradizione del liberalismo penale (personalità della responsabilità personale e presunzione di innocenza), statuisce il principio di umanizzazione delle pene e quello secondo cui "le pene devono tendere alla rieducazione del condannato". La formulazione di compromesso secondo cui le pene devono solo "tendere" verso la rieducazione, si sposava perfettamente con i nuovi orientamenti in materia penitenziaria comuni a molti paesi occidentali che non ambivano certo ad una riforma radicale del sistema carcerario<sup>10</sup>. Piuttosto si mirava a correggere alcune storture ed eccessi del carcere mediante l'imposizione di due principi guida, quello dell'umanizzazione delle pratiche detentive e della finalizzazione del trattamento carcerario alla rieducazione.

Per comprendere le ragioni storiche di tale scelta dobbiamo ricordare che i costituenti avevano una concezione pessimistica del potere punitivo, che ritenevano essere naturalmente portato ad essere arbitrario se non sottoposto a vincoli, anche per averlo sperimentato in prima persona negli anni del fascismo. Essi erano ben consapevoli delle condizioni drammatiche in cui versavano le prigioni italiane e dei limiti di una amministrazione carceraria al contempo

---

<sup>9</sup> Il dibattito in Costituente fu caratterizzato dalla riproposizione del tradizionale contrasto tra la scuola classica del diritto penale e quella positiva. La soluzione di compromesso elaborata dalla "Commissione dei 75" - incaricata di redigere le norme costituzionali - secondo cui le pene devono solo tendere alla rieducazione ebbe proprio l'obiettivo di evitare di legittimare la prevalenza di una delle due scuole sull'altra (V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1949, pp. 62-63).

<sup>10</sup> Di tali tendenze sono espressione gli *standard* delle Nazioni Unite in materia di detenzione (U.N. 1955, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, adottate il 30 agosto 1955) recentemente aggiornati con la nuova denominazione di *Mandela rules* (U.N., *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, adottate il 17 dicembre 2015 con Risoluzione dell'Assemblea Generale). Per un'analisi delle principali tendenze internazionali in materia di politica internazionale si veda: CAPUTO, *Carcere*, cit.

disorganizzata e autoritaria<sup>11</sup>. Ciononostante, ritenevano che, per limitare le tendenze antidemocratiche del carcere, fosse sufficiente un cambio della teoria a giustificazione delle pratiche detentive, che doveva ora essere rifondata sul principio rieducativo e guidata dal principio di umanità. Ma è bene sottolineare che la teoria rieducativa veniva recepita dai costituenti non tanto come il portato delle teorie della scuola positivista - che la intendeva come uno strumento di cura delle patologie criminali - quanto piuttosto come frutto di una nuova sensibilità politica che pretendeva un mero addolcimento dei regimi carcerari<sup>12</sup>. Addolcimento che doveva realizzarsi anche attraverso l'introduzione di nuovi divieti: quello di ogni forma di violenza fisica e morale sugli arrestati (art. 13) e quello di praticare trattamenti contrari al senso di umanità in carcere (art. 27).

I nuovi principi in materia di esecuzione delle pene, dunque, non hanno comportato l'immediata messa in discussione del paradigma dell'insindacabilità della regolazione amministrativa del carcere e non hanno portato al riconoscimento dei diritti della persona detenuta azionabili in sede giudiziaria. Infatti, il Regolamento carcerario fascista è rimasto formalmente in vigore sino al 1975<sup>13</sup> e la Corte costituzionale ha respinto le questioni di legittimità aventi ad oggetto il contrasto tra le norme regolamentari e i nuovi principi costituzionali in materia di diritti e libertà, asserendo che i ricorsi erano da considerarsi inammissibili in quanto aventi ad oggetto disposizioni regolamentari e non leggi o di atti avente forza di legge<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Si legga in proposito il rapporto della Commissione parlamentare di vigilanza sulle condizioni dei detenuti, *Relazione*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1951, pp. 147-175.

<sup>12</sup> E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 71.

<sup>13</sup> G. NEPPI MODONA, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, II, n° 2-3, p. 319.

<sup>14</sup> In tal senso la C. cost. n. 72 del 1968 avente ad oggetto il contrasto tra l'obbligo di frequentare le funzioni religiose cattoliche (art. 142 del regolamento) e la libertà di religione (art. 19 Cost.). Oppure la C. cost. n. 91 del 1968 e la n. 40 del 1970 aventi ad oggetto il contrasto tra l'obbligazione lavorativa a carico dei detenuti ed i prelievi sulla retribuzione (art. 125 e 128) con i diritti dei lavoratori sanciti dall'art. 26 Cost.

3. *Stato costituzionale di diritto e detenzione* – L’occasione per il superamento della dottrina dell’insindacabilità della regolazione amministrativa dello *status detentionis* e per il riconoscimento di alcuni diritti ai detenuti arriva solo con l’entrata in vigore della legge ordinamento penitenziario del n. 354 del 1975 (o.p.)<sup>15</sup>. Si badi bene che l’ordinamento penitenziario non contiene esplicitamente alcun riconoscimento formale di diritti soggettivi in capo ai detenuti e agli internati e, perlomeno nella sua formulazione originaria, nessuna procedura giurisdizionale per la protezione dei diritti detenuti. Riprendendo la tecnica redazionale degli *standard* delle Nazioni unite del 1955, le norme dell’ordinamento sono formulate sotto forma di mere raccomandazioni. In sostanza, si faceva affidamento sulla buona volontà dell’amministrazione che era chiamata ad assicurare, nei limiti del possibile e delle risorse disponibili, un trattamento dignitoso ed umano ai detenuti. Non si sancisce ad esempio il diritto al lavoro per i detenuti, ma ci si limita a stabilire che l’amministrazione debba assicurarlo “salvo casi di impossibilità” (art. 15). Si riconosce poi il diritto ad un’alimentazione rispettosa del credo religioso dei detenuti esclusivamente nei limiti del “possibile” (art. 9).

È importante notare che l’ampio potere riconosciuto dall’ordinamento penitenziario all’amministrazione e la contestuale assenza di diritti legalmente riconosciuti derivano, paradossalmente, proprio dal recepimento legislativo del principio costituzionale della rieducazione. L’ordinamento, nell’implementare il precetto costituzionale ha superato la scelta di neutralità dei padri costituenti e ha ripreso l’assunto di fondo della scuola positivista che considera il criminale come un malato e un disadattato bisognoso di cure (art. 13 o.p.) che devono essergli assicurate mediante un “trattamento” che deve essere “individualizzato” e adattato alle esigenze e bisogni soggettivi. Coerentemente con tale approccio criminologico positivista, ne deriva che i programmi rieducativi e i regimi

---

<sup>15</sup> Legge n. 354 del 26 luglio 1975 recante “Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”.

carcerari stessi possono essere modulati in maniera estremamente discrezionale dall'amministrazione che non può essere soggetta a particolari obblighi esigibili di fronte ad una Corte.

Nonostante tali limiti, l'ordinamento penitenziario presenta due novità che hanno consentito alla Corte costituzionale di sviluppare nel tempo una teoria basata sui diritti fondamentali della persona. La prima è rappresentata dal fatto che la disciplina dell'esecuzione penale carceraria non è più affidata ad un testo regolamentare ma a un corpo normativo di rango legislativo che può ora essere oggetto di sindacato costituzionale. La seconda novità è l'istituzione della magistratura di sorveglianza come organo funzionalmente dedicato al controllo dell'esecuzione penale carceraria.

Vedremo di seguito che tali mutamenti hanno consentito alla Corte costituzionale di superare progressivamente la dottrina dell'insindacabilità e di produrre una corposa giurisprudenza fondata dapprima sulla sola teoria della rieducazione come limite al potere punitivo (par. 3.1) e, successivamente, di affiancargli anche una nuova teoria dei diritti fondamentali della persona detenuta (par. 3.2). Chiariremo che lo stesso legislatore, per lungo tempo poco attento alla questione dei diritti delle persone *in vinculis*, ha dovuto prendere atto del diritto vivente prodotto dalle Corti e, con un recente intervento di sistematizzazione, ha introdotto l'istituto del reclamo giurisdizionale (par. 3.3).

3.1. *La teoria della rieducazione come limite al potere punitivo.* – Per comprendere a fondo la portata della teoria costituzionale dei diritti delle persone detenute è necessario approfondire il modo in cui la Corte costituzionale ha inteso affrontare alcuni nodi teorici preliminari. Va da sé, infatti, che il passaggio dalla dottrina dell'insindacabilità a quella dei diritti fondamentali non è stato immediato e neppure può considerarsi definitivo.

Inizialmente la giurisprudenza costituzionale, coerentemente con l'approccio pluralista del costituente, ha sostenuto la teoria polifunzionale della



pena chiaramente ispirata alla dottrina della “difesa sociale” (Corte cost n. 12 del 1966), secondo la quale la rieducazione era solo un principio di orientamento della fase esecutiva della pena (Corte cost. n. 48 del 1962). Secondo la Corte, in sostanza, l’obiettivo di difendere la società del crimine era del tutto prevalente sulle altre esigenze, al punto da relegare la rieducazione a principio accessorio soggetto a meri vincoli amministrativi<sup>16</sup>.

Solo in una fase successiva la Corte ha iniziato ad intendere la rieducazione come elemento giustificativo e costitutivo della pena e a riconoscerla come diritto soggettivo del condannato e, pertanto, a proporlo anche come limite al potere punitivo. È il caso, in particolare, della giurisprudenza sull’ergastolo mediante la quale la Corte, sin dalla decisione n. 204 del 1974, ha riconosciuto la rieducazione come diritto soggettivo di tutti i reclusi finanche di quelli condannati alla pena perpetua, ai quali deve essere riconosciuta la possibilità della liberazione condizionale (art. 176 c.p.). Nella più recente giurisprudenza<sup>17</sup> in materia di ergastolo ostativo<sup>18</sup> la Corte, sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU<sup>19</sup>, ha sostenuto che la presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati associativi - cui consegue di norma l’impossibilità di accedere ai benefici penitenziari se non a seguito di collaborazione con la giustizia - stride con il principio di rieducazione e ha richiesto al legislatore un intervento che ristabilisca un equilibrio tra le esigenze di difesa sociale ed il diritto alla rieducazione<sup>20</sup>. Intervento ad oggi non ancora pervenuto.

---

<sup>16</sup> Si vedano in proposito anche le sentenze n. 12 del 1966; n. 21 del 1971; n. 167 del 1973; n. 143 e 264 del 1974; 119 del 1975; 25 del 1979; 104 del 1982; 137 del 1983; 237 del 1984; 23, 102 e 169 del 1985; 1023 del 1988.

<sup>17</sup> C. cost. 253 del 2019 e n. 97 del 2021.

<sup>18</sup> È il caso dei condannati all’ergastolo per uno dei delitti rientranti nell’art. 4 *bis* o.p. comma primo, ai quali la liberazione condizionale si applica, per effetto dell’art. 2 del d.l. n. 152 del 1991, solo nel caso di collaborazione con la giustizia o di accertata impossibilità o inesigibilità della collaborazione medesima.

<sup>19</sup> Corte EDU, *Viola v. Italy*, 77633/16 13 June 2019; *Vinter and Others v. the United Kingdom*, 66069/09, 130/10 and 3896/10, 9 July 2013; *Dickson v. Regno Unito* ([GC], n. 44362/04, §§ 28-36, CEDU 2007-V); *Murray v. Netherlands* ([GC] n. 10511/10, §§ 58-65 e 70-76, 26 April 2016).

<sup>20</sup> Per un commento alla decisione n. 97 del 2021 si vedano tra gli altri: F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all’ordinanza 97/2021*, in *Questione giustizia*,

La teoria elaborata dalla Corte, pur confermando la necessaria valenza retributiva ed afflittiva del carcere considerati “profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale”, si basa sull’idea che la rieducazione costituisca, insieme al rispetto della dignità, un binomio inderogabile che comporta dei necessari limiti del trattamento carcerario<sup>21</sup> (n. 313 del 1990):

«se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l’individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l’esemplarità della sanzione».

Questo approccio basato sul primato della teoria della rieducazione, pur avendo il merito di porre seriamente il problema dei limiti all’esercizio del potere punitivo e di un equilibrio con i diritti della persona, si pone in evidente frizione con il fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale garantito a tutti gli individui dall’art. 25 della Costituzione. I diritti dei detenuti, infatti, non vengono

---

<https://www.questionegiustizia.it/articolo/ergastolo-ostativo-incostituzionalita-esibita-e-ritardi-del-legislatore-prime-note-all-ordinanza-97-2021>, consultato il 15.10.2022; E. DOLCINI, *L’ordinanza della corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, <https://www.sistemapenale.it/it/sentenza/dolcini-corte-costituzionale-2021-97-ergastolo-ostativo>, consultato il 15.10.2022; D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all’ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull’ergastolo ostativo*, <https://www.giustiziainsieme.it/it/giustizia-pene/1741-il-chiaro-e-lo-scuro-primo-commento-all-ordinanza-97-2021-della-corte-costituzionale-sull-ergastolo-ostativo>, consultato il 15/10/2022; M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell’ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, [https://www.sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1645987905\\_ruotolo-2022a-corte-costituzionale-ordinanza-97-2021-seguito.pdf](https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1645987905_ruotolo-2022a-corte-costituzionale-ordinanza-97-2021-seguito.pdf), consultato il 15.10.2022.

<sup>21</sup> Si tenga presente che nella giurisprudenza della Corte il principio rieducativo si è gradualmente affrancato dalla originaria concezione “emendativa”. Se in una prima fase, infatti, la Corte intendeva la rieducazione come strumento di “ravvedimento” (sentenza n. 168 del 1972), successivamente ne ha esaltato invece la sua valenza sociale riferendosi ad essa con le espressioni quali: “reinserimento del reo nel contesto economico e sociale” (sentenza n. 126 del 1984); “reinserimento nel corpo sociale” (sentenza n. 274 del 1983); “risocializzazione” (sentenza n. 450 del 1998). Anche se va detto non ha mai del tutto abbandonato una concezione moralizzante del principio rieducativo, riferendosi ad esso anche di recente con espressioni del tipo “ravvedimento” o “recupero sociale” (sentenza n. 271 del 1998) o di adeguamento ai “valori fondamentali della vita sociale” (sentenza n. 138 del 2001).

riconosciuti in maniera autonoma come diritti *uti persona* ma, in un'ottica funzionalista, come diritti spettanti *uti captivus*: meri strumenti per la realizzazione del più alto fine rieducativo. Questo comporta serie conseguenze sul piano della legittimità e su quello dell'effettività dei diritti della persona.

Sul piano della legittimità, ne deriva che l'agibilità dei diritti dei detenuti può essere limitata dalla compatibilità e adeguatezza con le esigenze rieducative e di sicurezza che, come detto, possono essere valutati con un ampio margine di discrezionalità dall'amministrazione penitenziaria. Sul piano dell'effettività, poi, il concreto esercizio dei diritti dipende dalla disponibilità di risorse organizzative, umane ed economiche che devono essere messe a disposizione dell'amministrazione per realizzare i programmi di trattamento individualizzati.

Così, ad esempio, il diritto ad effettuare colloqui con persone diverse dai familiari può ben essere subordinato ad una valutazione dell'amministrazione circa l'adeguatezza rispetto alle esigenze educative (art. 18 o.p.) e all'esistenza di adeguate risorse logistiche ed umane per realizzarli. Si prenda poi il caso del diritto al lavoro carcerario che prevede una retribuzione ridotta rispetto al normale perché il lavoro penitenziario, rispetto a quello libero, ha lo scopo peculiare di assicurare la rieducazione del condannato (art. 22 o.p.)<sup>22</sup>.

L'aver subordinato i diritti soggettivi al principio rieducativo ha comportato, oltre ai menzionati limiti, anche che i detenuti non sono stati considerati titolari di interessi tutelabili in sede giurisdizionale. I detenuti potevano solo rivolgere un reclamo generico al magistrato (art. 35 o.p.)<sup>23</sup> il quale, se lo riteneva fondato, poteva al massimo adottare un ordine di servizio non vincolante per l'amministrazione e non impugnabile in Cassazione (art. 69 o.p.).

---

<sup>22</sup> Sul punto la Corte costituzionale, con decisione del n. 1087 del 13 dicembre 1988, ha stabilito che le retribuzioni ridotte per il lavoro penitenziario (art. 22 o.p.) sono legittime non potendosi considerare il lavoro carcerario svolto alle dipendenze dell'amministrazione un vero e proprio diritto dei condannati rientrante nell'alveo di protezione delle norme costituzionali sul lavoro (artt. 35 e 36), bensì come mero elemento di quel diritto alla rieducazione previsto dall'art. 27 Cost. (v. CAPUTO, *Carcere*, cit., p. 132).

<sup>23</sup> Si tenga presente che il reclamo poteva riguardare esclusivamente l'esercizio del potere disciplinare oppure il lavoro carcerario.

In ultima analisi, dunque, il soggetto deputato a garantire i diritti dei detenuti finiva ancora per essere la stessa amministrazione penitenziaria che, sulla carta, poteva anche ignorare le richieste della magistratura senza subire conseguenze. Questo sistema lasciava, pertanto, ancora aperto il problema della protezione dei detenuti dalla discrezionalità dell'agire amministrativo.

3.2. *Il carcere dei diritti e la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione carceraria.*

– Il punto di svolta che ha consentito il superamento dei limiti della dottrina del primato della rieducazione è rappresentato dalla sentenza n. 26 del 1999 in cui la Corte è giunta ad affermare che, oltre al diritto alla rieducazione, esiste un più ampio nucleo insopprimibile di diritti della persona che non vengono meno neanche con la carcerazione, perlomeno non totalmente, dal momento che “la restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione” (C. Cost. 26/1999). Ne deriva il principio della minima sofferenza necessaria secondo cui il contenuto utile per assicurare l'ontologica finalità retributiva e deterrente della pena deve essere limitato alla sola privazione delle libertà personale, mentre devono essere garantiti tutti gli altri diritti non incompatibili con tale restrizione.

Secondo la Corte, l'organizzazione dell'esecuzione carceraria non deve essere meramente orientata al rispetto della dignità personale e della finalità rieducativa, ma deve basarsi sul principio della minima sofferenza necessaria prevedendo modalità “che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna”. Non ci può limitare “nel concreto operare dell'ordinamento” a “norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti”. Secondo la Corte “la dignità della persona” soprattutto nel caso dei detenuti “il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà” deve essere

garantita riconoscendo “il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale”. Come ha precisato in una successiva decisione, le limitazioni ulteriori rispetto alla libertà personale sono solo quelle volte a evitare i “pericoli di evasione”, ad assicurare il rispetto “delle regole della disciplina carceraria” e a “garantirne l'incolumità proteggendolo da possibili aggressioni da parte di altri detenuti” (C. cost. n. 526 del 2000).

3.3. *Diritti e controllo giurisdizionale.* – Il nuovo paradigma teorico costituzionale, basato sul principio della minima sofferenza necessaria, ha imposto anche una revisione del sistema giurisdizionale di tutela. Il primato dei diritti della persona, infatti, è incompatibile con l'idea della insindacabilità dell'azione amministrativa, come la Corte ha evidenziato nella citata decisione 26/1999:

«al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere».

A partire da tale presupposto la Corte si è spinta a dichiarare l'incostituzionalità dell'istituto del reclamo *ex art 35 o.p.* e art. 69 nella parte in cui non si prevede “una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale” e ha invitato il legislatore ad intervenire. In assenza dell'auspicato intervento legislativo, la suprema Corte di Cassazione si è fatta carico di un intervento creativo, con il quale ha colmato tale lacuna estendendo la procedura prevista per i reclami contro la sorveglianza particolare (art. 14 *ter o.p.*) alla generalità dei reclami esperibili ai sensi dei citati artt. 35 e 69

o.p. La Corte costituzionale con un successivo intervento (sentenza n. 266 del 2009), per completare l'operazione ermeneutica, ha stabilito che le prescrizioni contenute nelle ordinanze della magistratura di sorveglianza, adottate secondo la procedura elaborata dalla Cassazione, devono considerarsi vincolanti per l'amministrazione penitenziaria. Ciò anche in assenza di una procedura esecutiva esperibile in caso di inadempimento, procedura per la definizione della quale, ancora una volta, veniva auspicato un intervento legislativo. La Corte, poi, con la decisione ottobre 2006, n. 341, ha anche riconosciuto il diritto dei detenuti che lavorano in carcere di rivolgersi al Tribunale in funzione di giudice del lavoro, come fossero liberi lavoratori, e a considerare non più competente la magistratura di sorveglianza in materia di lavoro carcerario<sup>24</sup>.

L'intraprendenza delle Corti nazionali non è bastata ad evitare una condanna all'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, il cui intervento è risultato decisivo per far uscire il legislatore dal suo torpore. Nella nota decisione pilota *Torreggiani v. Italy*<sup>25</sup>, la Corte EDU ha condannato l'Italia per violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti stabilito dall'art. 3 Cedu, a causa delle condizioni di detenzione e del sovraffollamento "sistemico" e "strutturale" e ha invitato il Governo ad intervenire<sup>26</sup>. Al contempo la condanna, si noti, riguardava anche l'ineffettività degli strumenti di ricorso giurisdizionale previsti dall'ordinamento interno; ineffettività causata, a giudizio dei giudici di Strasburgo dall'inesistenza di una procedura che garantisse l'esecutività delle decisioni prese dal magistrato di sorveglianza seguendo la procedura creata per via giurisprudenziale.

---

<sup>24</sup> G. CAPUTO, *Detenuti-lavoratori o lavoratori-detenuti?*, in *Costituzionalismo*, 2, 2015 ([http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo\\_201502\\_525.pdf](http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201502_525.pdf), consultato il 15.10.2022).

<sup>25</sup> Corte EDU, *Torreggiani et al. v. Italy*, 8 gennaio 2013, n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10.

<sup>26</sup> G. CAPUTO, S. CIUFFOLETTI, *Marriage Italian Style. A decryption of Italy and ECtHR's relationship concerning prisoners' rights*, in *Monitoring penal policies in Europe*, a cura di G. CLIQUENNOIS, H. DE SUREMAIN, London, 2017, p. 230.

Per comprendere la portata di questa decisione è bene tenere presente che essa aveva un precedente. Essa seguiva, infatti, ad una condanna, nel caso *Sulejmanovic v. Italy*<sup>27</sup>, a fronte della quale erano stati presi modesti provvedimenti volti a contenere, senza grande successo, il fenomeno del sovraffollamento carcerario. Proprio per tale ragione, nel caso *Torregiani* la Corte ha inteso applicare la procedura pilota (art. 46 Cedu)<sup>28</sup> che, dopo la condanna, le ha consentito di monitorare da vicino l'effettiva implementazione da parte dell'Italia degli adempimenti richiesti. La Corte ha così sospeso per 1 anno tutte le altre cause pendenti aventi ad oggetto la questione del sovraffollamento, stabilendo che entro il medesimo termine lo Stato italiano dovesse adottare le misure richieste.

La vicenda si è conclusa, oltre che con l'adozione di una serie di misure deflative di contenimento del sovraffollamento, con una riforma legislativa che ha recepito la teoria costituzionale dei diritti fondamentali delle persone detenute e ha finalmente stabilito procedure certe per la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione carceraria che viene definitivamente sottratta alla discrezionalità dell'agire amministrativo<sup>29</sup>. Nello specifico il Governo italiano, con due differenti

---

<sup>27</sup> *Sulejmanovic v. Italy*, 16 luglio 2009, n. 22635/03.

<sup>28</sup> Si tratta di una procedura elaborata per via giurisprudenziale dalla Corte EDU (*Broniowski v. Poland [GC]*, no. 31443/96, ECHR 2004-V) per risolvere casi ripetitivi che derivano da un medesimo problema avente natura strutturale. La procedura pilota comporta che la Corte, una volta accertata una violazione della Convenzione, identifichi la disfunzione del diritto nazionale che è all'origine della violazione; dia indicazioni al Governo su come eliminarla; proponga la creazione di un rimedio interno in grado di risolvere cause simili cause (comprese quelle già pendenti dinanzi alla Corte in attesa del giudizio pilota) o, quantomeno, di risolvere tutte le cause pendenti dinanzi alla Corte.

<sup>29</sup> D. GALLIANI, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter ord. penit.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 12.

decreti, ha introdotto due nuovi rimedi giurisdizionali: uno avente natura cautelare e l'altro compensativo<sup>30</sup>.

Il rimedio cautelare consiste in un reclamo giurisdizionale, disciplinato per la parte procedurale dall'art. 35 *bis* e quella contenutistica dall'art. 69 o.p., che consente ai detenuti di adire alla Magistratura di sorveglianza in due casi. Il primo è quello delle presunte violazioni delle “condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa”, in relazione alle quali la magistratura può spingersi anche a valutare il merito dei provvedimenti, oltre che la legittimità<sup>31</sup>. Il secondo è per lamentare l'inosservanza da parte dell'amministrazione di “disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti” (art. 69, co. 6 lett. b)).

In particolare, questa seconda previsione sembra colmare la lacuna lamentata dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 26 del 1999, anche se lo fa in maniera piuttosto problematica. La lettera della nuova disposizione, infatti, sembrerebbe limitare la portata del sindacato di giurisdizionalità ai soli diritti previsti dall'ordinamento penitenziario e non alla generalità dei diritti della persona. Si ricadrebbe, dunque, nei limiti della teoria della rieducazione secondo la quale sono riconosciuti ai detenuti solo diritti connessi al trattamento

---

<sup>30</sup> Il D.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con legge 21 febbraio 2014, n. 10 ha introdotto all'art. 35 *bis* il reclamo giurisdizionale e il D.l. 26 giugno 2014, n. 92 ha introdotto all'art. 35 *ter* un rimedio risarcitorio per violazione dell'art. 3 della Convenzione Edu. Il decreto 146/2013 ha istituito anche la figura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, in attuazione delle raccomandazioni contenute nell'Opcat (U.N., *Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, adopted by the General Assembly of the United Nations by resolution A/RES/57/199, 18.12.2002)

<sup>31</sup> All'interno della Commissione Giostra – incaricata di elaborare una proposta di interventi in tema di ordinamento penitenziario - si erano manifestate differenti posizioni tra chi riteneva che l'accertamento dovesse estendersi ai profili di merito e chi solo a quelli di legittimità (il testo della Relazione conclusiva è disponibile alla pagina <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2723-le-conclusioni-della-commissione-giostra-in-tema-di-riforme-dell-ordinamento-penitenziario-e-delle>, consultato il 15.10.2022).



carcerario. La suprema Corte di Cassazione<sup>32</sup>, per superare i limiti di tale concezione, ha suggerito una interpretazione estensiva<sup>33</sup> della lettera dell'art. 69 chiarendo che il riferimento alle disposizioni penitenziarie (dell'ordinamento e del regolamento) è puramente esemplificativo, specificando che “è del tutto evidente che ad essere – potenzialmente – in contrasto con le forme di esercizio di uno dei diritti fondamentali della persona (di matrice costituzionale) è sempre un comportamento (attivo o omissivo) dell'Amministrazione che non può essere ridotto ad una “violazione di legge”. L'apertura della Suprema Corte non ha, però, impedito che si aprisse un ulteriore dibattito volto a circoscrivere la nozione di “diritto” azionabile in sede giurisdizionale, con la dottrina divisa tra un orientamento restrittivo che considera azionabile solo la violazione di un diritto soggettivo e non anche di un interesse e un orientamento estensivo volto ricomprendere qualsiasi posizione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento<sup>34</sup>.

Si tenga poi presente che il rimedio non risulta esperibile per denunciare qualsiasi violazione, ma esclusivamente violazioni “attuali” e che comportino un “grave pregiudizio all'esercizio dei diritti” (art. 69 comma 6 o.p.). Il requisito dell'attualità comporta che ad essere oggetto di censura possano essere solo violazioni i cui effetti sono in atto al momento del ricorso alla magistratura. Si tratta a ben vedere di un requisito ovvio, stante la natura cautelare del rimedio, dal momento che l'oggetto del *petitum* è l'accertamento di una violazione e l'interruzione dei suoi effetti. Più problematico, invece, il requisito della “gravità” che comporta una valutazione necessariamente discrezionale da parte della magistratura nell'ammettere i reclami. Tale requisito si spiega con la volontà di

---

<sup>32</sup> Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54117, in *C.e.d.*, n. 271905, §4.3.

<sup>33</sup> Sul punto si veda anche la posizione di M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Archivio penale*, 2014, II, p. 578 e F. FIORENTIN, *Il reclamo “giurisdizionale” per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. Pen. e Crim.*, 2013, III, p. 236.

<sup>34</sup> G.M. NAPOLI, *La natura giuridica delle pretese della persona detenuta*, in *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, a cura di F. FIORENTIN, Torino, 2019, pp. 157-182.

evitare un aumento del carico di lavoro della Magistratura coinvolgendola in contenziosi aventi ad oggetto violazioni bagatellari.

Veniamo, infine, all'aspetto forse più innovativo del rimedio, ovvero ai poteri decisorii attribuiti alla magistratura di sorveglianza. In caso di accoglimento, il magistrato di sorveglianza, nelle ipotesi di violazione dell'esercizio del potere disciplinare può annullare il provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare. Nelle ipotesi di violazione di norme che comportino la lesione di un diritto, "accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio", può ordinare "all'amministrazione di porre rimedio entro il termine indicato". L'art. 35 *bis* precisa poi che, "in caso di mancata esecuzione del provvedimento non più soggetto ad impugnazione", l'interessato o il suo difensore munito di procura speciale possono richiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento. Il magistrato di sorveglianza, in tal caso, gode di ampi poteri: può ordinare all'amministrazione l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento; dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito; nominare un commissario *ad acta*.

Vediamo ora le caratteristiche del secondo rimedio introdotto dal legislatore all'art. 35 *ter* o.p. che, come accennato, è stato introdotto su precisa richiesta della Corte EDU anche per offrire uno strumento compensatorio ai detenuti reclusi in condizione di sovraffollamento. Il rimedio prevede che i detenuti che subiscono una violazione di intensità tale da violare il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti posto dall'art. 3 della Convenzione

Edu, possono ottenere dalla magistratura di sorveglianza<sup>35</sup> un indennizzo<sup>36</sup>. Nel caso in cui la persona stia scontando una condanna definitiva in carcere, il magistrato di sorveglianza dispone “a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio. Nel caso in cui il periodo di pena ancora da espiare sia tale da non consentire la detrazione dell'intero sconto di pena o quando la violazione sia stata inferiore ai 15 giorni, il magistrato liquida “una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio”.

Questo rimedio, al di là di alcuni capziosi tentativi di limitarne la portata mediante discutibili operazioni ermeneutiche<sup>37</sup>, nella sua innovatività pone numerosi problemi ermeneutici cui vale la pena accennare brevemente. Quello più rilevante e complesso è rappresentato dal richiamo generalizzato non solo all'art. 3 della Cedu, ma anche alla giurisprudenza in materia della Corte che, stante la lettera dell'art. 35 ter, deve necessariamente essere vagliata dal magistrato di sorveglianza nell'accertare eventuali violazioni da parte dell'amministrazione. Il significato e l'opportunità di un richiamo al principio di

---

<sup>35</sup> Nel caso di individui non più detenuti la competenza è del Tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio di residenza.

<sup>36</sup> Nonostante la rubrica dell'art. 35 ter parli di risarcimento, la dottrina (L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Il rimedio risarcitorio ex art. 35-ter O.P. E la tutela dei diritti del detenuto*, Miano, 2017, p. 73; M. PASSIONE, *35 ter O.P.: effettivamente, c'è un problema*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 3, p. 29) e la giurisprudenza hanno escluso che il rimedio abbia natura risarcitoria e sostenuto la natura meramente indennitaria, anche perché il reclamo dà eventualmente diritto ad una compensazione in misura fissa, di soli 8 euro al giorno, incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento che impone una personalizzazione del danno (Corte di Cassazione, Sez. Un. Civili, 08/05/2018, n. 11018, in *Guida al diritto 2018*, 23, 22, §§52 ss. con commento di C. CATANEO, *Le sezioni unite civili si pronunciano sulla natura del rimedio previsto dall'art. 35-ter, comma 3, O.P. per violazione dell'art. 3 CEDU e sul relativo termine di prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 6).

<sup>37</sup> Il CSM, con un parere tecnico sul d.d.l. di conversione del decreto 92/2014, aveva sostenuto che il rimedio compensativo ex art. 35 ter fosse esperibile solo quando il pregiudizio subito dal detenuto è “attuale”, come avviene per il reclamo ex art. 35 bis. Una siffatta interpretazione restrittiva, che tra le altre cose strideva fortemente con la natura risarcitoria del rimedio, è stata fortemente criticata dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito (E. SANTORO, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda*, 2015, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/3604-contra-csm-parlare-a-nuora-perche-suocera-intenda>, consultato il 15.10.2022).

*common law* dello *stare decisis* in un sistema di *civil law* come il nostro, sono questioni di una complessità tale da non poter essere qui discusse<sup>38</sup>.

4. *Diritti in azione e comunità degli interpreti.* – Il paradigma dei diritti fondamentali della persona detenuta comporta che le Corti nazionali siano oggi chiamate all'esercizio della funzione giurisdizionale in maniera profondamente diversa rispetto a prima. Il primo mutamento è rappresentato dal fatto che ora devono muoversi in un sistema di fonti permeabile e flessibile in un ordinamento giuridico nazionale piegato al fenomeno dell'inter-giuridicità. Oltre alla già citata giurisprudenza della Corte EDU devono, ad esempio, tener conto della normativa penitenziaria di *soft-law*, come le citate *Mandela Rules* oppure le *European prison rules*<sup>39</sup>, nonché dei rapporti e gli *standards* del Comitato europeo per la prevenzione della tortura<sup>40</sup> o del Garante nazionale per i diritti delle persone private della libertà personale.

Ma il cambiamento più significativo è rappresentato dal fatto che la funzione del magistrato di sorveglianza esce ridisegnata alla luce della nuova teoria costituzionale dei diritti fondamentali delle persone detenute. L'esercizio delle funzioni di sorveglianza, infatti, non si esaurisce più nella ristretta cornice del modello rieducativo originariamente disegnato dal legislatore nel 1975. In

---

<sup>38</sup> Si tenga presente che la stessa Corte costituzionale è spesso intervenuta sul tema del rapporto tra la giurisprudenza della Corte EDU con il diritto interno. Dapprima con le note sentenze n. 348 e n. 349 (cosiddette “gemelle”) ha riconosciuto la prevalenza delle norme convenzionali sulle norme interne incompatibili, precisando che nel caso in cui il giudice non possa interpretare “la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale” debba investire della questione la Corte. Con la successiva sentenza n. 49 del 2015 la Corte ha precisato che i giudici nazionali non possono essere considerati dei “passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale”, dal momento che sono tenuti a uniformarsi esclusivamente al diritto giurisprudenziale europeo “consolidato” (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009).

<sup>39</sup> Coe, *European Prison Rules*, Recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, Strasbourg, 2006.

<sup>40</sup> European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Standards, <https://www.coe.int/en/web/cpt/standards>, 15.10.2022.

quel sistema – ispirato al principio dell'individualizzazione del trattamento – al magistrato spettavano essenzialmente funzioni relative alla rimodulazione della pena mediante la concessione di misure alternative alla detenzione oppure benefici quali la liberazione anticipata. Nel quadro attuale, invece, a tali funzioni si affiancano anche quelle di vigilanza sull'operato dell'amministrazione e di protezione dei diritti dei detenuti. Si tratta, a ben vedere, di funzioni talmente diverse dal punto di vista procedurale e dell'oggetto che pare lecito chiedersi se non possano finire per confliggere tra loro al punto da mettere potenzialmente in dubbio la terzietà della magistratura di sorveglianza<sup>41</sup>.

In effetti, dubbi possono derivare dal fatto che l'esercizio della funzione di protezione dei diritti prevede che il giudice porti, metaforicamente, sul banco degli imputati la medesima amministrazione con cui normalmente deve avere un rapporto di stretta collaborazione. L'esercizio della funzione giurisdizionale rieducativa - nell'ambito, ad esempio, dei procedimenti per la concessione delle misure alternative - richiede infatti una stretta collaborazione con l'amministrazione penitenziaria, la quale deve fornire le relazioni e la documentazione istruttoria necessaria al giudice per valutare l'idoneità del condannato ad accedere ai benefici.

Ulteriori perplessità possono venire poi dal fatto che la Sorveglianza è solita applicare il principio *affirmanti incumbit probatio*, che fa ricadere l'onere della prova sul ricorrente, mentre nel caso dei procedimenti per violazioni di diritti delle persone recluse deve applicarsi il principio contrario. Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte EDU, infatti, l'onere della prova deve spettare all'amministrazione che, a fronte di una denuncia, deve dimostrare la

---

<sup>41</sup> Nel sistema francese per evitare tale genere di conflitti, le competenze giurisdizionali in materia di diritti dei detenuti sono affidate alla giustizia amministrativa (C. DURAND, N. FERRAN, H. DE SUREMAIN, *The European oversight of France*, in *Monitoring penal policies in Europe*, a cura di G. CLIQUENNOIS, H. DE SUREMAIN, London, 2017, p. 63).

correttezza della sua condotta<sup>42</sup>. Tale principio, è bene ricordarlo, è stato elaborato per superare le difficoltà che i reclusi possono incontrare per accedere ad una documentazione che di norma si trova nell'esclusiva disponibilità dell'amministrazione presunta responsabile della violazione. L'inversione dell'onere della prova, poi, ha anche l'indiretto scopo di proteggere il ricorrente dal rischio di ritorsioni.

Queste preoccupazioni sono confermate da una ricerca condotta nel 2015<sup>43</sup> la quale ha evidenziato come, in effetti, i magistrati di sorveglianza continuano spesso a percepire il loro ruolo come “giudici della rieducazione” e facciano fatica ad indossare i nuovi panni di giudici per la protezione dei diritti dei detenuti contro le violazioni dell'amministrazione. Di recente, una indagine sulla giurisprudenza di merito del Tribunale di sorveglianza di Firenze ha evidenziato una forte riluttanza da parte della magistratura ad usare i nuovi poteri di vigilanza assegnatigli dalla riforma<sup>44</sup>.

Tali ricerche evidenziano il ruolo centrale della cultura giuridica nel determinare le pratiche del diritto vivente, dalle quali in ultima istanza dipende l'effettività dei diritti. La vicenda che abbiamo analizzato chiarisce che il ruolo della Corte costituzionale, più che essere quello di chiusura del sistema, sembra piuttosto essere quello di mera elaborazione di principi di orientamento, principi che devono poi essere discussi e recepiti dalla comunità degli interpreti. Comunità che include non solo gli appartenenti al corpo giudiziario o all'avvocatura, ma anche tutti gli operatori del mondo dell'esecuzione penale che sono chiamati ad orientare il loro agire alla luce dei principi generali. Ad oggi

---

<sup>42</sup> Secondo la Corte EDU, nel caso in cui i fatti siano di esclusiva “conoscenza delle autorità” come nel caso di persone in custodia, vi è una “forte presunzione” rispetto alle lesioni verificatesi durante la detenzione. Spetterà al governo offrire una spiegazione convincente producendo prove che mettano in dubbio il resoconto degli eventi fornito dalla vittima (*Salman cv Turkey*, 2000, n. 21986/93, § 100). In assenza di spiegazioni convincenti, la Corte può trarre conclusioni sfavorevoli per il governo (*Bouyid v. Belgium [GC]*, 2015, 23380/09, § 83).

<sup>43</sup> CAPUTO, CIUFFOLETTI, *Marriage Italian Style*, cit.

<sup>44</sup> M.C. FROSALI, *La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti tra teoria e prassi: analisi dei provvedimenti del Tribunale di Sorveglianza di Firenze*, in *L'altro diritto*, 2021, V (<https://www.pacinieditore.it/wp-content/uploads/2015/02/8-Frosali.pdf>, consultato il 15.10.2022).

sembra prevalere, purtroppo, la tradizionale e forse ontologica impermeabilità dell'istituzione carceraria alle regole di diritto<sup>45</sup>. Purtroppo, si tende a giustificare la disfunzionalità dell'istituzione carceraria con la peculiarità del mandato istituzionale di protezione della società dal crimine. Il governo del carcere, secondo la vulgata corrente, potrebbe ben svolgersi derogando in parte ai principi generali, considerata anche la situazione di cronica emergenza in cui l'amministrazione è costretta ad operare, a causa del sovraffollamento e della carenza di risorse. Tale cultura, basata su una pericolosa combinazione di eccezionalismo ed emergenzialismo, appare del tutto estranea ai principi generali dello stato costituzionale di diritto quali quello di legalità, della giurisdizionalità e del rispetto dei diritti della persona.

---

<sup>45</sup> E. GOFFMAN, *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, New York, 1961; G. M. SYKES, *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison*, Princeton, 1958.

## LA TRASPARENZA DEI SISTEMI ALGORITMICI UTILIZZATI NEL CONTESTO LAVORATIVO FRA LEGISLAZIONE EUROPEA E ORDINAMENTO INTERNO

SAMUELE RENZI\*

*Il contributo sottopone a disamina la legislazione nazionale e unionale intervenuta in materia di opacità algoritmica quanto ai dispositivi utilizzati nel contesto lavorativo, al fine di verificare se gli istituti volti a garantire la trasparenza dei sistemi automatizzati siano adeguati allo scopo. L'autore, dopo uno sguardo d'insieme sull'emersione del valore della trasparenza algoritmica, analizza i più rilevanti interventi normativi, approfondendo le novità di cui al d.lgs. n. 104/2022. Secondo l'autore, la proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali e le previsioni del d.lgs. n. 104/2022 potranno contribuire a ribilanciare le asimmetrie informative esistenti nel rapporto lavorativo e ad aumentare la trasparenza dei sistemi di decisione (e di previsione) automatizzata utilizzati da parte del datore di lavoro.*

*The essay aims to study how the European and national legislation has regulated the risk of opacity of algorithmic technologies used in the workplace and to verify if the transparency tools adopted are sufficient and well-conceived. The author, after a general overview on the significance of the algorithmic transparency value in the workplace, examines the most relevant regulatory instruments, focusing on the novelties introduced in the Italian system by the d.lgs. n. 104/2022. According to the author, the EU Commission proposal to improve the working conditions of people working through digital platforms and the provisions of the d.lgs. n. 104/2022 will contribute to rebalance information asymmetries in the employment relationship and to correct the lack of transparency of the automated decisions making systems used in the workplace.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tutela della persona del lavoratore di fronte all'opacità algoritmica. – 3. L'emersione del valore della trasparenza nella legislazione unionale. – 4. La prima regolazione interna in materia di trasparenza dei “sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati”: il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104. – 5. Trasparenza *sufficii*?

\* Dottore di ricerca e assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2022 S. Renzi. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/lanuovagiuridica>



1. *Introduzione.* – Mentre è tutt'ora in corso il processo globale noto come *Industry 4.0*<sup>1</sup>, che anzi potremmo dire stia vivendo gli anni della propria maturità, nel dibattito<sup>2</sup> e nelle sedi istituzionali<sup>3</sup> già si affacciano riferimenti a una quinta rivoluzione industriale, che, per come descritta, parrebbe rappresentare più un'evoluzione dell'attuale modello che l'ascesa di un nuovo paradigma. Fra le caratteristiche che dovrebbe presentare la nuova fase dello sviluppo industriale suscita interesse il richiamo allo «umanocentrismo», inteso quale approccio volto a «mettere al centro del processo produttivo i bisogni e gli interessi umani»<sup>4</sup>.

Il riaccentramento delle prospettive di sviluppo dell'impresa intorno alla dimensione umana coinvolge senza dubbio i prestatori di lavoro, posto che il diritto del lavoro, per la sua vocazione protettiva<sup>5</sup>, ha da sempre disimpegnato una funzione di tutela non solo delle pretese economiche e contrattuali ma altresì della persona del lavoratore. Potrebbe, quindi, opinarsi che per il diritto del lavoro il cardine umanocentrico sul quale dovrebbe impernarsi la diffusione del nuovo modello di impresa non rappresenti una vera novità e in certa misura la proposizione potrebbe apparire esatta, dacché le legislazioni europee in materia di lavoro conoscono un livello di protezione della persona dei prestatori

---

<sup>1</sup> M. TIRABOSCHI, F. SEGHEZZI, *Il Piano nazionale Industria 4.0: una lettura lavoristica*, in *Labour & Law Issues*, 2016, II, 2, pp. 4-41; L. CORAZZA, *Industria 4.0: lavoro e non lavoro di fronte alla quarta rivoluzione industriale*, in *Economia & Lavoro*, 2017, 2, pp. 15-22; A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI, *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze, 2018; C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019.

<sup>2</sup> S. NAHAVANDI, *Industry 5.0 a human centric solution*, in *Sustainability*, 2019, 11, pp. 4371 ss.; X. XU, Y. LU, B. VOGEL-HEUSER, L. WANG, *Industry 4.0 and Industry 5.0 - Inception, conception and perception*, in *Journal of Manufacturing Systems*, 2021, pp. 530-535; P.K.R. MADDIKUNTA, Q.-V. PHAM, B. PRABADEVI *et alia*, *Industry 5.0: A survey on enabling technologies and potential applications*, in *Journal of Industrial Information Integration*, 2022, pp. 1-19.

<sup>3</sup> Si veda il Rapporto della Commissione europea del 5 gennaio 2021 “*Industry 5.0. Towards a sustainable, humancentric and resilient European industry*”.

<sup>4</sup> Ivi, p. 14.

<sup>5</sup> Sul punto, fra i molti riferimenti possibili, si vedano: E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Giornale di Diritto del lavoro e di Relazioni industriali*, 2006, 1, pp. 1-37; S. GIUBBONI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro nella recente legislazione protettiva*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2020, 1, p. 243; R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2022, pp. 27-31.

piuttosto progredito, sebbene non definitivo. L'approccio non sembra tuttavia descrivere, nemmeno per il diritto del lavoro, una mera riaffermazione di principi già acquisiti, soprattutto se letto all'interno dello specifico contesto nel quale è stato valorizzato, rappresentato dall'industria altamente tecnologizzata.

Limitando il campo di indagine solo ad alcuni aspetti dell'industria intelligente, si rileva che l'automazione, intesa come l'attitudine a ridurre o persino azzerare l'intervento dell'uomo per il raggiungimento di un determinato esito, sia andata diffondendosi in misura sempre più elevata da quando sono state inaugurate le politiche industriali 4.0. E, con un salto di qualità rispetto al passato, le macchine intelligenti impiegate nell'impresa c.d. *smart* riescono a conseguire esiti che non si risolvono solo in un *facere*, ma sono investite del compito di assumere una decisione (anche di significativo valore strategico), effettuare una previsione o impartire un comando. Com'è evidente, se per la prima tipologia di macchine le questioni di marca lavoristica che sorgono possono interessare, ad esempio, la tutela della professionalità dei prestatori, la robotizzazione di alcuni processi con conseguente perdita di impiego o, ancora, l'occupabilità di categorie di lavoratori che, anche per le ragioni anzidette, non siano in grado di ricollocarsi con facilità sul mercato, il confronto con sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati impone di valutare rischi e domande di tutela ulteriori e peculiari, sovente legate al processo di trattamento dei dati. E, infatti, una macchina intelligente, non dotata di risorse cognitive *ex natura*, può consegnare all'operatore (ovvero all'interprete) una conoscenza più raffinata e approfondita solo se in essa vengono convogliati dati, ossia elementi contenenti informazioni grezze, i quali rappresentano il c.d. carburante di avviamento di un processo (decisionale) automatizzato<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Per richiamare una metafora sovente utilizzata, fra gli altri anche da G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *Labour & Law Issues*, 2020, 2, p. 23 e A. INGRAO, "Data-Driven management" e strategie collettive di coinvolgimento dei lavoratori per la tutela della "privacy", in *Labour & Law Issues*, 2019, 2, p. 130.

Per tali ragioni, assai meritorio appare l'impegno profuso dalla dottrina<sup>7</sup> nell'approfondire la tutela della riservatezza dei lavoratori sottoposti a trattamento algoritmico<sup>8</sup>. Spesso, tuttavia, l'impiego di tali sistemi in ambito lavorativo rischia di non essere pienamente conoscibile, e quanto all'effettivo utilizzo da parte del datore di lavoro di uno specifico processo automatizzato e – ove tale consapevolezza sia invece radicata – quanto ai meccanismi di funzionamento dell'algoritmo<sup>9</sup> nonché alle possibili ricadute sul rapporto di lavoro. Ecco perché, fermo il rilievo delle esigenze di tutela inerenti alla *privacy* dei prestatori, occorre puntare l'attenzione sulla trasparenza dei sistemi algoritmici, come si tenterà nel presente studio, al fine di porre ancora una volta al centro del discorso, in omaggio ai valori predicati anche dal Rapporto della Commissione Europea del 2021, l'uomo anziché la macchina, onde verificare se attraverso una maggiore conoscibilità e intellegibilità dei sistemi in discorso possano ricavarsi avanzamenti anche sul piano delle tutele lavoristiche.

---

<sup>7</sup> A. ALOISI, E. GRAMANO, *Artificial intelligence is watching you at work: digital surveillance, employee monitoring and regulatory issues in the EU context*, in *Comparative labor law and policy journal*, 2019, p. 95 ss.; E. DAGNINO, *People analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, in *Labour & Law Issues*, 2017, III, 1, p. 1 ss.; A. DONINI, *Profilazione reputazionale e tutela del lavoratore: la parola al Garante della Privacy*, in *Labour & Law Issues*, 2017, III, 1, pp. 35 ss.; A. DONINI, *Tecniche avanzate di analisi dei dati e protezione dei lavoratori*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, 1, pp. 222 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Gli effetti del regolamento europeo GDPR sulla disciplina del trattamento aziendale dei dati del lavoratore*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2018, 4-5, pp. 1 ss.; A. TOPO, *Automatic management, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza*, in *Lavoro e Diritto*, 2018, 3, pp. 453 ss.; P. TULLINI, *Dati*, in *Lavoro digitale*, a cura di M. Novella e P. Tullini, Torino, 2022, pp. 105 ss.

<sup>8</sup> Ivi inclusa la profilazione che è considerata una particolare forma di trattamento algoritmico.

<sup>9</sup> Ai fini qui perseguiti, le locuzioni “sistemi automatizzati” o “sistemi algoritmici” possono ritenersi sinonimiche. A tal proposito risultano assai utili le precisazioni offerte dalla giurisprudenza amministrativa con una recente pronuncia: Cons. St. 25 novembre 2021, n. 7891, in *Diritto di internet*, 2022, 1, pp. 157 ss., con nota di G. GALLONE, il quale, ricostruendo il fenomeno da un punto di vista anche fattuale, indica come «sia automatizzabile (e, quindi, eseguibile da una macchina prescindendo, in tutto o in parte, dall'intervento umano) solo una funzione che sia calcolabile e che, quindi, come tale, sia risolvibile mediante un algoritmo». Per approfondimenti sul funzionamento dei processi algoritmici si v. anche E. GARZONIO, *L'algoritmo trasparente: obiettivi ed implicazioni della riforma dello Spazio digitale europeo*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2021, 2, pp. 25 ss.

2. *La tutela della persona del lavoratore di fronte all'opacità algoritmica.* – Le due aree di rischio appena delineate danno luogo a un fenomeno che, con una formula sintetica, potremmo definire di *doppia opacità*<sup>10</sup> dell'algoritmo, in quanto può non risultare evidente sia l'effettivo impiego di un sistema sia i percorsi logici da questo seguiti per la produzione di un determinato esito. Come conseguenza di un utilizzo non trasparente dei sistemi algoritmici, nei due significati ora precisati, possono prodursi effetti pregiudizievoli tanto sul piano economico-patrimoniale quanto su quello inerente alla tutela della persona del lavoratore.

Non è difficile immaginare che un algoritmo possa essere adoperato, per esempio, quale strumento di calcolo di elementi retributivi accessori, di natura variabile o premiale, rendendosi utile anche per selezionare i gruppi di lavoratori cui attribuire l'emolumento aggiuntivo. Ancora, sono bene conosciuti, in quanto largamente diffusi nel panorama europeo e nazionale<sup>11</sup>, sistemi algoritmici di *rating* o *ranking*<sup>12</sup> finalizzati a tracciare un profilo reputazionale dei prestatori, soprattutto nel settore del lavoro su piattaforma. Ebbene in ipotesi siffatte, se probabilmente è arduo nascondere l'effettivo utilizzo di un algoritmo, non altrettanto potrebbe dirsi quanto alla seconda delle due opacità descritte, dal

---

<sup>10</sup> La formula “doppia opacità” non è diffusa, sebbene la si ritenga esplicativa. Tuttavia vari Autori hanno segnalato i rischi in esame: G. GAUDIO, *L'algoritmico management e il problema della opacità algoritmica nel diritto oggi vigente e nella Proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni dei lavoratori tramite piattaforma*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2022, 1, pp. 1 ss.; M. PERUZZI, *Lavoro agile: flessibilità temporale, (dis)connessione, controllo. Una riflessione in prospettiva giuslavoristica*, in *Il lavoro da remoto*, a cura di M. Peruzzi e D. Sacchetto, Torino, 2022, p. 20; C. SPINELLI, *La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di Direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2022, 2, pp. 1 ss.

<sup>11</sup> In giurisprudenza, fra le pronunce intervenute con riferimento alle note vicende che hanno riguardato i ciclofattorini e le piattaforme di *food delivery*, si ricordano: Trib. Palermo, 3 agosto 2022, in *DeJure*; Trib. Torino, 18 novembre 2021, in *DeJure*; Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2, 2020, pp. 488 ss., con nota di M.T. CARINCI; Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2021, 2, pp. 188 ss., con nota di G. GAUDIO.

<sup>12</sup> O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, 2, pp. 345 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *La subordinazione in trasformazione*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2021, 4, pp. 1125 ss.

momento che spesso il linguaggio utilizzato dai sistemi intelligenti appare oscuro e di difficile comprensione, con evidenti ricadute sul piano delle pretese a contenuto economico quali la consistenza della retribuzione o la possibilità di verificare l'attribuzione di maggiori o minori occasioni di lavoro.

Allo stesso modo, l'espressione delle prerogative datoriali per il tramite di sistemi automatizzati non trasparenti potrebbe impattare sulla dignità, sulla salute e sulla personalità morale dei prestatori di lavoro, tanto nell'esercizio del potere di controllo, ove il monitoraggio venga attuato grazie a dispositivi algoritmici di cui fossero ignoti sia l'effettivo utilizzo sia i meccanismi di funzionamento, quanto nell'esplicazione del potere direttivo, ove un sistema automatizzato venga abilitato ad impartire comandi ai prestatori sotto forma di messaggi di testo o grazie a sistemi di comunicazione non verbale<sup>13</sup>, che potrebbero trasmettere informazioni non comprensibili o criptiche<sup>14</sup>. Ciò, secondo la letteratura intervenuta in materia, potrebbe dare luogo a stati di frustrazione e di estraniamento, con pregiudizio per la salute psicofisica e per il benessere di quei dipendenti resi destinatari di indicazioni errate e, magari, del tutto irrazionali. A tal proposito, alcune voci hanno sottolineato che quando i dipendenti vengono diretti da algoritmi che assumono decisioni da essi percepite come ingiuste potrebbe risultare disorientata la loro «bussola morale»<sup>15</sup> e, di conseguenza, potrebbero presentarsi con maggiore probabilità episodi di comportamenti non etici o disciplinarmente rilevanti.

È quindi certo, come altresì testimoniato dai numerosi studi occorsi sul tema, che il c.d. “effetto scatola nera” dei sistemi algoritmici, per le conseguenze dannose che potrebbe innescare, meriti di essere antagonizzato con tecniche

---

<sup>13</sup> Si pensi, a tal proposito, a strumenti *wearable*, come il braccialetto elettronico, che guidano il prestatore attraverso impulsi o suoni.

<sup>14</sup> J. DANAHER, *The threat of algocracy: Reality, resistance and accommodation*, in *Philosophy & Technology*, 2016, 3, pp. 245 ss.; S. LEBOVITZ, H. LIFSHITZ-ASSAF, N. LEVINA, *Doubting the diagnosis: How artificial intelligence increases ambiguity during professional decision making*, New York, 2019.

<sup>15</sup> D. BEUNZA, *Taking the floor: Models, morals, and management in a wall street trading room*, Princeton, 2019.

regolative efficaci. Allo stesso tempo, al fine di non vanificare una volta per tutte le molte potenzialità offerte da tali innovative forme di esercizio delle prerogative datoriali, non sarebbe soddisfacente l'imposizione di meri divieti<sup>16</sup>, posto che problematiche complesse richiedono risposte articolate e l'impiego di molteplici strumenti normativi in grado di operare anche su piani diversi.

3. *L'emersione del valore della trasparenza nella legislazione unionale.* – Le criticità sottese alle dianzi descritte caratteristiche dei sistemi automatizzati hanno ricevuto ampia attenzione in ambito eurounitario, tant'è che sono state tentate, in diversi ambiti, varie risposte regolative, sempre nel segno del valore della trasparenza, emerso quale antidoto eguale e contrario a quella opacità che degli algoritmi – o, meglio, dei loro concreti impieghi – può rappresentare un connotato distintivo.

Anzitutto il Reg. UE 2016/679, meglio noto con l'acronimo GDPR, occupandosi anche di elaborazione dei dati attuata per mezzo di dispositivi automatizzati, ha promosso la trasparenza quale principio informante di sé qualsiasi tipologia di trattamento, come stabilito in apertura già all'art. 5, co. 1, lett. a). E, a ben vedere, ossia mediante una lettura integrata di tale norma con il disposto dei considerando nn. 39, 58 e 60, che predicano sia l'obbligo di rendere edotto l'interessato sull'esistenza di un trattamento dei dati sia di veicolare l'informativa attraverso strumenti facilmente intellegibili, si evince che già in tale sede il legislatore unionale ha tenuto in seria considerazione il rischio dell'opacità.

Nella parte precettiva del Regolamento, gli artt. 13, par. 2, lett. f) e 14, par. 2, lett. g), in materia di diritti di informazione, e l'art. 15, par. 1, lett. h), rubricato "diritto di accesso dell'interessato", con formule pressoché identiche, impongono, da un lato, che il soggetto passivo del trattamento abbia il diritto di

---

<sup>16</sup> Sul punto mi sia consentito rinviare a S. RENZI, *Decisioni automatizzate, analisi predittive e tutela della privacy dei lavoratori*, in *Lavoro e diritto*, 2022, 3, pp. 583 ss.

essere informato sull'attivazione di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, e sulle relative modalità di funzionamento, e, dall'altro lato, che sia assicurato il diritto di accedere alle relative informazioni e ai dati connessi. Ciò implica che il soggetto coinvolto in un sistema di *automated decision making* debba poter sapere dell'eventualità di essere sottoposto a decisioni automatizzate e a sistemi di profilazione e debba altresì essere informato sulle modalità di funzionamento del sistema (quindi, dell'algoritmo) utilizzato. Come segnalato<sup>17</sup>, ciò che invece non sembra essere previsto è il diritto a ottenere una spiegazione specifica in merito all'assunzione, grazie a un processo automatizzato, di una decisione concreta e determinata. In altre parole, il Regolamento non prevede che il singolo vanti il diritto a conoscere attraverso quali meccanismi il sistema automatizzato sia pervenuto a un determinato esito, circostanza da cui non può che derivare una significativa compressione delle tutele, dal momento che la consegna di una informativa generica potrebbe non consentire la ricostruzione del processo logico ad esso sottostante.

Sul punto le Linee Guida sui processi decisionali automatizzati<sup>18</sup> parrebbero aggravare in maniera non irrilevante gli obblighi del titolare del trattamento, a tutto beneficio del soggetto al quale appartengono i dati utilizzati, che vedrebbe quindi estese le proprie possibilità di tutela. Se, infatti, quanto ai diritti di informazione (artt. 13 e 14), viene semplicemente ribadito che il titolare del trattamento è gravato del mero dovere di «spiegare in maniera chiara e semplice alle persone interessate come funziona la profilazione o il processo decisionale automatizzato», riguardo al diritto di accesso viene indicato che l'art. 15 conferisce all'interessato il diritto di ottenere «informazioni dettagliate sui dati personali utilizzati per la profilazione, ivi comprese le categorie di dati impiegati per creare un profilo». Tali affermazioni sembrerebbero ampliare il perimetro del

---

<sup>17</sup> G. GAUDIO, *Algorithmic management*, cit., p. 32.

<sup>18</sup> Si tratta delle c.d. "Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del Regolamento 2016/679", adottate il 3 ottobre 2017 e poi successivamente emendate.

diritto di accesso, soprattutto alla luce della successiva precisazione contenuta nelle stesse Linee guida, a mente della quale «oltre alle informazioni generali sul trattamento, ai sensi dell'art. 15, par. 3, il titolare del trattamento deve rendere disponibili i dati utilizzati come input per creare il profilo, e consentire l'accesso alle informazioni sul profilo e ai dettagli dei segmenti nei quali l'interessato è stato inserito».

Il coinvolgimento di organi di garanzia potrebbe, inoltre, integrare l'articolato di tutele previsto dagli artt. 13-15 del GDPR, consentendo l'assunzione, in una fase preventiva, di ogni informazione tecnica necessaria per comprendere il funzionamento dell'algoritmo impiegato e completare le potenzialità offerte dal diritto di accesso – da esercitarsi, com'è naturale, *ex post* – secondo la più estesa perimetrazione che indicano le Linee guida. Grazie a tale intreccio di tecniche potrebbero accrescersi le possibilità di rendere intellegibile, e dunque anche sindacabile in giudizio, la decisione assunta dall'algoritmo, saggiandone i profili di eventuale incompatibilità sia con la normativa *privacy* sia con il sistema lavoristico, ove, ad esempio, la macchina intelligente producesse scelte discriminatorie<sup>19</sup> o non giustificate sotto un profilo che potremmo definire, sia pure in termini latini, oggettivo.

Una siffatta impostazione di tipo partecipativo<sup>20</sup> potrebbe favorire la predisposizione di strumenti collettivi di protezione della riservatezza dei prestatori e accrescere le cognizioni dei singoli intorno all'esistenza e al peculiare funzionamento dei sistemi di decisione automatizzata, ivi compresa la profilazione, adottati nelle diverse realtà aziendali. Ciò, per altro verso, imporrebbe agli attori collettivi, che davvero volessero occuparsi di un tema ad oggi ancora poco dibattuto in ambito sindacale, di creare i presupposti, anche

---

<sup>19</sup> Quanto all'aspetto delle discriminazioni algoritmiche si v. M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labour & Law Issues*, 2021, 1, pp. 3 ss.

<sup>20</sup> Suggesta da più voci in dottrina: V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2018, p. 1442; INGRAO, *"Data-Driven management" e strategie collettive*, cit., p. 140.



mediante la formazione interna dei propri dirigenti e dei rappresentanti, per trattare i fenomeni descritti in maniera informata e consapevole.

Il Regolamento europeo sulla protezione dei dati è un testo che, ai fini, potremmo definire generalista, in quanto non prevede disposizioni specifiche in materia di trasparenza dei sistemi automatizzati impiegati in ambito lavorativo. Per ricercare riferimenti di maggiore pregio contenutistico, occorre quindi concentrare l'esame su due recenti proposte normative che toccano più da vicino i temi oggetto di indagine, con l'obiettivo di saggiare la portata delle relative previsioni.

In esito a un dibattito che ha coinvolto tutte le principali istituzioni dell'Unione<sup>21</sup>, nel 2021 è stata presentata da parte del Parlamento europeo e del Consiglio una Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale, che persegue l'obiettivo di creare un quadro giuridico non eccessivamente restrittivo, al fine di non mortificare le potenzialità offerte dalle nuove tecnologie, secondo un "approccio normativo orizzontale", il quale pure sembra prendere in considerazione alcune questioni d'interesse lavoristico. In particolare, l'art. 13, deputato a regolare la trasparenza dei c.d. "sistemi ad alto rischio" – fra i quali, secondo l'Allegato III, rientrano quelli utilizzati in ambito lavorativo<sup>22</sup> – dispone che gli utenti debbano potere essere posti nelle condizioni di «interpretare l'*output* del sistema e utilizzarlo adeguatamente». Ancora, l'art. 52 prevede che quando un sistema di intelligenza artificiale sia utilizzato per interagire con persone fisiche, queste debbano essere debitamente informate della circostanza, salvo che ciò non risulti evidente, anche dal contesto.

Le due norme, se lette in maniera sinottica, sembrerebbero configurare una valida combinazione di dispositivi volti a contrastare la *doppia opacità* di cui si

---

<sup>21</sup> Si veda il punto n. 1 della Relazione illustrativa della Proposta.

<sup>22</sup> Il punto 4 dell'Allegato III menziona, nello specifico: «a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per l'assunzione o la selezione di persone fisiche [...]; b) l'IA destinata a essere utilizzata per adottare decisioni in materia di promozione e cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, per l'assegnazione dei compiti e per il monitoraggio e la valutazione delle prestazioni e del comportamento delle persone nell'ambito di tali rapporti di lavoro».

sono tratteggiati i contorni nelle pagine precedenti; tuttavia, la prima di esse sconta un limite di ristrettezza applicativa derivante dalla propria formulazione. Secondo il testo dell'art. 13, il relativo campo soggettivo di efficacia è circoscritto ai soli «utenti dei sistemi di IA», fra i quali non rientrano i lavoratori. La Proposta, infatti, per “utenti” intende «qualsiasi persona fisica o giuridica [...] che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità» (art. 3), con la precisazione, riportata al considerando n. 36, secondo cui i lavoratori *non* dovrebbero essere considerati utenti ai sensi regolamento, al fine di sottrarli dal rispetto degli obblighi imposti a tale categoria di soggetti<sup>23</sup>.

Dunque, sebbene da una prima lettura il testo in esame potrebbe lasciare emergere un efficace combinato di regole, l'applicazione dei presidi di trasparenza *ex* art. 13 non risulta invocabile da parte dei prestatori eventualmente sottoposti alle direttive o al monitoraggio di un sistema automatizzato dotato di intelligenza artificiale. Per conseguenza, l'effettiva rilevanza a fini lavoristici risulta scarsa, risolvendosi nel solo obbligo di informativa circa l'*an* dell'utilizzo di un sistema automatizzato previsto all'art. 52.

Verificato il modesto valore delle norme appena passate in rassegna, conviene spostare il fuoco della disamina sulla Proposta di Direttiva relativa al miglioramento delle condizioni nel lavoro mediante piattaforme digitali, che invece dedica ampia attenzione alla trasparenza dei sistemi automatizzati in uso nel contesto lavorativo. Del resto, considerate le criticità segnalate<sup>24</sup> in punto di opacità delle piattaforme digitali, non sarebbe risultata soddisfacente una ipotesi di disciplina che non avesse contemplato dei limiti, anche minimi, alla c.d. “gestione algoritmica”. E, così, mentre l'art. 6 introduce una serie di obblighi di informazione che potremmo considerare espressione di un principio di trasparenza in senso stretto, gli artt. 7 e 8, in maniera affine a quanto prescritto dall'art. 22 del GDPR, pretendono che l'esercizio dei poteri datoriali per mezzo di

---

<sup>23</sup> Si pensi, ad esempio, agli obblighi di cui all'art. 29 o di cui all'art. 61 della Proposta.

<sup>24</sup> V. nota 10. Ma anche la stessa Relazione alla Proposta di direttiva è percorsa da ampi richiami ai rischi sottesi all'opacità algoritmica, così come i considerando n. 26, 30 e 32.

algoritmi non sia esclusivo. Tale approccio si ispira al modello matematico c.d. *human in the loop*<sup>25</sup> secondo il quale l'intelligenza umana deve essere coinvolta nei processi automatizzati al fine di perfezionare, monitorare ed eventualmente anche correggere i risultati prodotti dalla macchina.

Le tre norme danno forma a una serie di istituti che appaiono preordinati a funzionare in maniera integrata.

La portata degli obblighi informativi *ex art. 6* – articolati su due piani distinti per i sistemi di monitoraggio e i sistemi decisionali automatizzati, con un aggravamento di vincoli per questi secondi, in riferimento ai quali deve essere comunicato anche il *modus operandi* dell'algoritmo e i dati posti alla base della decisione<sup>26</sup> – è infatti potenziata dall'obbligo di cui agli artt. 7 e 8 che impone la sorveglianza e il riesame per mezzo di un controllore umano delle decisioni assunte dal sistema automatizzato. Il combinato disposto che si viene così a creare sembra assicurare validi presidi regolativi, utili a contrastare entrambe le opacità di cui si è trattato, mediante la valorizzazione di una prospettiva antropocentrica e non esclusivista, che dovrebbe consentire ai prestatori di godere di un ambiente di lavoro maggiormente sicuro e orientato alla tutela della persona e della sua dignità. Peraltro, è bene avvertire che il soggetto umano esercitante il controllo sul sistema automatizzato dovrebbe godere di un adeguato grado di discernimento e agire con facoltà di giudizio, non potendosi ritenere appaganti interventi che fossero volti a un'esecuzione passiva di quanto già stabilito da un decisore automatizzato.

A completamento del sistema, l'art. 9 impone altresì un coinvolgimento degli attori collettivi, assicurando loro diritti di informazione e consultazione in

---

<sup>25</sup> A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, p. 79.

<sup>26</sup> Per i sistemi decisionali, infatti, al punto 2, lett. b, dell'articolo è richiesto che il datore di lavoro informi i propri dipendenti in merito a: «ii) le categorie di decisioni che sono prese o sostenute da tali sistemi; iii) i principali parametri di cui tali sistemi tengono conto e l'importanza relativa di tali principali parametri nel processo decisionale automatizzato, compreso il modo in cui i dati personali o il comportamento del lavoratore delle piattaforme digitali incidono sulle decisioni».

merito all'adozione e circa l'utilizzo di sistemi automatizzati incidenti sull'organizzazione e le condizioni di lavoro, nonché il diritto di farsi assistere da un esperto (si ipotizzi il caso in cui risulti particolarmente complesso leggere un algoritmo), il cui costo, nelle imprese di maggiori dimensioni, ossia con oltre cinquecento dipendenti, dovrebbe essere sopportato da parte del datore di lavoro.

Come si è osservato, la Proposta si è incaricata di tratteggiare dispositivi normativi volti alla promozione della trasparenza con un dettaglio contenutistico certamente apprezzabile e senz'altro superiore ai testi regolativi previamente analizzati. Tuttavia anch'essa soffre un limite, che è quello della settorialità, essendo essa deputata a orientare le regolazioni nazionali riguardanti il solo ambito del lavoro reso mediante piattaforme digitali.

4. *La prima regolazione interna in materia di trasparenza dei “sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati”*: il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104. – Con il d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, conosciuto nel dibattito anche come “Decreto Trasparenza”, sono state recepite nell'ordinamento domestico le previsioni della Direttiva n. 1152/2019, arricchendo, mediante la tecnica della novella, il testo del d.lgs. n. 152/1997 in cui è fissato l'elenco delle informazioni applicate o applicabili al costituendo rapporto di lavoro che il datore è tenuto a fornire al momento della sottoscrizione del contratto ovvero con una successiva comunicazione<sup>27</sup>. Nell'occasione, il legislatore nazionale ha altresì aggiunto al corpo del d.lgs. n. 152/1997 il nuovo art. 1-*bis*, che prevede specifici obblighi di trasparenza allorché l'imprenditore si determini a utilizzare sistemi decisionali o di monitoraggio

---

<sup>27</sup> Sul punto si v. A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pisa, 2022, pp. 138-142.

automatizzati, spingendosi quindi oltre le indicazioni della direttiva, silente su questo specifico punto<sup>28</sup>.

L'ampio fascio di prescrizioni contemplate dalla norma attinge, in maniera probabilmente consapevole, ai contenuti della Proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni nel lavoro mediante piattaforme digitali, anticipando sul piano interno l'adozione di misure in merito alle quali non sono state ancora pronunciate parole definitive nelle sedi europee. E, se il calco appare ben riuscito, attesa l'evidente affinità tra l'art. 6 della Proposta e il nuovo art. 1-*bis* inserito nel D.lgs. n. 152/1997, il legislatore nazionale, con la scelta di inserire la norma nell'ambito di una fonte che conosce un perimetro applicativo molto ampio, ha sanzionato la valenza trasversale del concetto di trasparenza algoritmica, superando anche su tale aspetto i proponimenti unionali.

Venendo alle concrete declinazioni del principio, ancora una volta si registra come le soluzioni adottate mirino ad avversare, con lo scopo di neutralizzarli, l'eventuale impiego occulto di sistemi automatizzati nonché la relativa inintelligibilità.

Il co. 1 del nuovo art. 1-*bis* pone infatti in capo al datore di lavoro l'obbligo di avvisare il lavoratore circa l'utilizzo di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, facendo salve – ma la precisazione è apparsa finanche superflua – le garanzie di cui all'art. 4 St. lav. In verità, la formulazione del co. 1 si mostra più articolata e ricca di dettagli in merito alle caratteristiche dei sistemi che ricadono nella sfera di applicabilità della norma, tant'è che si è reso necessario un intervento chiarificatore del Ministero del lavoro, onde scongiurare un'estensione a tutto campo dell'obbligo. A tale fine, la circolare n. 19 del 20

---

<sup>28</sup> A tal proposito, conviene segnalare che il tema è altresì emerso nell'ambito delle discussioni parlamentari, attirando le critiche della XI Commissione permanente del Senato, che nello Schema di parere ha rilevato il possibile contrasto della norma in esame con le disposizioni di cui all'art. 14, L. 28 novembre 2005, n. 246, che detta criteri atti a evitare che nel recepimento di direttive comunitarie si introducano livelli di regolazione superiore a quelli minimi richiesti dalla direttiva stessa. E, siccome il livello di regolazione introdotto è apparso «ampiamente più gravoso e complesso di quanto non richieda la direttiva 2019/1152», la Commissione ha ritenuto di evidenziare la «non ammissibilità» della previsione.

settembre 2022 ha precisato che l’informativa risulta necessaria solo ove abbia luogo «un’attività interamente automatizzata finalizzata ad una decisione datoriale» e non quando l’imprenditore si serva per la gestione del rapporto di lavoro di un dispositivo informatico guidato da un’intelligenza umana. Sul versante dell’attività di controllo, stante l’estesa formulazione del precetto legale, è stato invece confermato che l’informativa sia obbligatoria ogniqualvolta vengano utilizzati sistemi algoritmici preordinati a fornire «indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l’adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori», quand’anche i dati raccolti siano poi vagliati e rielaborati da un decisore umano. Del resto una diversa lettura avrebbe dato luogo a un’antinomia con il disposto dell’art. 4, co. 3, St. lav.

Nel prosieguo, segnatamente al co. 2, la norma si occupa della c.d. “seconda opacità”, imponendo la condivisione di informazioni in merito agli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l’utilizzo dei sistemi automatizzati nonché riguardo alla “logica ed al funzionamento dei sistemi» e alle categorie dei dati coinvolti, al fine di consentire un’effettiva leggibilità degli algoritmi. Grazie a tali misure dovrebbe risultare più agevole la comprensione degli *output* decisionali e, dunque, delle determinazioni assunte dal datore di lavoro, con maggiori possibilità di sindacarne la legittimità anche in sede processuale, sebbene – occorre avvertire – non sia previsto il diritto a ottenere una dettagliata spiegazione in ordine all’assunzione di una specifica e determinata decisione, similmente a quanto si è rilevato nel par. 3 riguardo ai diritti di informativa previsti dal GDPR.

Convergono verso il solco tracciato dalla Proposta di direttiva anche le disposizioni di cui ai co. 3 e 6, lì dove viene assicurato alle organizzazioni sindacali il diritto di ricevere tutte le informazioni previste dall’art. 1-*bis* nonché il diritto di assistere i singoli lavoratori nell’effettuare ulteriori richieste al datore di lavoro volte a ottenere informazioni di maggiore dettaglio.

5. *Trasparenza sufficit?* – Attraverso la disamina coltivata è stata messa in luce l'emersione del valore della trasparenza, sia nell'ordinamento nazionale che in quello eurounitario, e la sua effettiva traduzione in dispositivi giuridici facenti parte di testi vigenti – cioè il d.lgs. n. 104/2022 – ovvero rilevanti in una prospettiva *de jure condendo* (in particolare, le due Proposte analizzate nel par. 3).

Pare obbligato in tale sede un confronto con il quesito riguardante la rilevanza del valore della trasparenza nonché l'utilità degli istituti volti ad assicurarne il rispetto; interrogativo che, rimasto sullo sfondo durante il commento delle soluzioni adottate o ipotizzate dal legislatore (*rectius* dai legislatori), adesso esige alcune risposte, sia pure senza alcuna pretesa di definitività.

Già in apertura si evidenziava che il dibattito in merito all'impatto della digitalizzazione e dei sistemi algoritmici nel contesto lavorativo abbracci un'ampia serie di tematiche e che in molti casi (si pensi ai c.d. *riders* o più in generale ai lavoratori su piattaforma) siano in gioco finanche le fondamentali tutele assicurate dal diritto del lavoro, a partire dalla corretta qualificazione del rapporto fino alle questioni di natura retributiva. In altri termini, per i lavoratori digitali o sottoposti alle decisioni, alle previsioni nonché al monitoraggio di un sistema automatizzato non è scontata l'applicazione degli istituti protettivi tipici e, quand'anche venga ottenuto il riconoscimento della subordinazione, può risultare problematico assicurare effettività alle tutele<sup>29</sup>. Particolarmente complessa, ad esempio, appare la sfida di garantire il godimento di quei diritti la cui consistenza dipende dal rilevamento del tempo di lavoro<sup>30</sup>, dacché anche l'eventuale riconoscimento dell'eterodirezione e il conseguente collocamento nel recinto normativo della subordinazione non risolverebbe il tema della

---

<sup>29</sup> P. TULLINI, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in *Labour & Law Issues*, 2022, 1, p. 54.

<sup>30</sup> F. GHIANI, *Il ruolo del tempo e dell'orario di lavoro attraverso la giurisprudenza sui "riders"*, in *Labour & Law Issues*, 2022, 1, pp. 72 ss.

misurazione temporale della prestazione e quindi resterebbe irrisolta ogni questione inerente all'eventuale adeguatezza della retribuzione, alla maturazione di riposi e ferie, alla quantificazione degli oneri contributivi. Su tale punto, come più in generale sulle tutele per così dire classiche, gli istituti costituenti predicato del principio di trasparenza non compiono alcun significativo avanzamento ma, del resto, neppure era loro demandato un compito di tale specie.

Le valutazione circa la portata degli obblighi in materia di trasparenza dei sistemi c.d. *smart* deve piuttosto riguardare la loro capacità di offrire un'adeguata riequilibrio delle asimmetrie informative e un'efficace correzione alla c.d. *doppia opacità* del potere algoritmico. Misurando su questo specifico terreno e, com'è naturale, secondo un criterio prognostico le prerogative accordate ai lavoratori e ai loro rappresentanti da parte degli istituti descritti nel corso della disamina, il giudizio muta di segno giacché si rivela ampio il contenuto delle prescrizioni alle quali si deve conformare il datore di lavoro per rendere effettivamente trasparente, quanto all'*an* e al *quomodo*, l'esercizio delle proprie prerogative mediante dispositivi automatizzati. Anzi, a opinione di chi scrive, il bilanciamento realizzato appare soddisfacente proprio e in quanto non vengono introdotti nuovi vincoli ai poteri datoriali circa l'ampiezza delle facoltà di cui essi si sostanziano, ma – come testimoniato dal richiamo all'art. 4 St. lav. – vengono tenuti fermi i limiti già esistenti, che dunque operano sia quando un potere venga esercitato in forma tradizionale sia nel caso in cui l'impresa faccia ricorso ad un algoritmo. Un simile assetto, invero conferente con quei propositi di sviluppo c.d. "umanocentrico" perseguiti dalle politiche europee<sup>31</sup>, aggiunge un tassello al quadro di tutele già previste dall'ordinamento lavoristico, secondo una prospettiva di tutela della persona del prestatore, che, pur non occupandosi di *tutte* le questioni sollevate dalla digitalizzazione del lavoro, risponde in maniera non banale all'avvertita necessità di accrescere le conoscenze e la consapevolezza dei soggetti destinati a operare nell'impresa a stretto contatto con sistemi

---

<sup>31</sup> Si v. par. 1.



tecnologici che tendono a dissimulare sia la propria presenza sia il contenuto della propria attività decisionale, predittiva o di monitoraggio.

Può ben pensarsi che gli avanzamenti di tutele conseguiti siano ancora insufficienti, ma non pare dubitabile che quanto al capitolo della trasparenza l'impatto degli istituti di nuova introduzione sarà incisivo e determinerà rilevanti modificazioni nel modo di operare degli algoritmi.

***DIVORTIUM E TUTELA DEL CONIUGE “DEBOLE”:******MULIER, UXOR, MATER***<sup>1</sup>

FRANCESCA ROSSI\*

*Il presente contributo propone una breve riflessione sulla tutela del coniuge “debole” nel diritto romano, alla luce degli strumenti previsti a favore della donna a seguito dello scioglimento del matrimonio. A tal fine, sono presi in esame gli istituti della dote e della donazione nuziale (ante e propter nuptias), quali apporti patrimoniali funzionali alla vita coniugale. In particolare, viene considerato il regime giuridico di entrambi in conseguenza del divorzio, attraverso un riferimento alla restituzione e alle trattenute dotali (retentiones), nonché all’usufrutto legale della donazione nuziale in favore della moglie. Il lavoro si sofferma poi sull’obbligo alimentare nei confronti della prole, come risultante dal senatoconsulto Planciano, relativo al riconoscimento dei figli nati post divortium. In ciascuno di tali istituti emerge non soltanto una logica di favor mulieris, ma anche e soprattutto di favor matris, suggerendo la conclusione che si tratti di strumenti volti alla tutela della donna in quanto mater (oltre che moglie), più che della donna in quanto (semplicemente) UXOR.*

*This paper proposes a brief reflection on the protection of the “weak” spouse in Roman law, in the light of the instruments provided for women following the dissolution of marriage. To this end, the institutes of dowry and nuptial donation (ante and propter nuptias) are examined, as capital contributions functional to married life. In particular, the legal regime of both is considered as a consequence of divorce, through a reference to restitution and dotal withholdings (retentiones), as*

---

<sup>1</sup> Il presente contributo nasce a valle di un seminario interdisciplinare, organizzato il 29 novembre 2021 nell’ambito del corso di dottorato in Scienze giuridiche dell’Università degli Studi di Firenze, dedicato alla tutela del “coniuge debole” nella separazione e nel divorzio. Obiettivo del seminario era offrire una riflessione sul tema in chiave diacronica, al fine di coglierne i profili evolutivi nel corso della storia, partendo dall’esperienza del diritto romano, passando dal diritto intermedio, con peculiare riferimento alla codificazione ottocentesca, per giungere, infine, alla disciplina civile attualmente vigente in Italia, con peculiare attenzione alle più recenti pronunce giurisprudenziali in materia.

\* Dottoressa di ricerca in Scienze Giuridiche e docente a contratto presso l’Università degli Studi di Firenze.

*well as the legal usufruct of the nuptial gift in favour of the wife. The work then dwells on the alimony obligation towards the offspring, as resulting from the senatus consultum Plancianum on the recognition of children born post divortium. In each of these institutions there emerges not only a logic of favor mulieris, but also and especially of favor matris, suggesting the conclusion that these are instruments aimed at protecting women as mater (as well as wife) rather than women as (simply) uxor.*

SOMMARIO: 1. Premessa: tutela della *uxor* o della *mater*? – 2. La sorte della dote dopo il divorzio: restituzione dotale e *retentiones*. – 3. La donazione *ante nuptias... post divortium*. – 4. L’obbligo alimentare nei *senatus consulta de partu agnoscendo*. – 5. In conclusione: *favor mulieris* o *favor matris*?

1. *Premessa: tutela della uxor o della mater?* – Il tema della tutela del coniuge “debole” nell’ambito dello scioglimento del matrimonio conseguente al divorzio, letto dalla prospettiva dell’odierno diritto civile, evoca immediatamente i profili legati alla solidarietà familiare, alla capacità patrimoniale dei coniugi e agli obblighi di mantenimento. Se, dal punto di vista del diritto romano, l’argomento non può essere affrontato secondo tali parametri, ciò non esclude la possibilità di intravedere, in alcuni istituti e dati normativi, elementi che lasciano emergere, più o meno direttamente e consapevolmente, forme di tutela del coniuge “debole” (nel mondo antico sempre identificabile nella parte femminile).

Un primo elemento rilevante in ordine alla posizione della donna a seguito del divorzio è individuabile nell’istituto della dote, quale conferimento patrimoniale costituito dalla moglie in favore del marito e volto a contribuire agli “oneri” connessi alla vita familiare. In particolare, rispetto alla condizione del coniuge “debole”, assume interesse il regime della restituzione dotale, che (seppur affiancato dal “correttivo” rappresentato dalle *retentiones*) consentiva di tutelare colei che, a fronte di un ripudio, si fosse trovata priva di mezzi di sostentamento. Un’analoga *ratio*, peraltro, pare fondare anche il diverso istituto, in certo modo speculare alla dote, della *donatio ante* (e poi in età postclassica *propter*) *nuptias*, effettuata dal marito verso la donna e destinata ad assicurare il mantenimento della moglie dopo l’eventuale scioglimento del matrimonio.

Accanto alla *dos* e alla *donatio*, un ulteriore ambito di interesse rispetto al tema della tutela del coniuge “debole” è rappresentato dagli obblighi alimentari a

carico dei genitori nei confronti dei figli nati dopo lo scioglimento del matrimonio. Il diritto agli alimenti, infatti, pur avendo trovato una compiuta regolamentazione soltanto nel II secolo d.C., fu oggetto già in precedenza di alcuni interventi senatori (c.d. *senatus consulta de partu agnoscendo*), che, in certa misura, anticiparono la normativa dei secoli successivi. Tra questi provvedimenti assume particolare rilievo il senatoconsulto Planciano, che, nell'affrontare il problema del riconoscimento della filiazione dopo il divorzio, sembra aver prefigurato un obbligo paterno agli alimenti, introducendo così una forma di tutela non solo dei figli, ma anche della madre, altrimenti gravata in via esclusiva degli oneri di crescita del nato *post divortium*.

Assumendo i citati istituti e provvedimenti come prioritario oggetto di analisi, può essere interessante indagare se effettivamente questi siano volti a tutelare il coniuge “debole”, e quindi la donna (*mulier*) in quanto (semplicemente) “moglie” (*uxor*), oppure se gli stessi non mirino piuttosto a tutelare la moglie in quanto “madre” (*mater*); o, addirittura, se tali istituti e disposizioni, pur coinvolgendo la moglie (coniuge “debole”), in verità siano concepiti a tutela della prole nata da un’unione legittima (*iustae nuptiae*) e, dunque, solo indirettamente e di riflesso si riverberino sulla posizione della moglie (che sia anche madre), pur determinando, in ultima analisi, un vantaggio per quest’ultima<sup>3</sup>.

2. *La sorte della dote dopo il divorzio: restituzione dotale e retentiones.* – Il primo istituto che occorre prendere in considerazione rispetto al tema della

---

<sup>3</sup> L’interrogativo proposto rende opportuna una precisazione preliminare, relativa ai termini genericamente utilizzati (*mulier*, *uxor*, *mater*): com’è noto, dote e donazione nuziale sono istituti che nascono in rapporto ad un matrimonio legittimo (*iustae nuptiae*); pertanto, in assenza di unione legittima, non si avrà luogo né all’una né all’altra. Da ciò discendono due conseguenze: in primo luogo, posto che la donna è *mulier* a prescindere dal matrimonio, mentre è *uxor* se e quando sposata, ne consegue che la dote (che presuppone un matrimonio) sarà prevista nel solo caso in cui la *mulier* sia *uxor*. In secondo luogo, posto che la donna può essere madre tanto se sia *uxor*, quanto se non lo sia, la dote (in quanto istituto riservato al matrimonio) potrà servire alla tutela del figlio partorito dalla *uxor* (*iusta*), e non dalla *mulier* che *uxor* non sia. In altre parole, la questione prospettata, che ipotizza un’attitudine degli istituti legati al matrimonio a giovare ai figli, deve intendersi limitata all’ipotesi dei figli nati da *iustae nuptiae*, e non relativa ai figli di per sé.

tutela della donna a seguito dello scioglimento del matrimonio è la dote<sup>3</sup>, con particolare riferimento alla disciplina della sua restituzione<sup>4</sup>.

In merito all'origine di tale istituto è stato ipotizzato che essa sia sorta con riferimento al matrimonio *cum manu*, nel quale la donna, a seguito della *conventio*, entrava a far parte della famiglia del marito, perdendo ogni rapporto (e conseguentemente ogni aspettativa successoria) con la propria famiglia d'origine. È possibile, dunque, che la dote fosse funzionale a bilanciare, attraverso il conferimento di beni o diritti, lo spostamento patrimoniale conseguente all'ingresso di un nuovo membro (la moglie *in manu*) all'interno

---

<sup>3</sup> Com'è stato sottolineato, l'«importanza sociale» della dote era tale da essere considerata quasi «un elemento essenziale del matrimonio» e uno «spartiacque tra il vero matrimonio e il concubinato»; tuttavia, tale affermazione riguardava soltanto le «unioni tra gli esponenti dei ceti abbienti di Roma»; al contrario, «un matrimonio tra *proletarii*» non cessava «di essere tale per il semplice fatto che la *mulier*» fosse «indotata a causa delle condizioni economiche del *pater*» (G. FRANCIOSI, *La famiglia romana: società e diritto*, Torino, 2003, p. 210). Cfr. anche M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 144, dove rileva che il regime patrimoniale del matrimonio si indentifica nell'istituto della dote «soprattutto per quanto concerne le classi agiate». Si veda anche M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Palermo, 2006, p. 227, dove rileva che la costituzione della dote per la figlia in occasione del matrimonio «nelle classi abbienti rappresentava la regola, essendo avvertito come un pressante dovere morale» e A. GUARINO, *Diritto privato romano*, XII ed., Napoli, 2001, p. 586 («la costituzione della dote rappresentava, quando fosse concretamente possibile, un dovere sociale e morale»).

<sup>4</sup> Amplessima è la letteratura sulla dote e sul regime della restituzione. Nella consapevolezza che ogni tentativo di ricostruzione risulterebbe fallace, ci limitiamo a ricordare alcune essenziali voci enciclopediche: C.A. CANNATA, *Dote (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano, 1965, pp. 1 ss.; A. NICOLETTI, *Dote (dir. rom.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1968, pp. 257 ss.; A. SACCHI, *Dote (dir. rom.)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V, Torino, 1938, pp. 225 ss. Un fondamentale riferimento in tema di famiglia e matrimonio romano è rappresentato poi dal lavoro, in tre volumi, di Carla Fayer (*La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*). In particolare, sulla dote si veda C. FAYER, *La familia romana*, II, *Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma, 2005, pp. 673 ss. (cap. IV). Per alcune fonti sul tema si veda anche J. EVANS-GRUBBS, *Women and the Law in the Roman Empire. A Sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood*, London-New York, 2002, spec. cap. 2, § 4, *The recovery of dowry after marriage*, pp. 97 ss.; inoltre, J.F. GARDNER, *Women in Roman law and society*, London-Sydney, 1986, spec. cap. 6 (*Dowry*), pp. 97 ss., all'interno del quale ai presenti fini interessano le pagine dedicate a *The Recovery of the Dowry* (pp. 105 ss.); sull'argomento già EAD., *The Recovery of Dowry in Roman Law*, in *The Classical Quarterly*, 1985, XXXV, 2, pp. 449 ss. Si veda anche R.P. SALLER, *Roman Dowry and the Devolution of Property in the Principate*, in *The Classical Quarterly*, 1984, XXXIV, 1, pp. 195 ss.; ID., *Patriarchy, property and death in the Roman family*, Cambridge, 1994, spec. cap. 9, *Dowries and daughters in Rome*, pp. 204 ss. Sul tema, inoltre, A. WACKE, *Zur Funktion und Gefahrtragung bei der römischen Mitgift*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1975, XLIII, 3-4, pp. 241 ss. Per un ultimo riferimento, si veda: N. SCHLIERKAMP, *Definition und Funktionsweise der römischen Mitgift: besonderheiten in der Digestenstelle D. 23, 4, 4*, München, 2009.

della famiglia del titolare del potere (normalmente il marito)<sup>5</sup>, attraverso l'assegnazione di un certo numero di beni a soddisfazione delle aspettative successorie<sup>6</sup>.

In ogni caso, tali beni sarebbero entrati a far parte del patrimonio del titolare della *manus* (marito o suo avente potestà), essendo destinati a sopperire alle necessità e ai bisogni della nuova unione coniugale (secondo il noto brocardo «*ad sustinenda onera matrimonii*»). Questo è, infatti, lo scopo tradizionalmente assegnato alla dote, che rimarrà tale anche quando, per la progressiva caduta in desuetudine della *manus* e il conseguente diffondersi di matrimoni *sine manu*, non sussisterà più un obiettivo di riequilibrio patrimoniale. Infatti, come ricorda Paolo, la dote era necessaria proprio in relazione alle incombenze matrimoniali: «*Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*»<sup>7</sup>.

Alla luce della funzione assegnata alla dote, è possibile comprendere anche le ragioni della sua possibile restituzione: essendo, infatti, la dote destinata ad essere impiegata per i bisogni della famiglia, ne consegue che, dopo lo scioglimento dell'unione coniugale, unilaterale o anche per premorienza di uno dei coniugi, la sua funzione si sarebbe dissolta o quantomeno adombrata. Come

---

<sup>5</sup> Com'è noto, la costituzione della *manus* determinava l'ingresso della donna nella famiglia del marito (o, se questo era *alieni iuris*, del di lui *pater*) nella posizione giuridica equivalente a quella di una figlia. Al riguardo, è doveroso ricordare l'espressione *loco filiae* utilizzata da Gaio nelle sue *Institutiones*: Gai 2.139: «*Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quae in manu fuit, nubat: nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua*» e Gai 2.159: «*Idem iuris est et in uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in nuru, quae in manu filii est, quia neptis loco est*». Come tale, la moglie *in manu* avrebbe acquisito un'aspettativa successoria del tutto analoga a quella dei figli del costituente la *manus*, i quali, dunque, in ragione di tale ingresso avrebbero subito una diminuzione della quota ereditaria. Per questo la dote, attraverso il conferimento di beni e di diritti a favore del marito, avrebbe consentito di riequilibrare le quote ereditarie spettanti ai membri della famiglia di origine della donna e di quella del marito, della quale sarebbe entrata a far parte.

<sup>6</sup> TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 145, parla di beni assegnati dalla famiglia d'origine a quella del marito «a soddisfazione delle aspettative successorie»; secondo S. SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello, 1899, p. 4, la dote era «un compenso, un'anticipazione che dir si voglia, pel diritto che essi perdevano alla successione paterna»; per V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XIV ed. riv., Napoli, 1978 (rist. 2012), p. 453, la dote rappresenterebbe una sorta di «indennizzo» della perdita «aspettativa di successione in ordine alla famiglia onde si staccava». Cfr. anche MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 225.

<sup>7</sup> D. 23.3.56.1 (Paul. 6 *ad Plaut.*).

ci ricordano le fonti, «*neque enim dos sine matrimonio esse potest*»<sup>8</sup>.

Per questo motivo l’ordinamento giuridico romano ha previsto, fin dall’epoca più risalente, la possibilità per la donna (o, per meglio dire, per il costituente la dote) di ottenerne la restituzione<sup>9</sup>, sebbene tale possibilità si sia tradotta in un obbligo giuridicamente sanzionabile soltanto nel II secolo a.C. (dunque in età tardo-repubblicana) quando, per opera del pretore, fu introdotta l’*actio rei uxoriae*<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> D. 23,3,3 (Ulp. 63 *ad ed.*): «*Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubi cumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est*». Muovendo dalla circostanza che la dote dipende dalla presenza di un valido matrimonio, Ulpiano argomenta l’impossibilità di utilizzare il nome “dote” con riferimento a quei matrimoni che non possono esistere come tali; dunque, rispetto ad unioni non qualificabili come “matrimonio”, non può parlarsi neppure di dote.

<sup>9</sup> Originariamente non era previsto alcun obbligo di restituzione, potendo tuttavia le parti liberamente introdurlo attraverso un’apposita *stipulatio (cautio de restituenda dote)*, con cui il marito si impegnava a restituire i beni in caso di scioglimento del matrimonio. In alternativa, il marito avrebbe potuto provvedere alla moglie mediante il proprio testamento, inserendovi uno specifico legato, con cui le avrebbe attribuito *mortis causa* quanto ricevuto a titolo di dote (*legatum dotis*), o cose diverse in luogo di quelle ricevute in dote (*legatum pro dote*). Si veda TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 148; MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 635; S. PULIATTI, *De cuius hereditate agitur: il regime romano delle successioni*, Torino, 2016, p. 138.

<sup>10</sup> In base alla testimonianza di Gellio, fino alla metà del terzo secolo a.C. (periodo a cui risale la vicenda di Spurio Carvilio Ruga a cui l’autore fa riferimento) non vi sarebbero state né *cautiones* né *actiones rei uxoriae*: Gell. *N.A.* 4,3,1-2: «*Memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse, quoniam profecto nihil desiderabantur nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. Servius quoque Sulpicius in libro quem composuit de dotibus tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur; anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio M. Atilio P. Valerio consulibus*»; Gell. *N.A.* 17,21,44: «*Anno deinde post Romam conditam quingentesimo undevicesimo Sp. Carvilius Ruga primus Romae de amicorum sententia divortium cum uxore fecit, quod sterila esset iurassetque apud censores uxorem se liberum quaerendorum causa habere*». La vicenda di Spurio Carvilio, oltre che nelle *Noctes Atticae* di Aulo Gellio, è riportata anche da Dionigi di Alicarnasso (*Ant. Rom.* 2,25,7); Valerio Massimo (*Mem.* 2,1,4); Plutarco (*Quest. Rom.* 14; *Comp. Thes. et Rom.* 6,4; *Comp. Lyc. et Num.* 3,13); Tertulliano (*Apolog.* 6,3; *de monog.* 9,8): cfr. P. GIUNTI, *Consors vitae: matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004, p. 108 nt. 54 (in generale, sul divorzio di Spurio Carvilio: *ivi*, pp. 107 ss.), la quale si sofferma anche sull’inquadramento cronologico della vicenda, su cui le fonti offrono ricostruzioni in parte discrepanti (*ivi*, p. 109 nt. 55). Sull’episodio di Spurio Carvilio si vedano anche: E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in *Storia di Roma*, IV, Torino, 1989, pp. 585 ss.; M. HUMBERT, *Le remariage à Rome: étude d’histoire juridique et sociale*, Milano, 1972, pp. 132 ss.; R.A. BAUMAN, *Family law and Roman politics*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, III, Napoli, 1984, pp. 1283 ss.; GARDNER, *Women in Roman law and society*, cit., p. 48 ss.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano: esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970, pp. 258 ss.; ID., *Il divorzio in Roma prima di Costantino*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, 14, 1982, pp. 355 ss.; S. TREGGIARI, *Roman marriage: ‘iusti coniuges’ from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford, 1991, p. 442; A.

È interessante notare che tale azione, sia per la sua denominazione (dote come *res* della *uxor*) sia per la circostanza di essere concessa in conseguenza dello scioglimento del matrimonio, denuncia «la mutata concezione della titolarità del patrimonio dotale, ritenuto di spettanza della *uxor* e funzionalmente collegato» all'esistenza dell'unione coniugale<sup>11</sup>. Per questo motivo è stato osservato come (da una parte in ragione dell'obbligo di restituire la dote in caso di scioglimento del matrimonio, dall'altra per la diffusione del divorzio anche al di fuori delle ipotesi di originaria colpa della moglie) «all'iniziale scopo di costituire la dote per sopperire alle necessità del matrimonio», si sia progressivamente affiancato quello ulteriore di provvedere «alle esigenze della donna a matrimonio disciolto»<sup>12</sup>.

Per quanto concerne il regime dell'*actio rei uxoriae*, la cui natura è ancora oggi controversa<sup>13</sup>, possiamo ricordare che, almeno nel periodo

---

WATSON, *Rome of the XII Tables: Persons and Property*, Princeton-London, 1975, p. 32; ID., *The Divorce of Carvilius Ruga*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1965, XXXIII, 1, pp. 38 ss.; I. PIRO, *Unioni confarreate e 'diffarreatio'. Presupposti e limiti di dissolubilità delle unioni coniugali in età regia*, in *Index*, 1997, XXV, pp. 274 ss., 297 ss.; H. VAN DEN BRINK, *Ius fasque*, in *Labeo*, 1970, XVI, pp. 161 ss.; G. LOBRANO, *'Uxor quodammodo domina'*, *Riflessioni su Paul. D. 25.2.1*, Sassari, 1989 (cap. 2 par. e); I.G. MASTROROSA, *Matronae e repudium nell'ultimo secolo di Roma repubblicana*, in *Matronae in domo et in re publica agentes: spazi e occasioni dell'azione femminile nel mondo romano tra tarda repubblica e primo impero*, a cura di F. Cenerini e F. Rohr Vio, Trieste, 2016, pp. 66 ss.; SOLAZZI, *La restituzione della dote*, cit., pp. 117 ss. Peraltro, occorre rilevare che, secondo la ricostruzione di FRANCIOSI, *La famiglia romana*, cit., p. 211, la citata testimonianza gelliana lascerebbe «intravedere il carattere non arcaico della dote»; su questa base, unita agli altri dati desumibili dal quadro storico dell'antica Roma (quali la posizione della donna in età arcaica e l'assenza della dote nelle Dodici Tavole), l'A. argomentava la tesi della «non risalente origine dell'istituto dotale».

<sup>11</sup> I. PIRO, *La familia*, in P. GIUNTI, F. LAMBERTI, P. LAMBRINI *et alia*, *Il diritto nell'esperienza di Roma antica: per una introduzione alla scienza giuridica*, Torino, 2021, pp. 229 ss.

<sup>12</sup> A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, IV ed., Milano, 1993, p. 246. Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 145: alla «funzione di contribuire all'economia della famiglia», si aggiungerà, «dentamente, quella di far fronte alle necessità economiche della donna dopo lo scioglimento del matrimonio».

<sup>13</sup> F. GIUMETTI, *Prime riflessioni sulla 'culpa discidi' e sul regime giuridico delle 'retentiones'*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2018, XI, p. 6, il quale richiama, in particolare, le posizioni di A. GUARINO, *Actiones in aequum conceptae*, in *Labeo*, 1962, VIII, pp. 7 ss., spec. pp. 11 ss. (ora in ID., *Pagine di Diritto Romano*, VII, Napoli, 1995, p. 21 ss.) e di M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote nel diritto romano*, I. *Sulla formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2003, spec. pp. 62 ss., i quali «mettono in discussione la riferibilità dell'azione a quelle *in bonum et aequum conceptae*».



classico<sup>14</sup>, l'obbligo di restituzione della dote seguiva un diverso andamento in ragione – oltre che del soggetto costituente la dote<sup>15</sup> – anche dell'evento che avesse causato lo scioglimento del matrimonio. I casi erano sostanzialmente due: lo scioglimento per morte di uno dei coniugi oppure – ipotesi che qui maggiormente interessa – lo scioglimento per divorzio, in particolar modo unilaterale (*repudium*).

La circostanza che la donna ripudiata dal marito potesse chiedere e ottenere la restituzione di quanto conferito a titolo di dote in occasione del matrimonio potrebbe indurre, sulla scia della moderna impostazione del diritto di famiglia, ad avanzare un'interpretazione improntata al *favor mulieris*, concludendo che la restituzione dotale rispondeva ad esclusive esigenze di tutela del coniuge che oggi definiremmo "debole".

Tuttavia, è noto che l'eventualità della restituzione dotale trovava un importante temperamento nella possibilità, parimenti prevista dall'ordinamento e frutto dell'elaborazione "creativa" della giurisprudenza di età classica, che il marito trattenesse per sé una parte della dote di cui la moglie avesse chiesto la

---

<sup>14</sup> Per quanto riguarda la sorte della dote negli ultimi secoli della storia giuridica di Roma, e in particolare sull'evoluzione del regime dotale in età giustiniana, si veda G. VIARENGO, *Il caso e la legge in Nov. 97.5*, in *Diritto@Storia*, [www.dirittoestoria.it](http://www.dirittoestoria.it), 2007, VI, *passim*, dove è presa in esame la Novella 97 di Giustiniano del 539, mirante ad «un riesame unitario della normativa concernente la dote e la sua restituzione». L'A. ricorda che la legge era suddivisa in sei capitoli, che disciplinavano i diversi profili dell'istituto dotale, effettuando così «una sorta di completo coordinamento delle diverse fonti che regolavano la materia», ma introducendo al contempo anche «significative riforme».

<sup>15</sup> Per i diversi soggetti legittimati a costituire la dote e per la differenza tra *dos profecticia*, *adventicia* e *recepticia* si veda Tit. Ulp. 6.2-7. Sulla *dos profecticia* cfr. anche: D. 23.3.5.pr. (Ulp. 31 *ad Sab.*): «*Profecticia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius*». Nei successivi paragrafi (D. 23.3.5.1-8) segue una esemplificazione delle ipotesi in cui, ad avviso del giurista, può parlarsi di *dos profecticia*. Nel caso del § 9, relativo alla donazione di una certa quantità di denaro effettuata da un terzo al padre, affinché questi la attribuisca in dote alla figlia, la corretta qualificazione, secondo Ulpiano (che cita Giuliano), è invece *dos adventicia*: «*Si quis certam quantitatem patri donaverit ita, ut hanc pro filia daret, non esse dotem profecticiam Iulianus libro septimo decimo digestorum scripsit [...] Esse igitur dotem istam adventiciam Iulianus ait: et ita utimur*». Nel successivo § 11, inoltre, Ulpiano spiega che a rendere profectizia la dote è non il diritto di potestà, ma la qualità di ascendente: «*Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilo minus dotem esse nemini dubium est, quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit: sed ita demum, si ut parens dederit: ceterum si, cum deberet filiae, voluntate eius dedit, adventicia dos est*».

restituzione<sup>16</sup>. In merito alle *retentiones*, con riferimento all'oggetto della presente riflessione, è interessante notare che, alla base dei diversi motivi legittimanti la richiesta di trattenuta<sup>17</sup>, può essere individuato anche un obiettivo di riequilibrio patrimoniale dei coniugi, per evitare che il sacrificio economico dell'uno fosse indebitamente superiore a quello dell'altro.

Tale finalità risulta particolarmente evidente nelle *retentiones propter impensas*<sup>18</sup>, *propter res donatas* e *propter res amotas*<sup>19</sup>, nelle quali la logica della trattenuta è ispirata ad un criterio di natura economica: attraverso la decurtazione della restituzione dotale il marito mirava ad ottenere il rimborso delle spese sostenute nell'esclusivo interesse della moglie, il recupero dei donativi effettuati verso la stessa o la restituzione di quanto da essa sottratto durante il matrimonio.

Una finalità patrimoniale può però rinvenirsi anche nelle altre due tipologie di trattenute, di carattere morale, quella *propter mores*<sup>20</sup> e quella *propter liberos*<sup>21</sup>: infatti, sebbene queste ultime appaiano dettate prioritariamente da

---

<sup>16</sup> Sulla individuazione, non unanime, del momento in cui il regime delle *retentiones* trovò effettiva operatività, si veda R. TOFANINI, *La tutela della dos e le retentiones. Appunti per una ricerca*, Scandicci, 1993, p. 5, che riporta in sintesi le diverse teorie.

<sup>17</sup> Le varie tipologie di *retentiones* sono descritte in Tit. Ulp. 6.9: «*Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas*».

<sup>18</sup> Sulle diverse specie di *res impensae*: Tit. Ulp. 6.14: «*Inpensarum species sunt tres: aut enim necessariae dicuntur, aut utiles, aut voluptuosae*». Tit. Ulp. 6.15: «*Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, veluti si quis ruinosas aedes refecerit*». Tit. Ulp. 6.16: «*Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit*». Tit. Ulp. 6.17: «*Voluptuosae sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior effecta est: quod evenit in viridiariis et picturis similibusque rebus*».

<sup>19</sup> Sulla *retentio propter res amotas* si veda A. GUARINO, *Res amotae*, Napoli, 1964, p. 109, il quale si interroga sui rapporti tra *retentio propter res amotas* e *actio rerum amotarum (ara.)*, ipotizzando che i due mezzi non si riferissero a fattispecie diverse, ma che «la sfera di applicazione della *retentio propter res amotas*» fosse in «un rapporto di contenente a contenuto» rispetto a quella dell'*ara.*, «perché riguardava ogni possibile ipotesi di *res amotae* dalla moglie durante il matrimonio, ivi compresa l'ipotesi (caratteristica dell'*ara.*) delle *res amotae divortii causa*».

<sup>20</sup> Tit. Ulp. 6.12: «*Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava. Graviores mores sunt adulterium tantum; leviores omnes reliqui*».

<sup>21</sup> Tit. Ulp. 6.10: «*Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cuius in potestate est, divortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote; non plures tamen quam tres. Sextae in retentione sunt non in petitione*».

ragioni di ordine etico<sup>22</sup>, nondimeno anche qui è individuabile un'attenzione al profilo economico. In particolare, nella *retentio propter mores* la scelta dell'ordinamento di diminuire la restituzione imposta al marito esprime, da un lato, l'intento morale ed afflittivo di sanzionare la condotta uxoria, la cui minore o maggiore gravità incide, infatti, sull'entità della trattenuta; dall'altro, però, mira a ristorare il marito dell'offesa subita per il comportamento disdicevole della moglie, "addebitando" a quest'ultima le conseguenze economiche dello scioglimento del matrimonio, in ragione della "imputabilità" (per utilizzare espressioni della moderna civilistica<sup>23</sup>) alla stessa della crisi coniugale<sup>24</sup>.

Una logica duplice, morale ed economica, è parimenti rinvenibile nella *retentio propter liberos*, con cui il marito avrebbe potuto trattenere una quota della dote di misura variabile in relazione al numero dei figli nati dal rapporto coniugale che, per quanto ormai non più esistente, almeno con riferimento alla prole continuava a proiettare la sua efficacia anche all'indomani dello

---

<sup>22</sup> Il profilo etico che connota queste *retentiones* è stato esaminato in dottrina anche per contestare la tesi (sostenuta in primo luogo da Lenel) secondo cui l'*actio rei uxoriae* avrebbe avuto una *intentio certa*, essendo una *intentio incerta* incompatibile con la dettagliata disciplina delle *retentiones*, fissate già nel loro ammontare. La tesi non è condivisa da VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, cit., pp. 23 ss. il quale, oltre a rilevare che la misura delle *retentiones* non sarebbe stata in origine fissata per legge e che avrebbe potuto essere modificata convenzionalmente, sottolinea inoltre che la circostanza che le c.d. *retentiones* di carattere morale (*propter liberos* e *propter mores*) «richiedessero, per loro natura, una valutazione discrezionale, anche di tipo etico», «mal si concilierebbe con un programma di giudizio provvisto di *intentio certa*» (ivi, p. 26).

<sup>23</sup> Com'è noto, in base all'art. 151 cod. civ. (come sostituito dalla L. 151/1975), «il giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio». Nell'ambito dell'ampia giurisprudenza in materia, ricordiamo che, secondo la Cassazione, la dichiarazione di «addebito implica l'imputabilità al coniuge del comportamento lesivo dei doveri coniugali» (Cass. civ. n. 25843/2013).

<sup>24</sup> La ricostruzione della *culpa viri e mulieris* nei processi aventi come oggetto la restituzione della dote è oggetto del recente contributo di GIUMETTI, *Prime riflessioni sulla 'culpa discidii'*, cit., pp. 1 ss., dove l'A. si sofferma sui «parametri decisionali assunti dal giudice privato nel vagliare, all'interno dell'agone processuale, l'imputabilità dello scioglimento del vincolo matrimoniale e la conseguente applicazione della normativa sulle *retentiones* dotali», con attenzione anche al c.d. *iudicium de moribus* (per la ricostruzione di questo «oscuro» istituto e dei suoi rapporti con il *iudicium domesticum* cfr. ivi, pp. 11 ss. e, per le relative fonti giuridiche e i principali riferimenti bibliografici, ivi, nt. 27). Cfr. anche E. VOLTERRA, *Iudicium de moribus*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino, 1968, p. 344); SOLAZZI, *La restituzione della dote*, cit., p. 266.

scioglimento.

Tale “ultrattività” del matrimonio non investiva soltanto il profilo etico, legato al ruolo genitoriale e, in particolare, alla funzione educativa che la società romana attribuiva *in primis* alla madre, chiamata a crescere i figli secondo il sistema valoriale che ispirava la *res publica*; essa aveva anche un’importante ricaduta economica, poiché chiamava entrambi i genitori – e non soltanto il padre – a contribuire alle spese necessarie per il mantenimento della prole, alle quali la parte femminile della coppia era tenuta a provvedere parimenti a quella maschile.

La volontà di tutelare la donna attraverso il regime della restituzione dotale deve essere, quindi, interpretata tenendo conto della possibilità di una sua riduzione in ragione delle *retentiones* richieste dal marito. L’ordinamento romano sembra dunque muoversi, più che in un’ottica di pura tutela del coniuge oggi definito “debole”, in una logica di riequilibrio patrimoniale<sup>25</sup>, con un’attenzione, da un lato, al profilo della condotta di *vir et uxor* in costanza di matrimonio, che incide sull’aspettativa della donna alla restituzione della dote, potendo determinarne una diminuzione nel caso in cui lo scioglimento del vincolo sia a lei imputabile; dall’altro, al profilo delle spese connesse ai figli, alle quali entrambi i coniugi sono tenuti a contribuire.

Peraltro, è interessante osservare come la logica appaia invertita rispetto al nostro tradizionale modo di intendere la separazione e il divorzio – quantomeno nel suo modello ancora statisticamente prevalente, pur a valle delle riforme che hanno coinvolto anche nell’ultimo decennio il diritto di famiglia, introducendo tra l’altro la regola dell’affido condiviso – per cui i figli nella maggioranza dei casi rimangono con la madre, e il padre è tenuto a versare periodicamente loro

---

<sup>25</sup> Ciò parrebbe confermato anche dal fatto che il regime della restituzione dotale «avrebbe costituito al giudice la previsione di dilazioni al marito nella restituzione dei beni», nonché, «in virtù del c.d. *beneficium competentiae*, anche una limitazione dell’entità della condanna, misurata sulle effettive condizioni economiche del coniuge» (I. PIRO, *La famiglia*, cit., p. 230). Cfr. D. 24.3.12 (Ulp. 36 *ad Sab.*): «*Maritum in id quod facere potest condemnari exploratum est [...]*». Sul *beneficium competentiae* legato al carattere di buona fede dell’*actio rei uxoriae* si veda anche TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 149; BURDESE, *Manuale*, cit., p. 252; SOLAZZI, *La restituzione della dote*, cit., p. 457.

un assegno.

Rispetto alla moderna impostazione, nell'esperienza romana il rapporto sembra ricostruito in modo quasi opposto, quanto meno sotto il profilo potestativo: è noto, infatti, che i figli sono sottoposti al potere paterno e tale situazione permane anche a seguito dello scioglimento coniugale. Tale condizione è, almeno fino ad una certa epoca<sup>26</sup>, necessaria: i figli rimangono inevitabilmente in potestà del *pater*, in quanto unico possibile titolare della *patria potestas*, che mai potrebbe essere esercitata da una donna<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Si veda M.G. ZOZ, *Scioglimento del matrimonio. Riflessioni in tema di affidamento e mantenimento dei figli*, in *Iura*, 2006-2007, LVI, pp. 124 ss., dove, in relazione ai «criteri seguiti dal magistrato nella scelta del soggetto a cui affidare la prole» nata da una coppia divorziata, rileva che, secondo l'opinione prevalente, «precedentemente ai provvedimenti imperiali citati da Ulpiano» in D. 43.30.1.3 e D. 43.30.3.5 (risalenti all'epoca degli Antonini), i figli erano «destinati a rimanere sotto la *patria potestas* e a vivere presso il padre». Soltanto in seguito a tali pronunce, «pur rimanendo inalterata la posizione giuridica dei figli, in presenza di determinati dati di fatto poteva variare la loro situazione materiale di affidamento, in quanto si sarebbe reso possibile consegnare ed affidare i figli alla madre». Sul punto P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana di età imperiale*, in *Index*, 2012, XL, p. 363, sottolinea, però, che «le fonti non sembrano prospettare situazioni che vadano oltre il riconoscimento di un affidamento materno probabilmente temporaneo, sicuramente non diminutivo di *patria potestas*», in quanto tale «di mero fatto» e «possibile soltanto *causa cognita* per la nequizia del padre», «eccezionale» e «attivabile in via incidentale mediante opposizione di *exceptio* all'interdetto esibitorio paterno». Sull'eccezionalità dell'affidamento: M. MASSAROTTO, *In merito ai decreti di Antonino Pio sull'affidamento della prole alla madre*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 1977, LXXX, pp. 354 ss. Sui frammenti ulpiane contenuti in D. 43.30.1.3 e D. 43.30.3.5 si sofferma anche C. CORBO, *Genitori e figli: l'affidamento e le sue origini nell'esperienza giuridica romana*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 2011, LXXVII, pp. 60 ss. Sugli interdetti a tutela della *patria potestas* si veda inoltre G. GRECO, *Brevi osservazioni sui rapporti tra onorabilità dei litiganti e processo privato*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2018, XI, pp. 24 s., dove ricorda che, «per effetto di un principio stabilito dall'imperatore Antonino Pio e confermato, via rescritto, da Marco Aurelio e Settimio Severo» l'*interdictum de liberis ducendis*, richiesto dall'esercente la potestà, poteva essere negato «se, a seguito di divorzio, la madre fosse ritenuta meritevole di godere di una legittimazione preminente a tenere presso di sé i figli, senza che però ciò ledesse le altre prerogative connesse alla *patria potestas*». Il diniego era possibile anche quando, pur avanzando il richiedente una pretesa fondata, si trattasse «di persona abietta e dissoluta», risultando così «opportuno che i figli permanessero presso l'altro genitore». Tali strumenti, prima «impiegati ad esclusivo beneficio del *pater*», iniziarono ad essere concessi a seguito di decisioni «ponderate sulla scorta dell'interesse del minore». Cfr. anche F. FASOLINO, *L'affidamento dei figli a Roma*, in *'Civitas et civilitas'. Studi in onore di F. Guizzi*, I, a cura di A. Palma, Torino, 2013, pp. 323 ss. Sull'emersione del criterio dell'interesse della prole si veda, inoltre, il saggio di P. GIUNTI, *The best interest of the child. Una conquista del presente in dialogo con il passato*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgiele*, II, Mantova, 2017, pp. 73 ss.

<sup>27</sup> GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana*, cit., pp. 361 ss.: «È dato incontrovertibile che la relazione genitore-figlio si costruisca in diritto romano secondo il parametro della *patria potestas*, prerogativa esclusivamente virile». Tale «esclusione della donna dalla *patria potestas*»

Di conseguenza, se il matrimonio viene meno, il marito potrà essere chiamato a restituire la dote, mantenendo, però, la potestà sui figli, al cui sostentamento sarà tuttavia tenuta anche la madre attraverso la decurtazione di una parte dello stesso conferimento dotale, il quale rimane in parte acquisito al marito attraverso la *retentio propter liberos*<sup>28</sup>.

In sostanza, attraverso il regime della dote, l'ordinamento romano riesce a salvaguardare le posizioni di entrambi i coniugi: quella della moglie, interessata a recuperare quanto conferito a titolo di dote al momento del matrimonio, e quella del marito, che in questo modo non sarà tenuto a sostenere in via esclusiva le incombenze economiche connesse alla prole.

In definitiva, se la restituzione della dote sembra ispirata alla necessità di tutelare la donna, la quale altrimenti, a seguito del divorzio, potrebbe rimanere priva di mezzi di sostentamento (in questo senso dunque qualificabile come “coniuge debole”), occorre altresì rilevare che tale tutela non pare incondizionata, poiché, da un lato, tiene conto dell'eventuale condotta (in primo luogo adulterina) della moglie *constante matrimonio* e, dall'altro, viene sempre temperata con gli interessi della prole, a cui la madre deve contribuire parimenti al padre.

3. *La donazione ante nuptias... post divortium.* – Un'analoga attenzione alla protezione dei figli nati dal matrimonio è rinvenibile in un altro istituto,

---

comporta che «tutto il peso giuridico del rapporto risulti spostato sull'asse padre-figlio» e determina, inoltre, «a cascata, ulteriori discriminazioni ed incapacità nei rapporti con i figli». Sul punto basti ricordare quanto affermato in Gai 1.104: «*Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent*». L'impossibilità per la donna di essere titolare della situazione potestativa è anche alla base dell'affermazione ulpiana secondo cui «*mulier autem familiae suae et caput et finis est*» (D. 50.16.195.5, Ulp. 46 *ad ed.*).

<sup>28</sup> Una conferma che il regime della restituzione dotale non fosse diretto a provocare un vantaggio incondizionato per la donna è offerta anche dal c.d. *edictum de alterutro*, con cui, in caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito, il pretore imponeva alla moglie di scegliere tra il lascito testamentario del marito e la restituzione dei beni dotali (che la donna poteva richiedere agli eredi del compagno defunto). Si veda BURDESE, *Manuale*, cit., p. 251; TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 149; PULIATTI, *De cuius hereditate agitur*, cit., p. 138 nt. 501; SOLAZZI, *La restituzione della dote*, cit., pp. 148, 385 ss.; MARRONE, *Istituzioni*, cit., pp. 635 ss.

speculare rispetto alla dote, rappresentato dalla *donatio ante nuptias*<sup>29</sup>, ossia la donazione effettuata in vista delle nozze, a cui poi sarà affiancata, con Giustiniano, la possibilità, entro certi limiti, anche di una donazione obnuziale dopo l'inizio del matrimonio (c.d. *donatio propter nuptias*)<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> La *donatio ante nuptias*, in quanto precedente al matrimonio, è distinta dalla donazione tra coniugi, che presuppone un'unione già conclusa (*donatio inter virum et uxorem*), rispetto alla quale, in base a quanto ci riportano le fonti, pare esistesse una preclusione. Sul divieto di donazioni tra coniugi la bibliografia è amplissima. Tra i molti contributi, ricordiamo (partendo dai più recenti): C. DE CRISTOFARO, *Iav. 6 ex post. Lab. D. 24.1.64. La simulazione della crisi coniugale*, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di L. Solidoro, M. Scognamiglio, P. Pasquino, Torino, 2018, pp. 207 ss.; A. SALOMONE, *Le donazioni inter virum et uxorem tra successio ed accessio possessionis*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2015, LXII, pp. 365 ss.; R. SCEVOLA, *'Negotium mixtum cum donatione': origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2009, pp. 225 ss., spec. n. 25; F.J. ANDRÉS SANTOS, *En torno al origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges: una reconsideración crítica*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 2000-2001, CIII-CIV, pp. 317 ss.; U. VINCENTI, *La presunzione muciana e la sua connessione con il divieto di donazione tra coniugi*, in *Index*, 1997, XXV, pp. 451 ss.; A. GUARINO, *Trebazio ed il caso di Terenzia*, in *Labeo*, 1992, XXXVIII, pp. 137 ss. (= ID., *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, pp. 98 ss.); A. MANZO, *Sull'origine del divieto di donazione tra coniugi*, in *Labeo*, 1991, XXXVII, pp. 345 ss.; V. GIUFFRÈ, *Vicende del divieto di 'donatio inter virum et uxorem'*, in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche della Società nazionale di scienze, lettere ed arti in Napoli*, 1972, LXXXIII, pp. 3 ss.; A. D'ORS, *'Donatio mortis causa, inter virum et uxorem, persona sui iuris interposita': una exégesis de D 24, 1, 11, 7-8 (Ulp. 32 and Sab.)*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano, 1972, pp. 471 ss.; A. MASI, *Retroattività della condizione e 'donatio mortis causa' fra coniugi*, in *Annali di Storia del Diritto*, 1963, VII, p. 19 s.; L. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova, 1938, *passim*; F.M. DE ROBERTIS, *La convalidazione delle donazioni fra coniugi nelle orationes di Severo e Caracalla*, Bari, 1937, *passim*; M. LAURIA, *Il divieto di donazioni fra coniugi*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, II, Padova, 1935, pp. 513 ss.; F. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928, *passim*; S. CUGIA, *La nullità parziale del negozio giuridico nel D. 24.1 'de don. inter vir. et ux.': saggio preventivo*, Napoli, 1922, *passim*; A. DE MEDIO, *Intorno al divieto di donare fra coniugi nel diritto romano*, Modena, 1902, *passim*; S. PEROZZI, *Intorno alla donazione*, in *Archivio Giuridico*, 1897, LVIII, pp. 135 ss. (= ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, pp. 705 ss.); C. FADDA, *La nullità delle donazioni fra coniugi*, Città di Castello, 1893, *passim*; I. ALIBRANDI, *Ricerche sull'origine del divieto delle donazioni tra coniugi*, in *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, 1892, XIII, pp. 65 ss. (= ID., *Opere giuridiche e storiche*, I, Roma, 1896, pp. 595 ss.). Sul tema si veda anche: FAYER, *La familia romana*, II, cit., pp. 738 ss. Per ulteriori riferimenti a tale divieto nell'ambito di lavori dedicati alle donazioni: G.G. ARCHI, *La donazione: corso di diritto romano*, Milano, 1960, p. 195 (cap. XI); ID., *Donazione (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, pp. 942 ss. (§ 14); P. GIUNTI, *Donazione (storia dir. rom.)*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VII, Torino, 1991, pp. 170 ss. (§ IV); B. BIONDI, *Donazione (dir. rom.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1968, pp. 227 ss. (§ 7); A. ASCOLI, *Donazione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V, Torino, 1938, pp. 192 ss. (§ 4); F.M. DE ROBERTIS, *Sul concetto di donazione nel diritto romano*, Bari, 1939, pp. 4 ss. e 26 ss.; ID., *La convalidazione delle donazioni fra coniugi nelle 'orationes' di Severo e Caracalla*, in *Studi in onore di M. Barillari*, Bari, 1936, *passim*.

<sup>30</sup> La diversa denominazione *propter nuptias*, in luogo di quella *ante nuptias*, dipende dal momento nel quale la donazione è stata effettuata: C. 5.3.20: «[...] sancimus nomine prius emendato ita rem corrigi et non ante nuptias donationem eam vocari, sed propter nuptias donationem». Cfr. anche I. 2.7.3: «[...] tales donationes non augeantur tantum sed et constante

Com'è noto, si tratta della prassi – introdotta nel periodo postclassico, probabilmente anche a seguito di influenze culturali esterne – per cui il futuro marito (*sponsus*) o il *pater* di questi (o, eventualmente, anche altri per suo conto) effettuava alla futura moglie, in previsione della loro unione, un donativo, nell'immediatezza del matrimonio e subordinandolo alla sua conclusione: la donazione, infatti, avrebbe acquisito efficacia soltanto a seguito delle nozze.

La precisa origine dell'istituto non è chiara: tenuto conto che di esso non risulta traccia nella giurisprudenza classica, è stato ipotizzato che derivi da usanze orientali<sup>31</sup> o da istituti semitici e germanici<sup>32</sup>. Tuttavia, è pur vero che già in età classica era diffusa la donazione tra fidanzati, compiuta dal futuro marito alla promessa moglie in occasione degli sponsali e dunque prima delle nozze<sup>33</sup>. La *donatio ante nuptias* potrebbe, dunque, rappresentare uno sviluppo di tale prassi, considerato che sia le *donationes ante nuptias* sia quelle tra fidanzati coinvolgono due soggetti che ancora non sono coniugi<sup>34</sup>.

---

*matrimonio initium accipiant et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur [...]*. Si veda FAYER, *La familia romana*, II, cit., pp. 748 ss. Confrontando tali passi, F. TERRANOVA, *Sui nomina 'consequentia ... rebus' in I. 2.7.3*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 2019, LXII, pp. 322 ss. ha rilevato la fedeltà dei «redattori del manuale imperiale» rispetto «all'esposizione seguita in C. 5.3.20, ove, sin da subito, già nella seconda parte del *principium* è esplicitata la prima novità della riforma», relativamente alla modifica del precedente nome dell'istituto. Sul tema si veda inoltre F. BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della 'donatio propter nuptias'*, Bologna, 1892 (= *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, Bologna, 1931, pp. 117 ss.), *passim*; G. VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto romano*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, *passim*. Per uno sguardo all'evoluzione dell'istituto nei secoli successivi si veda, infine, R. BRACCIA, *'Uxor gaudet de morte mariti': la 'donatio propter nuptias' tra diritto comune e diritti locali*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 2000-2001, XXX, pp. 76 ss.

<sup>31</sup> ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 459 fa riferimento al mondo assiro-babilonense o all'Egitto antico.

<sup>32</sup> In particolare, è stata ipotizzata una connessione con la «Morgengabe» germanica, ossia un «dono del mattino», quale «*praemium pudicitiae*» (TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 150). Per una definizione dell'istituto si veda P. VACCARI, *Morgengabe*, in *Novissimo Digesto Italiano*, X, Torino, 1964, pp. 921 ss.

<sup>33</sup> BURDESE, *Manuale*, cit., p. 254.

<sup>34</sup> Sulle donazioni tra fidanzati: P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano, 2000, *passim*; si veda, inoltre, H. KUPISZEWSKI, *Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico: 'dos' e 'donatio'*, in *Iura*, 1978, XXIX, pp. 114 ss., il quale ricorda che la discussione sui rapporti patrimoniali intercorrenti tra i futuri coniugi prima del matrimonio fu avviata da E. ALBERTARIO, *Sulla dotis datio ante nuptias*, in *Rivista dell'Istituto lombardo di Scienze e Lettere*, 1925, LVIII, pp. 247 ss. (= *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, pp. 319 ss.). Sulla *dotis datio ante nuptias* si veda anche G.G. ARCHI, *Dote e donazione nel diritto romano*, Milano, 1950, pp. 235 ss.



Quale che fosse la sua origine, la donazione nuziale sembra rivelare il suo significato in rapporto all'istituto dotale, col quale condivide la funzione: lo scopo di sostentamento della futura famiglia, nonché di mantenimento del coniuge superstite (in caso di premorienza) e degli eventuali figli.

La differenza tra i due istituti risiede, dunque, nel soggetto che ne è autore: mentre la dote rappresentava un apporto patrimoniale in vista del matrimonio versato dalla futura moglie, la *donatio propter nuptias* era un contributo alla vita matrimoniale offerto dal futuro sposo. Tale donazione rappresentava, «in pratica, quasi una dote costituita dal marito»<sup>35</sup> e, infatti, aveva il medesimo valore della dote conferita dalla donna<sup>36</sup>. In particolare, assume interesse la circostanza che, in entrambi i casi, l'apporto patrimoniale fosse destinato ad assicurare il mantenimento della moglie (e degli eventuali figli) nell'ipotesi dello scioglimento del matrimonio.

Peraltro, un dato da cui può desumersi la vicinanza tra i due istituti, dal punto di vista del fondamento e della funzione, è rappresentato dall'evoluzione del regime dei beni donati *ante o propter nuptias*, i quali, analogamente alle *res* conferite in dote, a seguito degli sviluppi di età postclassica, erano spesso considerati inalienabili, a conferma ancora una volta della loro natura di beni destinati a fronteggiare le necessità della donna a seguito dello scioglimento dell'unione coniugale.

Come per la dote, anche in questo caso interessa valutare la sorte di tale donazione "funzionale" al matrimonio in caso di scioglimento dello stesso, distinguendo a seconda che fosse conseguente al divorzio o alla morte di uno dei coniugi.

In caso di divorzio, la donazione sarebbe stata acquistata dal coniuge senza colpa. Analogamente a quanto visto per la dote, dunque, emerge anche qui

---

<sup>35</sup> MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 233.

<sup>36</sup> È verosimile che nella prassi il donativo fosse amministrato dal marito, analogamente al patrimonio dotale. Anzi, secondo un'autorevole opinione è individuabile una «tendenza nel senso che la donna, la quale riceve la donazione, la restituisca al marito, costituendola in dote» (TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 150).

un'attenzione al profilo della condotta dei coniugi in costanza di matrimonio, che si traduce di fatto nella "imputabilità" della separazione all'uno o all'altro, con "addebitabilità" delle relative conseguenze economiche.

Nel caso, invece, di scioglimento per morte di uno dei coniugi, la donazione sarebbe spettata al coniuge superstite: dunque, in caso di premorienza del marito, la donazione sarebbe rimasta alla vedova. Tuttavia, successive disposizioni<sup>37</sup> introdussero un'importante distinzione, considerando la presenza o meno di prole<sup>38</sup>: soltanto la vedova senza figli avrebbe conseguito la proprietà della donazione, altrimenti avrebbe dovuto lasciare ai figli tutti i suoi beni, compresa la donazione nuziale. La madre, dunque, avrebbe ottenuto di norma non la piena proprietà, bensì l'usufrutto legale<sup>39</sup>.

D'altra parte, secondo un'opinione ampiamente condivisa<sup>40</sup>,

---

<sup>37</sup> Nov. 6. Impp. Leo et Maioranus AA. Basilio p(raefecto) p(raetori)o (a. 458); Nov. Impp. Leo et Severus AA. Basilio p(raefecto) p(raetorio) et Patricio (a. 463).

<sup>38</sup> La novella dell'imperatore Maiorano distingue, infatti, tra «*vidua nulla prole suscepta*» e «*vidua suscepta prole*» (Nov. Maiorani 6.5). Cfr. FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 745.

<sup>39</sup> È interessante osservare che la novella dell'imperatore Libio Severo, nell'abrogare alcune disposizioni della legge di Maiorano, ritenute ingiuste, ribadisce invece che proprietari della donazione nuziale sono i figli, spettando alla madre soltanto l'usufrutto legale («*in usumfructum tantum mater habeat*»), essendo peraltro irrilevante che si sia o meno risposata («*sive in alias nuptias venerit sive non venerit*»); (cfr. Nov. Severi 1 pr.: «*Abrogatis capitibus iniustus legis divi Maioriani A. ad locum. Illud tantum ex eadem lege retinentes, quod veterum legum commendat auctoritas, scilicet ut post viri obitum sponsalia in usumfructum tantum mater habeat et a filiis alienare non possit, sive in alias nuptias venerit sive non venerit [...]*»). Al riguardo si veda FAYER, *La familia romana*, II, cit., p. 745; E. PEZZATO, *Alcune considerazioni in tema di usufrutto vedovile*, in *Fundamentos romanisticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, II, Madrid, 2020, p. 134. Cfr. anche TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 150, dove rileva che una conclusione analoga era prevista anche nell'ipotesi inversa, ossia in caso di morte della moglie: la donazione era infatti restituita al marito, che però, in presenza di figli, ne otteneva soltanto l'usufrutto legale. La stessa soluzione, peraltro, valeva in età postclassica per la dote, sulla quale, alla morte della moglie, il marito «acquista soltanto l'usufrutto legale, in quanto la nuda proprietà è destinata ai figli nati dal matrimonio che li acquistano come *bona materna*» (ivi, p. 149).

<sup>40</sup> G. PUGLIESE, *Usufrutto (dir. rom.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XX, 1975, p. 316; A. DE DOMINICIS, *Usufrutto (dir. rom.)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, XII, 2, Torino, 1940, p. 776; N. SCAPINI, *Usufrutto (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLV, Milano, 1992, p. 1089; G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958, p. 14, M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, 1. *Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, p. 20; R. DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini (c.d. servitù personali)*, Napoli, 1913, p. 39; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, p. 58; BURDESE, *Manuale*, cit., p. 363; TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 461; MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 362; F. LAMBERTI, *Diritti reali parziari*, in P. GIUNTI, F. LAMBERTI, P. LAMBRINI *et alia*, *Il diritto nell'esperienza di Roma antica*, cit., p. 364. PAMPALONI, *Il concetto classico dell'usufrutto*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*

l'origine dell'usufrutto sarebbe legata ad esigenze di carattere alimentare, identificabili «proprio nella tutela successoria della vedova sposata *sine conventio in manum*»<sup>41</sup>, che «non sarebbe rientrata fra gli eredi *ab intestato* del defunto marito»<sup>42</sup>. Attraverso il legato di usufrutto il marito avrebbe potuto bilanciare gli interessi dei figli (unici eredi) con la tutela della moglie (usufruttuaria): avrebbe, cioè, potuto provvedere ai bisogni alimentari di quest'ultima, senza tuttavia privare i figli della proprietà del patrimonio ereditario, essendo la limitazione del loro diritto destinata a dissolversi alla morte della madre.

Anche alla luce di quest'ultima considerazione, pare ragionevole ritenere che il regime di tale forma di donazione (che sarà consacrato da Giustiniano), certamente volto a tutelare i diritti della famiglia, serbasse però una particolare attenzione al futuro dei figli (sempre, s'intenda, nati da *iustae nuptiae*) più che a quello della madre (che fosse anche *uxor*)<sup>43</sup>.

4. *L'obbligo alimentare nei senatus consulta de partu agnoscendo*. – Accanto al regime della dote e a quello della donazione nuziale, un terzo ambito di rilevanza rispetto al tema della tutela del coniuge "debole" è rappresentato dagli obblighi alimentari a carico dei genitori nei confronti dei figli nati dopo il divorzio. La tematica è complessa e, peraltro, frutto di una lunga evoluzione<sup>44</sup>.

---

«Vittorio Scialoja», 1910, XXII, pp. 109 ss.; R. AMBROSINO, *'Usus fructus' e 'communio' (Profilo storico dell'usufrutto)*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1950, XVI, pp. 183 ss.

<sup>41</sup> PEZZATO, *Alcune considerazioni in tema di usufrutto vedovile*, cit., p. 132. Si veda ivi, nt. 4, per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema.

<sup>42</sup> LAMBERTI, *Diritti reali parziari*, cit., p. 364.

<sup>43</sup> TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 150: «Giustiniano esplicita definitivamente questo regime, che tutela i diritti dei figli più che quelli della madre».

<sup>44</sup> La questione del diritto agli alimenti è complessa, in quanto coinvolge non soltanto gli obblighi dei genitori nei confronti dei figli, ma anche quelli di questi ultimi verso i *parentes*. Tra i molti contributi sul tema, ricordiamo: E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, pp. 251 ss.; D.A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 2006, LXXII, pp. 157 ss. (spec. pp. 169 ss. sugli *alimenta* nell'esperienza giuridica romana); ID., *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti nell'ambito familiare*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2013, VI, pp. 1 ss.; L. D'AMATI, *Parentes alere. Imperatori, giuristi e declamatori*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 2017, VII, pp. 143 ss.; EAD., *Ancora su parentes alere*, in *Roma e America*, 2018, XXXIX, pp. 289 ss.; A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e*

Ai presenti fini interessa, però, rilevare che, nella prima fase della storia di Roma e probabilmente fino a tutta l'età repubblicana, non pare esservi traccia di un obbligo giuridico agli alimenti tra i soggetti della stessa famiglia. La sua comparsa sembra doversi collocare nel contesto del principato, essendo verosimilmente collegata al crescente numero di divorzi registratosi in quest'epoca, il quale determinò il sorgere dell'esigenza (morale e soprattutto politica) di tutelare la prole generata da coppie divorziate<sup>45</sup>.

L'urgenza di un intervento pubblico in tale ambito è testimoniata dalla presenza di alcuni provvedimenti senatori, volti a disciplinare le problematiche legate alla dissoluzione della famiglia, in relazione sia al riconoscimento della prole (*agnoscere*), sia ai rapporti alimentari fra genitori e figli (*alere*).

Se, in base all'opinione prevalente<sup>46</sup>, una vera e propria regolamentazione

---

*accertamento della filiazione*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2002, pp. 93 ss.; EAD., *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Labeo*, 2001, XLVII, pp. 28 ss.; F. LANFRANCHI, *Ius exponendi e obbligo alimentare nel diritto romano classico*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1940, VI, pp. 5 ss.; E. QUINTANA ORIVA, *En torno al deber legal de alimentos entre cónyuges en el derecho romano*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2000, XLVII, pp. 179 ss.; A. SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla obligatio ex lege*, in *Roma e America*, 2014, XXXV, pp. 3 ss.; L. SANDIROCCO, *Non solum alimenta praestari debent*, in *Rivista di Diritto Romano*, 2013, XIII, spec. pp. 6 ss. per i doveri alimentari tra padri e figli; A.A. SCHILLER, *'Alimenta' in the 'Sententiae Hadriani'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1971, pp. 399 ss.; M.G. ZOZ, *Alimenti: tentativo di ordinare in modo sistematico le fonti autoritative citate dai giuristi*, in *Melanges F. Sturm*, I, Liège, 1999, pp. 595 ss. Inoltre, le voci di R. ORESTANO, *Alimenti (dir. rom.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, 1, Torino, 1957, pp. 482 ss.; ID., *Alimenta*, in *Nuovo Digesto Italiano*, I, Torino, 1937, pp. 327 ss.; G. LAVAGGI, *Alimenti (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958, pp. 18 ss. Infine, un cenno all'obbligo agli alimenti come «debitum naturale» anche in L. DI CINTIO, *'Natura debere'. Sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli, 2009, pp. 225 ss.

<sup>45</sup> Al riguardo, è stato sottolineato che il problema di tutelare i figli nati da genitori separati sorgeva a valle di «quella sorta di 'epidemia di divorzi'» che si verificò soprattutto a partire dalla fine della repubblica e poi nel principato. Si veda P.L. CARUCCI, *Tutela della madre dopo il divorzio nel I secolo d.C. spunti di riflessione*, in *Iura & Legal Systems*, 2018, V, p. 63, che richiama l'espressione dello storico francese J. CARCOPINO, *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire*, Paris, 1939, p. 120. Al riguardo emblematica è l'affermazione senecana, secondo cui in quest'epoca le donne «contano gli anni non con i consoli, ma con i mariti» e che «escono per sposarsi e si sposano per divorziare» (Sen. *de ben.* 3.16.2: «[...] *inlustres quaedam ac nobiles feminae non consulum numero sed maritorum annos suos computant et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii [...]*»).

<sup>46</sup> CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 63, la quale, a sua volta, richiama l'opinione di ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, cit., pp. 251 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, p. 291; ORESTANO, *Alimenti*, cit., p. 483. Cfr. anche SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti*, cit., p. 9.

dell'*alere* – quale nucleo originario dell'obbligo giuridico agli alimenti – si avrà solo con l'imperatore Antonino Pio (e poi con i *divi fratres*, Marco Aurelio e Lucio Vero), tale profilo trova però già in precedenza talune anticipazioni.

I primi segnali di una simile attenzione sono rinvenibili, infatti, nei c.d. *senatus consulta de partu agnoscendo*<sup>47</sup>. Con tale denominazione sono individuati due diversi provvedimenti senatori: il primo, di datazione incerta, ma probabilmente collocabile nel I secolo d.C. (all'epoca dell'imperatore Vespasiano)<sup>48</sup>, è ricordato con il nome di *senatus consultum Plancianum de agnoscendis liberis* e concerne il problema del riconoscimento dei figli nati dopo il divorzio; il secondo, successivo (risalente all'epoca adrianea), contempla invece il caso della prole nata *constante matrimonio*, introducendo verosimilmente regole analoghe a quelle del S.C. Planciano<sup>49</sup>.

Ai due provvedimenti citati effettua un esplicito riferimento il seguente testo ulpiano, riportato all'interno del Digesto, nel quale il giurista ricorda che il secondo senatoconsulto, risalente ai tempi di Adriano, fu emanato proprio per consentire il riconoscimento dei figli nati in costanza di matrimonio, ampliando così la portata applicativa del Planciano, limitato al caso della prole nata in seguito allo scioglimento:

---

<sup>47</sup> F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, I. *L'agere ex SC de partu agnoscendo*, Bologna, 1953, pp. 3 ss.; cfr. P.L. CARUCCI, *Il senatoconsulto Planciano: cronologia, disciplina, estensione*, Napoli, 2018, pp. 6 ss.; EAD., *Questioni di paternità nel diritto d'età imperiale*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 2012, LXXVIII, p. 45.

<sup>48</sup> Sulla datazione del senatoconsulto Planciano si veda CARUCCI, *Il senatoconsulto Planciano*, cit., pp. 3 ss., ove ricorda che, secondo l'opinione prevalente, tale provvedimento sarebbe collocabile nell'età imperiale (per i riferimenti bibliografici si veda ivi, nt. 2), pur essendo stata da taluno ipotizzata una sua «eventuale risalenza repubblicana» (cfr. G. SCIASCIA, *Il senatoconsulto Planciano sui figli nati dopo il divorzio*, in *Atti del Seminario romanistico internazionale*, Perugia, 1972, pp. 249 ss.). Secondo Carucci, autore del senatoconsulto sarebbe «un tale M. Plancius Varus, uomo politico vissuto nel I secolo d.C., che percorreva il suo *cursus honorum* negli anni di Vespasiano» (CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 62). Sulla data del senatoconsulto Planciano si veda anche EAD., *Questioni di paternità*, cit., pp. 45 ss. Cfr. inoltre GARDNER, *Women in Roman law and society*, cit., p. 52 e 142.

<sup>49</sup> CARUCCI, *Il senatoconsulto Planciano*, cit., p. 2 ss.; EAD., *Questioni di paternità*, cit., pp. 68 ss.; S. TAFARO, *Diritti dei fanciulli*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, III, a cura di A. Palma, Napoli, 2009, p. 1283.

D. 25.3.3.1 (Ulp. 34 *ad ed.*): *Quia Plancianum senatus consultum ad eos partus pertinet qui post divortium eduntur, aliud senatus consultum temporibus divi Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur.*

Tra i due provvedimenti, in questa sede interessa in particolare il senatoconsulto Planciano, che pare avesse introdotto una procedura speciale, a favore della gestante e del concepito, contro il presunto padre, volta ad ottenere da quest'ultimo il riconoscimento e l'alimentazione del figlio che sarebbe nato dopo il divorzio<sup>50</sup>.

A tal fine, la donna aveva l'onere di notificare la propria gravidanza al marito<sup>51</sup>; dopodiché, al presunto *pater* che, a fronte della *denuntiatio*, fosse rimasto inerte<sup>52</sup>, il senatoconsulto avrebbe attribuito la paternità del figlio che la donna dichiarava di aver concepito con lui in base a giuste nozze<sup>53</sup>, con ogni relativa conseguenza<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Occorre rilevare che il S.C. Planciano era applicabile solo nel caso in cui i figli fossero nati 30 giorni dopo il divorzio; pertanto, rimaneva aperta una lacuna «relativa al figlio nato entro i 30 giorni dall'avvenuto scioglimento», che «non fu superata nemmeno dal successivo senatoconsulto emanato sotto Adriano, ricordato in D. 25.3.3.1», che «atteneva soltanto al nato in costanza di matrimonio, e probabilmente stabiliva regole analoghe al Planciano in tema di gravidanza e di riconoscimento coattivo» (Zoz, *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., p. 336).

<sup>51</sup> In caso di donna *alieni iuris*, l'iniziativa processuale sarebbe spettata al soggetto che esercitava su di lei la *potestas*; analogamente, se il presunto padre del bambino fosse stato *alieni iuris*, la denuncia sarebbe stata notificata al di lui *pater*. Così è previsto in D. 25.3.1.1 (Ulp. 34 *ad ed.*): «*Permittit igitur mulieri parentive in cuius potestate est vel ei cui mandatum ab eis est, si se putet praegnatem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos ipsi marito vel parenti in cuius potestate est, aut domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat.*»

<sup>52</sup> CARUCCI, *Il senatoconsulto Planciano*, cit., pp. 72 ss. (per le ulteriori possibili reazioni del *denuntiatus* cfr. *ivi*, pp. 69 ss.).

<sup>53</sup> Il presupposto per la costituzione della *patria potestas* era, infatti, la nascita nell'ambito di un matrimonio legittimo (*matrimonium iustum* o *iustae nuptiae*).

<sup>54</sup> È stato, però, osservato (CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., pp. 72 ss.) che, secondo parte della dottrina, solo l'elaborazione dei giuristi avrebbe condotto ad intendere l'accertamento della qualità di *filius* a fini alimentari; secondo questa teoria, «gli effetti dell'*agnoscere* discendenti *ex Planciano* miranti all'*alere* non sarebbero originari, e non appartenerebbero al testo senatorio, ma sarebbero il portato della successiva interpretazione giurisprudenziale», confermata poi «dal rescritto di Antonino Pio». Al riguardo l'A. cita DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, cit., p. 117 nt. 48, la quale a sua volta riprende la tesi di J. DECLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes. Contribution à l'histoire de la famille légale à Rome*, in *Mélanges Girard*, I, Parigi, 1912, pp. 342 ss. Di diverso avviso Lanfranchi, secondo cui l'obbligo in questione, pur riferito all'*agnoscere*, avrebbe avuto «un prevalente contenuto di *alere*» (LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato*, cit., p. 54 nt. 170; cfr. anche *ivi*, pp. 23 ss.).

In sostanza, il silenzio valeva «come riconoscimento della prole futura»<sup>55</sup>: l'inattività dell'uomo era interpretata «alla stregua di un'ammissione della paternità, quasi un'implicita confessione»<sup>56</sup>.

Provando ad interrogarci sulla *ratio* di tale disciplina, possiamo ritenere che il senatoconsulto fosse verosimilmente volto, in via primaria, a regolare l'accertamento del *partus* per evitare l'abbandono del neonato. Tuttavia, è pur vero che, indirettamente, tale regime era in grado di garantire una tutela alimentare del figlio nato *post divortium*, sgravando così la madre (ed eventualmente la famiglia di lei) dagli oneri esclusivi di crescita del nato.

Per questo motivo, da un lato, è stato sostenuto che tale provvedimento, in virtù degli effetti relativi all'*agnoscere* e soprattutto all'*alere*, manifesterebbe «la presenza di un *favor mulieris* e un *favor matris*»<sup>57</sup>. Dall'altro, è stato rilevato che, attraverso questo senatoconsulto, l'obbligo di sostentamento del padre biologico nei confronti della prole generata, fino a quel momento considerato un semplice dovere morale, avrebbe acquisito un primo nucleo di giuridicità<sup>58</sup>. Infatti, l'originaria struttura potestativa della *familia*, costruita attorno a vincoli agnatizi, non consentiva di immaginare un'obbligazione patrimoniale del genitore nei confronti delle persone a lui sottoposte. Il *pater* provvedeva «ai bisogni delle

---

Analoga la posizione di B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 262.

<sup>55</sup> P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni*, ristampa corretta delle lezioni a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1979, p. 305, ove considera le circostanze in cui il diritto romano assegnava al silenzio il valore di assenso. Cfr. anche L. SOLIDORO, *La rilevanza giuridica del silenzio in diritto romano*, in *Scritti in memoria di F. Fenucci*, II, Soveria Mannelli, 2010, p. 338.

<sup>56</sup> CARUCCI, *Il senatoconsulto Planciano*, cit., p. 73.

<sup>57</sup> CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 62. A conferma di ciò l'A. ricorda che la *denuntiatio* poteva essere promossa solo dalla donna (D. 25.3.1.5, Ulp. 34 *ad ed.*: «[...] *denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere*»), non solo in quanto era l'unica consapevole dello stato di gravidanza, ma anche perché era «colei che unitamente al figlio *in visceribus*» avrebbe ricevuto beneficio dal riconoscimento del nato (ivi, p. 63). Sulla disciplina procedurale della *denuntiatio* si veda anche EAD., *Il senatoconsulto Planciano*, cit., pp. 65 ss. Cfr. inoltre TAFARO, *Diritti dei fanciulli*, cit., pp. 1281 ss.

<sup>58</sup> Secondo CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 63, il S.C. Planciano avrebbe "giuridicizzato" «l'obbligo etico di provvedere agli alimenti dei figli nati dopo un divorzio», includendo «tale *obligatio* alimentare nel più generale e onnicomprensivo vocabolo '*agnoscere*', in attesa che la giurisprudenza separasse i concetti di *agnoscere* e *alere*». Sul rapporto tra *agnoscere* e *alere* si ricordi, però, quanto già osservato *supra* (nt. 53).

persone *alieni iuris* nella esplicazione di un potere-dovere elementare inerente alla sua potestà»<sup>59</sup>. La configurazione giuridica di tale obbligo emerse in seguito, come risultato della progressiva trasformazione della «famiglia, intesa come un gruppo di persone che si devono reciprocamente particolari riguardi anche sotto il profilo giuridico»<sup>60</sup>.

In sostanza, questo provvedimento avrebbe realizzato, per quanto *in nuce*, una prima forma di tutela alimentare, contribuendo alla configurazione e alla progressiva emersione della relativa *obligatio* di *alere* tra padre e figlio, che poi avrebbe trovato un compiuto sviluppo solo a partire da Antonino Pio.

Su questa base, è stato affermato che il senatoconsulto Planciano testimonierebbe «l'esigenza dello 'Stato romano' di intervenire nello sconvolgimento intrafamiliare determinato da un divorzio»<sup>61</sup> e che, avendo configurato in capo al *pater* un primo obbligo giuridico di riconoscimento (con le relative conseguenze dell'*agnoscere partum*, tra cui il dovere alimentare nei confronti del nato), potrebbe essere considerato «il punto di partenza» dei principi di «solidarietà familiare»<sup>62</sup>.

Al contempo, però, è stato anche osservato che, durante i primi secoli dell'età imperiale, «il programma solidaristico del senato» sembra espressione non tanto di «una mera esigenza 'filantropica' di solidarietà intrafamiliare», ma piuttosto di finalità «redistributive del reddito», volte a «mantenere elevato il *quantum* delle nascite»<sup>63</sup>. La legislazione familiare disvela così un legame con la politica demografica, a sua volta funzionale a quella militare, nell'ambito della

---

<sup>59</sup> LAVAGGI, *Alimenti*, cit., p. 19. Fino a che, infatti, «da *patria potestas*, assoluta e perpetua, è il cardine della *familia*», non è possibile immaginare l'«attribuzione di diritti e doveri reciproci di contenuto patrimoniale, tra il capo della casa e i suoi sottoposti, suscettibili di trovare, attraverso il processo, attuazione coattiva nell'ordine giuridico statale». Cfr. anche CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 63.

<sup>60</sup> SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti*, cit., p. 8; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 259. Si veda anche CORBO, *Genitori e figli*, cit., pp. 87 ss.

<sup>61</sup> CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 65.

<sup>62</sup> M.P. BACCARI, *'Curator ventris'. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino, 2012, p. 137.

<sup>63</sup> CARUCCI, *Tutela della madre*, cit., p. 65.



quale rientrano gli obiettivi di incremento della popolazione<sup>64</sup>.

Pertanto, alla base di un simile provvedimento, in cui la modernità tende immediatamente a leggere una finalità di tutela della donna e del figlio da lei generato, è probabile che (tenuto conto anche dell'epoca in cui il senatoconsulto verosimilmente si colloca), soggiacessero più che altro ragioni politiche, legate alla sicurezza e alla difesa dello Stato.

Dunque, anche in questo caso – come già verificatosi con la legislazione familiare augustea – attraverso la tutela della famiglia si intendeva probabilmente assicurare la salvaguardia della *civitas* nel suo complesso, confermando ancora una volta la convinzione che proprio all'interno del contesto privato e familiare (rappresentato dal matrimonio e dai figli) la cosa pubblica trovasse la sua vitalità e il suo «*seminarium*»<sup>65</sup>.

Quest'ultima considerazione non esclude, tuttavia, che simili provvedimenti, pur nati con questa finalità, abbiano comunque determinato, quanto meno di riflesso, un primo nucleo di tutela *post divortium* della madre (moglie) e soprattutto dei figli. Così, in modo non necessariamente consapevole, avrebbero posto le basi per la configurazione del diritto agli alimenti, il quale avrebbe trovato una più compiuta affermazione nel corso dei successivi secoli<sup>66</sup>.

5. *In conclusione: favor mulieris o favor matris?* – Per concludere queste brevi pagine, è possibile provare ad avanzare una risposta all'interrogativo prospettato in apertura, valutando se gli strumenti considerati fossero volti alla tutela della donna in quanto (soltanto) moglie o, piuttosto, in quanto (anche)

---

<sup>64</sup> La connessione tra politica demografica e obiettivi bellici era già presente nella legislazione augustea in tema familiare, volta alla promozione dei matrimoni e della procreazione. Tale obiettivo, peraltro, sarà oggetto di aperta contestazione da parte della poesia elegiaca. Ricordiamo i celebri versi di Propertio, che denunciano la finalità militare del *princeps*: «*nullus de nostro sanguine miles erit*» (Prop. *Eleg.* 2.7).

<sup>65</sup> Cic. *de off.* 1.17.54: «[...] *prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis [...]* id autem est *principium urbis et quasi seminarium rei publicae* [...]».

<sup>66</sup> È stato ipotizzato che su tale processo abbia inciso anche la diffusione dei valori e dei principi di solidarietà proclamati dalla religione cristiana (M. ROBERTI, *Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche*, in *Miscellanea Vermeersch*, Roma, 1935, pp. 25 ss.), ma l'opinione non è da tutti condivisa (si veda, ad esempio, SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti*, cit., p. 8 nt. 9).

madre. A favore di quest'ultima soluzione militano alcuni degli elementi sinteticamente ricordati. In particolare, con riferimento alla dote e alla donazione nuziale, è emerso come entrambe, pur con operatività diverse, fossero dirette soltanto in parte alla tutela della donna, in quanto soggetto "debole" del rapporto coniugale. Se la loro funzione era verosimilmente quella di assicurare il sostentamento della moglie dopo lo scioglimento del matrimonio, è però individuabile una finalità ulteriore, ad essa parallela e forse prevalente.

Come visto, questo secondo obiettivo coinvolgeva la prole. Infatti, i beni conferiti per sopperire alle necessità della vita familiare, inevitabilmente dipendenti dalla presenza di figli, sarebbero stati destinati a questi ultimi, o attraverso la specifica trattenuta dotale o mediante la costituzione di un diritto di usufrutto sui beni donati *propter nuptias*.

Pertanto, sia la dote sia la particolare forma di donazione considerata sembrano poter essere interpretate come forme di garanzia, più che degli interessi del coniuge "debole", di quelli della *familia* e soprattutto dei figli. Di conseguenza, può forse affermarsi che esse fossero dirette alla tutela non tanto della donna che fosse semplicemente "moglie", quanto della moglie che fosse anche "madre".

Un'analogia conclusione pare ipotizzabile anche con riferimento al terzo ambito considerato, relativo all'obbligo alimentare dei genitori nei confronti della prole in occasione di un divorzio. Come si è visto, alla base del riconoscimento della filiazione e del conseguente mantenimento che i provvedimenti imperiali citati imponevano al *pater*, sembra potersi individuare una finalità di natura politica.

L'obbligo del *pater* di contribuire economicamente alla crescita dei figli, se in via immediata consentiva alla madre di non esserne gravata in maniera esclusiva, in via mediata realizzava però anche un obiettivo più ampio, assicurando la salvaguardia delle nascite (sotto il profilo non solo dell'*an*, ma anche del *quantum*). Accanto all'interesse privato della donna emergeva così anche un fine pubblico, legato ai noti obiettivi di politica demografica.

Anche in questo caso, dunque, il *favor mulieris* lasciava il campo ad un *favor matris* (nel presupposto che la *mater* fosse anche *iusta uxor*) il quale, attraverso la tutela della famiglia e della filiazione (legittima), garantiva in ultima analisi anche la protezione della dimensione pubblica.

In definitiva, le suggestioni che il tema della tutela del coniuge “debole” evoca, con riferimento al periodo storico considerato, devono forse essere mitigate, suggerendo la conclusione che la tutela discendente dagli istituti giuridici esaminati fosse prioritariamente rivolta alla donna in quanto *mater* (oltre che moglie), più che alla donna in quanto (semplicemente) *uxor*.

## IL CONIUGE (TROPPO) DEBOLE: APORIE E PERSISTENZE DELL'ORDINAMENTO FAMILIARE OTTOCENTESCO<sup>1</sup>

STEFANO MALPASSI\*

*Con l'avvento della codificazione anche un tema privatissimo come quello matrimoniale trova una sanzione da parte del potere pubblico: il mito della legge investe la sfera familiare. Durante tutto il corso dell'Ottocento il dibattito ruoterà soprattutto intorno al tema della tenuta morale e patrimoniale della famiglia, finendo per consacrarne l'ordinamento gerarchico. L'apparente contraddizione con le aspirazioni rivoluzionarie si risolve, al contrario, proprio nella tutela degli assunti di base del liberalismo ottocentesco: individualismo, proprietà, ordine politico. I nuovi codici sembrano trovare, infatti, proprio nella formulazione «della forte famiglia nel forte Stato» (Ungari, 1974) una chiusura del cerchio, la compiuta affermazione dell'ordine borghese che in materia di famiglia consacra un «ordine sociale laicizzato» (Passaniti, 2011). Protagonista 'riflessa' di questo dibattito è, ovviamente, la figura femminile, «destinataria di un trattamento giuridico differenziato» (Stolzi, 2019) e la cui «debolezza» è un vero «problema» da regolare in funzione della tenuta – anche e soprattutto – patrimoniale della famiglia. Una sintetica ricostruzione degli assetti normativi e dei dibattiti in Francia, prima, e in Italia, poi, sugli effetti dello scioglimento del matrimonio, permette di disvelare alcuni aspetti delle costruzioni liberal-ottocentesche che hanno condizionato a lungo il nostro ordinamento familiare.*

---

<sup>1</sup> Il presente contributo nasce a valle di un seminario interdisciplinare, organizzato il 29 novembre 2021 nell'ambito del corso di dottorato in Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze, dedicato alla tutela del "coniuge debole" nella separazione e nel divorzio. Obiettivo del seminario era offrire una riflessione sul tema in chiave diacronica, al fine di coglierne i profili evolutivi, partendo dall'esperienza del diritto romano, passando dal diritto intermedio, con peculiare riferimento alla codificazione ottocentesca, per giungere, infine, alla disciplina civile attualmente vigente in Italia, con peculiare attenzione alle più recenti pronunce giurisprudenziali in materia.

\* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche e assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Ferrara.

*Nineteenth-century codification drives the private issue of marriage under the eye of the public power, and the family undergoes the «mythology» of legal positivism. The consequence of the legal debate, which revolves all around the moral and patrimonial hold of the family, is the consecration of its hierarchical order. The seeming contradictions with revolutionary aspirations are resolved in the pillars of nineteenth-century liberalism: individualism, property, political order. The formula «a strong family under a strong state» (Ungari, 1974) conveyed by the codes expresses the achievement of the bourgeois order devoted to a «secularist social order» (Passaniti, 2011) in matters of the family. A prominent, yet reflected role is played by the woman, «recipient of differentiated legal treatment» (Stolzi, 2019) and whose «weakness» represents an issue which to be solved in order to defend the family's property asset. After a quick survey of the legal acts and debates on the consequences of the end of marriage, both in France and Italy, this paper aims to unveil the uncertainties and continuities of the traditional-liberal legal order that have long influenced the Italian family system.*

SOMMARIO: 1. Codificazione e famiglia: la “avanguardia” francese. – 2. Verso la “famiglia italiana”: modello francese e adattamenti “nostrani” nel codice civile unitario. – 3. La scelta per la separazione e le ragioni di una “assenza”: uno sguardo ai dibattiti sul divorzio. – 4. La donna e il liberalismo: l'autorizzazione maritale tra «incapacità» e «protezione» per la tenuta di un sistema. – 5. Per concludere.

1. *Codificazione e famiglia: la “avanguardia” francese.* – La definizione di «secolo dei codici» rappresenta una delle formule più efficaci a riassumere il senso dell'Ottocento giuridico. La codificazione rappresenta, infatti, la concreta manifestazione di quel “mito” della legge che ha caratterizzato nel Settecento le critiche illuministiche agli assetti giuridici di *ancien régime*, per favorire, invece, la ricerca di un sistema di diritto chiaro, certo, e concluso. In poche parole, appunto, il Codice.

Nel 1804 era il legislatore francese a inaugurare questo secolo della codificazione e a offrire, dunque, «il Codice-Modello»<sup>2</sup>. Si trattava di un'operazione epocale, ché «realizza[va] una rottura col passato afferma[va] il monopolio statale delle fonti del diritto»<sup>3</sup>. Un codice, quello francese, improntato alla ricerca della semplicità, obiettivo dichiarato dallo stesso Portalis quando nel

---

<sup>2</sup> P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, 2010, p. 112.

<sup>3</sup> G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino, 2012, p. 2.

suo discorso del 1801 evocava «l'ossessione di 'tutto semplificare'»<sup>4</sup>. Un codice, infine, in cui ad assurgere a protagonista era l'istituto della proprietà e con essa il contratto quale strumento per la sua più efficace circolazione. Non è un caso, allora, che si sia parlato del codice nell'Ottocento come dello «specchio delle certezze e delle speranze della borghesia al potere»<sup>5</sup>.

Anche con riferimento al diritto di famiglia, dunque, non sarà possibile prescindere da un'analisi di quanto stabilito e normato all'interno del *Code Napoléon* e, in particolare, non sarà possibile prescindere da tale analisi se si guarda all'istituto del matrimonio, «in precedenza tipico settore di diretta ed esclusiva competenza normativa canonica»<sup>6</sup>, e ai suoi numerosi corollari. La codificazione rappresentava certamente una cesura netta rispetto al passato in materia familiare; una cesura avvenuta nonostante – come la storiografia ha notato in più occasioni – il Codice napoleonico abbia, invero e per molti aspetti, attenuato i progressi rivoluzionari. L'assetto sancito dal Codice, infatti, pur «accettando quegli istituti del diritto rivoluzionario che gli sembra[va]no corrispondere alla coscienza pubblica» finì per assestarsi, secondo molti, in una meno radicale «formula di transazione»<sup>7</sup>.

Come già ha notato Paolo Ungari negli anni '70 del secolo scorso, del resto, nel processo codificatorio in materia di famiglia era possibile riscontrare un intervento diretto dello stesso Napoleone: a lui si doveva, per esempio, la scelta

---

<sup>4</sup> F. MAZZARELLA, *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2012, XLI, p. 330.

<sup>5</sup> CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. IX.

<sup>6</sup> R. FERRANTE, *Giusnaturalismi, illuminismi, codificazioni*, in *Tempi del diritto*, a cura di E. Tavilla, Torino, 2016, p. 233.

<sup>7</sup> G. VISMARA, *Famiglia e successioni nella storia del diritto*, Roma, 1970, p. 55. Le diverse formulazioni che il Codice fece proprie in tema di matrimonio, potestà, filiazione, furono, dunque e in definitiva, forse meno «rivoluzionarie» ma non per questo meno «liberali». Per di più, anche qualora si concordasse sulla lettura del Codice come «parziale regresso» (cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1974, p. 97) rispetto agli impeti rivoluzionari che avevano condotto in Francia a un «*droit intermédiaire*» (FERRANTE, *Giusnaturalismi, illuminismi, codificazioni*, cit., pp. 232-238) decisamente più laico ed egualitario di quanto – come si vedrà – previsto successivamente nel codice, altrettanto non era comunque possibile sostenere per gran parte del resto d'Europa, ove il Codice venne, negli anni a venire, «esportato». L'Italia non faceva, in tal senso, eccezione.

di realizzare una rilettura della disciplina del diritto di famiglia «nel senso [...] della forte famiglia nel forte Stato»<sup>8</sup>. L'atteggiamento del Primo Console nei confronti della figura femminile era, in tal senso, emblematica e le sue parole – riportate in un altro testo ricco di fonti e redatto da due civilisti, Mario Bessone ed Enzo Roppo, nel 1977<sup>9</sup>, anni non a caso fertilissimi di ricerche sul tema – non possono che confermarlo:

La natura ha fatto delle donne le nostre schiave! Il marito ha il diritto di dire a sua moglie: *madame*, voi non uscirete! *Madame*, voi non andrete alla commedia! *Madame*, voi non incontrerete questo o quest'altro! In altre parole: *madame*, voi mi appartenete corpo ed anima!<sup>10</sup>

Il riconoscimento della subordinazione della moglie, del resto, non era un moto retrivo e peculiare del solo Napoleone; rappresentava bensì un sentimento condiviso da larga parte dei partecipanti al dibattito codificatorio, poiché – come riportato nuovamente da Bessone e Roppo – la *communis opinio* era quella espressa, ancora nel 1874, da un altro giurista francese, Jean-Charles-Florent Demolombe, che nel commentare l'assetto familiare sancito dal Codice non mancava di rimarcare come «la natura stessa indica nel marito il capo della società coniugale; e la legge, per organizzare nella famiglia la gerarchia e la disciplina, non ha avuto che da riconoscere questa preminenza»<sup>11</sup>.

Appare evidente, dunque, che l'idea di famiglia risultante dalle disposizioni del Codice – che si andranno ora rapidamente a ripercorrere – era l'espressione più autentica di «un'idea moderna di autoritarismo familiare che forse serpeggiava nella società, come residuo delle contraddizioni dell'illuminismo»,

---

<sup>8</sup> UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., p. 98.

<sup>9</sup> M. BESSONE, E. ROPPO, *Il diritto di famiglia. Evoluzione storica, principi costituzionali, lineamenti della riforma*, Torino, 1977.

<sup>10</sup> La citazione di Napoleone è, appunto, riportata ivi, p. 69.

<sup>11</sup> C. DEMOLOMBE, *Traité du mariage et de la separation de corps*, 11, Paris, 1874, p. 102, come riportato in BESSONE, ROPPO, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 73.

come da ultimo ha ricordato Paolo Passaniti<sup>12</sup>.

Scorrendo rapidamente, allora, le disposizioni contenute nel Titolo V e nel Titolo VI del Libro I del Codice, rispettivamente dedicati al matrimonio e al divorzio, si ottiene una perfetta fotografia di quanto finora ripercorso. I primi articoli (144 e seguenti) dettavano i requisiti necessari a contrarre il matrimonio: in particolare, i limiti dettati dall'età ma anche la previsione dell'autorizzazione dei genitori, elemento che ribadiva nuovamente la generale visione gerarchica della famiglia. Dalla formulazione dell'articolo 165 emergeva, invece e con chiarezza, la scelta "laicista" del codice napoleonico: il matrimonio era officiato e registrato dall'ufficiale di stato civile.

Al Capo VI, invece, intitolato «Dei diritti e dei rispettivi doveri dei coniugi», si trovava per primo l'articolo 212 che sanciva un generico dovere di «reciproca fedeltà, soccorso, assistenza», subito precisato però dall'articolo 213 che affermava; «il marito è in dovere di proteggere la moglie, la moglie di obbedire al marito». Questa formulazione si presenta di per sé già molto interessante per ciò che in seguito si proverà a ripercorrere: il matrimonio, infatti, realizzava una particolare situazione giuridica in funzione della "tutela" della moglie, del coniuge perciò *naturalmente* "debole". Così si spiegava, d'altronde, l'articolo 214 che tra gli obblighi del marito imponeva quello di «somministrarle [N.d.A.: alla moglie] tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita». Sempre nel senso di questa volontà di "tutela" saranno, allora, da leggere anche i successivi articoli 215 e seguenti, i quali regolavano l'istituto dell'«autorizzazione maritale»: alla moglie, infatti, non era concesso di stare in giudizio, né di compiere alcun atto senza l'autorizzazione del marito. In caso di diniego ella poteva richiederla al giudice. L'unica eccezione posta dall'articolo 220 era – non troppo sorprendentemente – prevista per la donna che faceva della «mercatura», ma «soltanto quando ella esercita[va] un traffico separato».

---

<sup>12</sup> P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della "società coniugale" in Italia*, Milano, 2011, p. 137.



La rilevanza di tale limitazione della figura femminile veniva ribadita dal fatto che persino in presenza di un marito reo, interdetto o assente, alla moglie era anche in tali casi necessaria l'autorizzazione del giudice per compiere qualsiasi atto. Ancora una volta, appare evidente come lo *status* giuridico della moglie fosse equiparato a quello dell'incapace che quando non disponeva dell'apporto del proprio "tutore" necessitava, pertanto, di un atto giurisdizionale al fine di veder integrata la propria limitata capacità.

«La famiglia a tipo napoleonico, pur nella sua forte struttura di comando, appare costituita su una trama giuridica nettamente individualistica»<sup>13</sup>, una «trama» che mirava a esaltare, anche qui, la dimensione patrimoniale dell'individuo, soggetto di diritto (e diritti) in quanto proprietario – e questo si riscontrava persino con riferimento al “coniuge debole” – poiché, ha notato Ungari, «la stessa inferiorità della moglie [...] è temperata dalla possibilità di far surrogare tale consenso, qualora ingiustamente rifiutato, dalle autorità giudiziarie»<sup>14</sup>. L'inferiorità della moglie, così, «trova[va] precisi riscontri anche sul terreno patrimoniale»<sup>15</sup>: la sanzione della «*incapacité de la femme mariée*» – sancita dall'articolo 217 – era, infatti, lo strumento idoneo a mantenere in piedi l'ordine economico borghese di fronte al rischio, di contro, posto dall'equiparazione della moglie al marito. Un'equiparazione che non avrebbe tenuto in giusto conto la sua limitata capacità. L'autorizzazione maritale da tale punto di vista rappresentava, pertanto, una necessaria “valvola di sicurezza” del sistema.

Venendo alle cause di scioglimento del vincolo matrimoniale, invece, non si può non far menzione di quella che, a molti interpreti, è apparsa la principale “fuga in avanti” del diritto di famiglia napoleonico: la previsione del divorzio. In realtà, il divorzio la cui domanda era condizionata al ricorrere di precise e assai limitate condizioni – l'adulterio della moglie, quello del marito se la concubina

---

<sup>13</sup> UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., p. 100.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> BESSONE, ROPPO, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 78.

era tenuta in casa, o, infine, «per eccessi, sevizie, o ingiurie gravi» – non sembrava, in definitiva, rappresentare nulla più che l’ovvio corollario della laicizzazione del matrimonio: «da legge, scrive Portalis nel discorso preliminare al codice, non deve vedere che cittadini là dove religione non vede che credenti», ha ricordato ancora Ungari<sup>16</sup>.

Il divorzio sembrava solamente confermare l’impronta individualistica del Codice nel suo insieme. La preoccupazione principale, se così la si vuol definire, delle norme codicistiche su tale istituto riguardava, infatti, la tenuta patrimoniale del sistema e non i singoli coniugi: così, per esempio, l’articolo 279 ci ricorda come «i coniugi, determinati ad effettuare il divorzio per reciproco consenso, dovranno preventivamente far seguire l’inventario e la stima di tutti i loro beni», col chiaro intento, dunque, di evitare una “dispersione” patrimoniale dannosa per gli equilibri dell’intera società borghese.

2. *Verso la “famiglia italiana”: modello francese e adattamenti “nostrani” nel codice civile unitario.* – Venendo all’esperienza italiana, è nota la rilevanza che ha avuto il modello francese, anzitutto perché i territori italiani hanno vissuto un’importante fase di vigenza dello stesso *Code* durante la dominazione napoleonica. In questa fase, ad attirare l’interesse successivo della storiografia anche più recente, è stata soprattutto la ricezione di un istituto percepito come il più “estraneo” alla tradizione italiana e successivamente rifiutato dal nostro legislatore: il divorzio.

Nonostante un’applicazione peculiarissima nella prima metà del secolo<sup>17</sup>,

---

<sup>16</sup> UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., p. 101.

<sup>17</sup> A tal proposito, non si può non richiamare l’interessante studio di Stefano Solimano sull’applicazione da parte dei giudici del divorzio introdotto su (parte) del territorio italiano durante il Regno d’Italia Napoleonico. Da questo articolato studio di una davvero grande mole di materiale di archivio è forse possibile ricavare una prima impressione sull’incidenza di questo istituto nel contesto sociale italiano. Pur essendo emersi numeri più ampi di quanto in passato la storiografia ha spesso considerato – Ungari, per esempio, aveva rilevato pochissime domande presentate (cfr. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., p. 101) mentre, invece, dallo studio di Solimano emergono almeno 130 domande tra il 1806-14, di cui 60 conclusasi con l’effettivo divorzio – ciò che appare, in particolare, rilevante è il dato sociologico per cui

l'istituto divorzile sparirà dal frammentato orizzonte giuridico italiano al momento della Restaurazione e non vi farà ritorno fino al 1970. Come faceva già notare Alberto Aquarone nel 1959, più in generale e in una prima fase, «il principio stesso della codificazione, trionfalmente introdotto in Italia nel periodo della dominazione napoleonica»<sup>18</sup> non riuscì a sopravvivere, per lo meno nella sua interezza, alla stagione della Restaurazione. Ben presto, però, si tornerà a parlare in Italia di famiglia e modello francese. L'unificazione del Regno aveva portato con sé, infatti, la necessità di affiancare alla conseguita unità politica un'egualmente compiuta unificazione legislativa.

Nel 1859 si inaugurò, così, una fase codificatoria che coinvolse anche il diritto di famiglia: i «progetti Cassinis» – frutto del lavoro di revisione del Codice civile albertino del 1837 ad opera di una commissione di studiosi e “uomini di legge” – già prevedevano le principali “innovazioni” in materia di famiglia, sia rispetto alla fase preunitaria sia al modello napoleonico. Innovazioni – se tali si vogliono definire – le quali saranno poi confermate dal testo definitivo del Codice Civile del 1865. Prima fra tutte, l'introduzione del matrimonio civile: «secolarizzare il matrimonio significava tradurre in termini giuridici l'ideale del separatismo cavourriano»<sup>19</sup> e affermare, così, uno dei pilastri del nuovo ordine politico borghese. Accanto a esso, però, la laicizzazione della famiglia trovava un primo limite (e una prima differenza col modello francese) nell'affermazione del

---

«furono soprattutto i possidenti ad aver promosso i giudizi»: così S. SOLIMANO, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino, 2017, pp. 180, 181, 184. Non un dato che deve stupire, del resto: il sistema codicistico era – come si diceva – immaginato e pensato per la società borghese, per il proprietario, e non era viceversa interessato a larghe fette della popolazione, soprattutto rurale, del Paese per cui il divorzio e, più in generale, la laicizzazione del matrimonio si dimostrava una realtà assai distante. Allo stesso modo, l'analogo studio portato avanti Paola Mastrolia sull'altro regno “vassallo”, il Regno di Napoli, mostra un'interessante tendenza ad accogliere l'innovazione dell'istituto divorzile da parte dei pur culturalmente restii giudici, realizzando così «un armonico e non traumatico svolgersi di quello che comunque è risultato un indubbio passaggio epocale»: così P. MASTROLIA, *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*, Torino, 2018, p. 176.

<sup>18</sup> A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1959, p. 1.

<sup>19</sup> S. SOLIMANO, *Un secolo giuridico (1814-1916). Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*, in *Tempi del diritto*, cit., p. 354.

principio di indissolubilità del vincolo matrimoniale, con il conseguente rifiuto del divorzio e la scelta per la previsione della “sola” separazione dei coniugi.

Questa scelta se, da un lato, si legava alla forte componente culturale di matrice cattolica che caratterizzava il nostro Paese, dall’altro e forse persino ancor di più, appariva una tutt’altro che irrilevante decisione giuspolitica che sottintendeva, infatti, la scelta di considerare «il diritto di famiglia entro una prospettiva pubblicistica»<sup>20</sup>.

Sul punto sono note, ma egualmente imprescindibili, le parole di Giuseppe Pisanelli, principale artefice della codificazione italiana, che nel 1863 affermava:

ho dubitato, signori, se dal codice civile avessi dovuto staccare del tutto quelle disposizioni che d’ordinario si contengono nel primo libro, e che formano il soggetto della mia proposta. A ciò mi conduceva un concetto scientifico da lunghi anni accarezzato. L’idea fondamentale del codice è quella della proprietà, e tutte le sue disposizioni si aggirano intorno a’ beni. Il primo libro del codice per contrario riguarda i diritti di famiglia, per modo che a me è sempre paruto che questo primo libro sia una branca di leggi speciali, ed intermedie tra il codice civile e lo Statuto. Il codice civile riguarda l’individuo: il primo libro del codice, la società di famiglia, lo Statuto, la società politica<sup>21</sup>.

Normare la famiglia all’interno del Codice appariva, dunque, una forzatura. Quello familiare era un terreno controverso, un inconcepibile “ibrido” tra privato e pubblico, nel quale l’intervento del legislatore appariva necessario soltanto al fine di tutelare la tenuta del sistema, ad evitare le sovrapposizioni indesiderate tra sfera pubblica e privata, e, in definitiva, a realizzare quell’«ordine

---

<sup>20</sup> *Ibidem*. Come si accennava in precedenza, il modello francese e la sua «accentuata struttura gerarchica della famiglia» rappresentavano per l’Italia «la più avanzata base di discussione possibile nel contesto politico-giuridico del tempo» (UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., p. 154) e, pur vedendo qui sancite alcune radicali differenze, il modello borghese e individualistico consacrato dal *Code Napoléon* restarono egualmente inalterati. La ricerca di un assetto chiaro, semplice e fondato sull’individuo proprietario come unico protagonista dell’orizzonte giuspolitico rimaneva, di qua e di là delle Alpi, al centro della codificazione ottocentesca.

<sup>21</sup> *Presentazione del primo libro del progetto Pisanelli*, 15 luglio 1863, adesso in AQUARONE, *L’unificazione legislativa*, cit., pp. 127 ss.

sociale laicizzato»<sup>22</sup> cui si ambiva avendo sottratto l'ambito matrimoniale alla sfera d'influenza canonistica. La disciplina della famiglia rientrava nel Codice Civile soltanto poiché portava con sé dei rilevanti risvolti patrimoniali di cui non si poteva non tener conto; risvolti patrimoniali che condizionavano la stessa idea di cittadinanza all'interno del sistema liberale.

Appariva scontato, allora, replicare in Italia le scelte francesi, consacrando anche qui un'organizzazione che vedeva, dunque, una forte tutela del coniuge “debole” (la moglie) altrimenti capace, qualora privata del controllo del marito, di mettere in pericolo l'intero assetto patrimoniale familiare: proprio la capacità – e stavolta in senso propriamente tecnico-giuridico – o, meglio, l'incapacità della donna verrà allora chiamata in gioco dal legislatore al fine di giustificarne un peculiare trattamento. Il “problema” della «capacità femminile», così, può ben rappresentare un osservatorio storico-giuridico privilegiato per rilevare nella codificazione ottocentesca – come recentemente ha evidenziato Filomena D'Alto – «lo scarto che puntualmente si registra tra l'impianto valoriale espressamente previsto – centralità della tutela delle libertà individuali – e lo stato effettivo della comunità dell'epoca»<sup>23</sup>.

### 3. *La scelta per la separazione e le ragioni di una “assenza”: uno sguardo ai dibattiti sul divorzio.* –

Escluso dal nuovo codice il divorzio, era indispensabile ammettere la separazione personale, essendo manifesto che in alcuni casi la convivenza dei coniugi diventa impossibile. Il progetto ha determinate le cause che possono dar luogo alla separazione personale, e le ha circondate, per quanto era possibile, di tali garanzie, che valessero ad impedire una separazione capricciosa o che fosse l'effetto di passeggeri rancori. In questa materia i fatti vestono un'infinità di colori, e non potendosi stabilire norme affatto precise, era necessario confidarne l'apprezzamento al prudente criterio dell'autorità giudiziaria<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale*, cit., p. 140.

<sup>23</sup> F. D'ALTO, *La capacità negata. Forme giuridiche e complessità della persona nella giurisprudenza tra Otto e Novecento*, Torino, 2020, p. 7.

<sup>24</sup> *Relazione sul progetto di codice civile*, 15 luglio 1863, adesso in AQUARONE, *L'unificazione legislativa*, cit., p. 139.

Le parole qui riportate, di Pisanelli, volte a giustificare l'introduzione della separazione dei coniugi nel codice nostrano, valgono a riassumere i suoi caratteri più essenziali: essa recuperava gli stessi stringenti requisiti richiesti dal legislatore francese per la domanda di divorzio e che già rendevano alquanto complesso lo scioglimento del vincolo. A questo si aggiungeva la presenza nel nostro sistema del principio dell'indissolubilità del vincolo; indissolubilità che non veniva meno neppure con la pronuncia di separazione. A differenza del divorzio, pertanto, qui non si dava luogo a ulteriori conseguenze di natura giuridica al di là della perdita – e, peraltro, per il solo coniuge cui la separazione era, usando una terminologia contemporanea, addebitata – dei «lucri dotali, di tutti gli utili che l'altro coniuge gli avesse concessi col contratto matrimoniale»<sup>25</sup>.

Perché, dunque, non il divorzio? Sul tema molto è stato scritto, sia dalla riflessione storiografica sia dai giuristi coevi; un dibattito che si è protratto dall'entrata in vigore del Codice fino alle soglie del presente. Senza voler e poter qui dar conto di questa (davvero importante) produzione, ci si limiterà a segnalare una peculiare lettura di questa “assenza” e che, si pensa, possa tornare utile a una riflessione sulla “debolezza” della donna quale emergeva dal diritto di famiglia liberal-ottocentesco.

In tal senso, più che sulla dimensione politica e morale del divorzio e pur, come ha ben riassunto Chiara Valsecchi, «senza voler negare o sminuire il peso decisivo di una forte e talora persino ‘prepotente’ mobilitazione di stampo strettamente cattolico»<sup>26</sup> – una «mobilitazione» che ha effettivamente spinto molti ad opporsi, da un lato, alle molte proposte di legge in materia a cavallo tra

---

<sup>25</sup> Articolo 156, Codice Civile 1865.

<sup>26</sup> C. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2004, p. 624. Ricorrendo sempre alle parole della Valsecchi, infatti, «pare infatti riduttiva una lettura che spieghi il rifiuto del divorzio, protrattosi per un secolo da parte di tanti giuristi e parlamentari, soltanto con l'obbedienza rigorosa ai dettami della dottrina cattolica». Al contrario, ai fini del percorso che si tenta qui di seguire, appaiono forse più interessanti quelle «opinioni laiche e moderate» che si preoccupavano piuttosto «degli aspetti tecnico-giuridici e dei risvolti sociali dell'eventuale riforma».

Ottocento e Novecento, e molti altri, per la stessa ragione, a sostenerle – l'attenzione sarà maggiormente rivolta a quelle costruzioni laiche e liberali che, attingendo curiosamente al medesimo bagaglio ideale, legittimavano indifferentemente il rifiuto o il sostegno all'introduzione del divorzio in Italia.

Vittorio Polacco, per esempio, nel 1892 tenne una lezione nella quale sosteneva la causa antidivorzista e che rappresentava la diretta risposta alle tesi sostenute dal collega romanista Biagio Brugi. Una causa che, come lui riconosceva, «non ha intorno a sé quell'aura di popolarità che circonda la tesi avversaria» e a sostegno della quale egli riteneva necessario respingere con forza «l'accusa di oscurantismo e clericalismo al nostro indirizzo [che] può dirsi addirittura un luogo comune»<sup>27</sup>.

E lo faceva, appunto, ribadendo con forza il ruolo “ordinatorio” della legge che seppur «non fa il costume, né ha virtù di rendere morale una società traviata», tuttavia, ha quale suo compito precipuo quello di «opporre degli argini al dilagare della corruzione, governando entro certi limiti e temperando il costume»<sup>28</sup>. Curioso, poi, come egli sostenesse tale funzione ordinatoria della legge alla stessa guisa di quanto invocato in merito all'emergente e contemporanea “questione sociale”: «e lo neghereste Voi forse, [N.d.A.: il compito ordinatorio della legge] Voi, che per risolvere la cosiddetta questione sociale [...] non disdegnate tuttavia di ricorrere a tutto un armamentario di leggi, che va appunto sotto il nome di legislazione sociale?»<sup>29</sup>

Polacco procedeva, allora, a opporre al divorzio una serie di ragioni sociali che, ancora una volta, riguardavano soprattutto la tenuta del sistema. Il riconoscere che nella realtà delle relazioni coniugali vi fossero situazioni di

---

<sup>27</sup> V. POLACCO, *Contro il divorzio: lezione tenuta il 2 maggio 1892 nella Regia Università di Padova*, Padova-Verona, 1892, pp. 10-11. Anche Carlo Francesco Gabba sul punto sosteneva: «Fossero anche soli i *clericali* a combattere il divorzio, ciò non dispenserebbe dal ricercare se questa volta essi abbiano torto o ragione; ma battezzare taluno di clericale solo perché è contro il divorzio, non è rispondere, e non è neppure far tacere; è soltanto impedire che altri oda le ragioni che non si vogliono combattere...», C.F. GABBA, *Il divorzio nella legislazione italiana*, III ed., Torino, 1891, p. XI.

<sup>28</sup> POLACCO, *Contro il divorzio*, cit., p. 14.

<sup>29</sup> Ivi, p. 15.

difficoltà non era, per esempio, una ragione sufficiente a giustificare l'introduzione del divorzio che – si diceva – non avrebbe comunque ricreato «l'età dell'oro dei coniugali rapporti». Al contrario, insisteva Polacco,

un marito, che per volubilità di carattere e per la sazietà troppo spesso conseguente nei sessuali rapporti al raggiunto e pienamente goduto possesso, propenda al mutar degli amplessi, troverà presto insopportabile uno stato, nel quale è assurdo il perseverare dal momento che la legge dà pur modo di uscirne [...] Ed eccola allora la povera donna, innamorata forse di lui con l'ardore dei primi momenti, ossequente all'avita fede che condanna il divorzio, dibattersi in una lotta angosciosa, in cui è fatale ch'essa soccomba<sup>30</sup>.

«La statistica comprova il mio asserto», concludeva convintamente Polacco<sup>31</sup>. Adducendo ragioni simili, anche Carlo Francesco Gabba si opponeva all'introduzione del divorzio. Come ha riassunto nuovamente Valsecchi, in particolare, Gabba «contestando le teorie contrattualiste riafferma[va] con forza che il matrimonio non è un fatto puramente privato, concernente le sole persone dei contraenti»; sottolineare la rilevanza pubblicistica del diritto di famiglia, del matrimonio, in particolare, «inteso come istituzione basilare della società civile»<sup>32</sup>, permetteva di spostare il fuoco dalla libertà (contrattuale) alla tutela, alla garanzia dell'ordine civile.

Introdurre il divorzio in Italia, dunque, sarebbe stata un'illusione che alcuni coltivavano nella «continua e vana pretensione di rifar l'ordine sociale col solo ed unico criterio della astratta libertà dell'individuo»<sup>33</sup>. Al contrario, l'attenzione doveva porsi proprio su quei soggetti che, più di tutti,

---

<sup>30</sup> Ivi, p. 18.

<sup>31</sup> Ivi, p. 19. Polacco richiamava alcune statistiche americane e francesi con le quali si evidenziava un numero di divorzi imputati in maggioranza agli uomini. Inoltre, insisteva, ove il divorzio era stato introdotto si assisteva soprattutto a una riduzione del numero matrimoni, ad un aumento dei divorzi, ma non per questo a riduzione del numero dei figli naturali: «il divorzio non è quel rimedio al mal costume dei concubinaggi, che sarebbe per me la sola ragione etico-sociale in suo favore», concludeva Polacco, *ivi*, p. 27.

<sup>32</sup> VALSECCHI, *In difesa della famiglia*, cit., p. 624.

<sup>33</sup> GABBA, *Il divorzio nella legislazione italiana*, cit., p. 3.



abbisognavano di tutela: «le donne e il divorzio! Con queste sole parole potrebbesi dare il miglior titolo sia a questo mio libro, sia ad altro qualunque intorno allo stesso argomento»<sup>34</sup>. Era la donna, infatti, che – si sosteneva – sarebbe stata esposta ai più gravi rischi in ragione dell'introduzione del divorzio, perché tale istituto «peggiora la condizione morale e sociale di questa di fronte all'uomo»<sup>35</sup>.

Esisteva, certamente, anche un opposto universo di divorzisti che, spesso, partendo dai medesimi presupposti tentavano di legittimare il rifiuto del principio di indissolubilità del matrimonio: a partire dal primo, e assai noto, Salvatore Morelli, fino al ministro Zanardelli, furono molti i giuristi e i politici liberali e socialisti che proposero, tra fine Ottocento e inizio Novecento, disegni di legge sul divorzio mai andati in porto.

Mantenendo però il focus sulla figura del “coniuge debole”, le riflessioni antidivorziste appaiono sufficienti a mostrare i contorni di una sua precipua definizione nella disciplina codicistica ottocentesca. Un aspetto questo, per la verità, molto spesso negletto in passato, ove ci si concentrava per lo più sul problema morale e politico del rifiuto del divorzio o su quello dell'uguaglianza formale dei coniugi, senza contrariamente porre la dovuta attenzione alla dimensione patrimoniale (e, quindi, nell'ordine liberale, la dimensione giuridica per eccellenza) della separazione e del divorzio.

Se la si guarda da una prospettiva giuridico-patrimoniale, invece, la scelta per la separazione operata dal legislatore italiano poteva giustificarsi per la sua

---

<sup>34</sup> Ivi, p. XIX.

<sup>35</sup> *Ibidem*. Molti altri passaggi del suo lavoro possono ulteriormente chiarire tale visione. A partire dall'affermazione per cui «[n]el matrimonio campeggia e domina l'etica più del diritto, la sudditanza più dell'autonomia della volontà, l'interesse sociale ed umanitario più del volere dell'arbitrio dei privati» (p. 10). Così, insisteva, «facendo dell'uomo il protettore della donna, dei genitori i protettori dei figli, sicché la società civile trovi il suo primo fondamento, e la massima sua guarentigia nella società coniugale e parentale» (p. 11) si garantiva l'ordine e, al contempo, «si dilegua il fantasma del matrimonio *privato e contrattuale*». Anche l'introduzione del divorzio, dunque, non sarebbe dovuta dipendere da ragioni riconducibili all'autonomia individuale bensì «lo si dovrebbe certamente proscrivere in nome di un diritto e di un dovere superiore, del diritto e del dovere che ha lo Stato, di assicurare la moralità diminuendo la libertà» (pp. 13-14).

più immediata vicinanza alla tradizione e al “comune sentire italiano” garantendo, al contempo, sia la salvaguardia del principio dell’indissolubilità, sia la tutela dell’ordine politico-sociale (qui prevalente addirittura rispetto all’individualismo competitivo) e sia, soprattutto, l’individualismo proprietario.

Non è da escludere, pertanto, che anche la lunga resistenza che il legislatore ha contrapposto non solo al divorzio ma anche all’equiparazione della figura femminile fossero dovuti principalmente al timore che tale “passo” avrebbe soprattutto compromesso, o persino contraddetto, i pilastri dell’ordine giuspolitico liberale.

4. *La donna e il liberalismo: l’autorizzazione maritale tra «incapacità» e «protezione» per la tenuta di un sistema.* – Ciò che sembrava emergere con evidenza dalla legislazione ottocentesca sul matrimonio e, più in generale, sulla famiglia, era dunque una visione della figura femminile quale “soggetto debole”. In particolare, nei confronti della moglie vigeva una “presunzione assoluta” di “debolezza”: la moglie era *per natura* il coniuge debole.

Mentre la storiografia ha teso a leggere tale atteggiamento come una contraddizione dei principi e dell’ideologia liberale, di recente alcune voci hanno, al contrario, sottolineato l’assoluta coincidenza tra questa visione della figura femminile e i capisaldi delle teorie liberal-ottocentesche. Considerare la donna un soggetto debole alla stregua di altri soggetti destinatari di una legislazione di “protezione”, di un vero e proprio “trattamento giuridico differenziato”, come previsto ancora oggi, per esempio, per il minore o l’incapace, non significava, infatti, negare o derogare il principio di uguaglianza; al contrario, proprio riconoscendone la diversa “natura”, appariva ovvio ricorrere a un trattamento differenziato facendo «riferimento alla diversa categoria della *capacità giuridica*»<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> I. STOLZI, *La parità ineguale. Il lavoro delle donne in Italia fra storia e diritto*, in *Studi storici*, 2019, 2, p. 256.

L'istituzione familiare era da regolare in conseguenza e in funzione di questo, in modo da garantire cioè la tenuta, anche e soprattutto, patrimoniale della famiglia: così come non si può immaginare di lasciare libero il minore o l'incapace di gestire il patrimonio familiare, quest'ultimo poteva egualmente essere messo in pericolo dall'eventuale parificazione della figura della moglie a quella del marito. E si trattava, allora, di una «incapacità relativa» che prendeva forma nel momento in cui la donna, col matrimonio, entrava pertanto a far parte di quel peculiare gruppo sociale (e patrimoniale) che era la famiglia<sup>37</sup>.

Così, nonostante i progetti di codice avessero inizialmente escluso l'istituto dell'autorizzazione maritale, in quanto estraneo alla tradizione italiana, essa rientrò – e, in verità, senza troppe obiezioni – nel testo definitivo del 1865. Infatti, mentre Pisanelli aveva sostenuto inizialmente che «la libertà lasciata alla moglie di regolare le proprie sostanze non fu mai pregiudizievole agli interessi della famiglia più di quella lasciata al marito»<sup>38</sup>, di parere opposto fu, invece, la commissione in Senato:

Indipendenza siffatta della moglie, oltre di offendere i diritti della famiglia, sarebbe contraria: 1° al principio della protezione che il marito deve alla moglie, e che sarebbe vana ed illusoria, quando egli non le potesse impedire di disperdere la sua fortuna con atti sconsigliati; 2° alla deferenza che la moglie deve al marito, capo della famiglia più atto per disposizione di natura a tutelarne gli interessi e ben dirigere gli atti più importanti della vita civile; 3° infine a quella unità e comunione individua di tutte le cose della vita, in che è riposto il carattere più essenziale della società dei coniugi. Tale unità e tale comunione si troverebbero esposte a continue e pericolose turbazioni, ove la moglie potesse agire circa i suoi beni in modo affatto indipendente dal marito. Invano si invoca l'esempio delle donne nubili, poiché la loro condizione è troppo diversa da quelle maritate, per poterle pareggiare in ciò che riguarda il loro patrimonio. Sono i vincoli di moglie e di madre, sono i principii costitutivi e gli interessi della famiglia che reclamano l'autorizzazione maritale. Essa non è un semplice omaggio

---

<sup>37</sup> D'ALTO, *La capacità negata*, cit., p. 23.

<sup>38</sup> G. PISANELLI, *Relazione sul progetto di codice civile* (15 luglio 1863), adesso in AQUARONE, *L'unificazione legislativa*, cit., p. 139.

d'ossequio al capo della famiglia, come taluno ha pensato, ma è una regola d'ordine, di armonia e di conservazione nella economia domestica<sup>39</sup>.

La stessa posizione di Pisanelli, apparentemente più in linea con l'individualismo giusnaturalista, si dimostrava, alla prova dei fatti, una “forzatura” nel tentativo di affermare una certa autonomia culturale e giuridica del nostro codice rispetto a quello del fu dominatore Napoleone<sup>40</sup>. Uno sforzo che ebbe comunque una qualche valenza e, infatti, ancora a inizio Novecento, nella voce «Donna maritata» curata per il *Digesto italiano* da Eduardo Piola Caselli si rimarcava il fatto «che l'istituto dell'autorizzazione maritale, come fu inteso dal legislatore nostro, è essenzialmente diverso dall'istituto dell'autorizzazione sanzionato dal codice napoleonico» poiché – si insisteva – il nostro ordinamento avrebbe astrattamente accolto la regola generale dell'eguale capacità della donna, mentre

nel codice napoleonico la necessità dell'autorizzazione è estesa a tal numero di atti giuridici, e con tale designazione generica che si può dire avere quasi il codice sanzionato il principio del diritto consuetudinario, *que femme mariée ne peut aucunement contracter* cosicché la dottrina francese deve cercare, in via di eccezione, in quali casi, invece, la donna abbia libertà contrattuale<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> *Relazione della Commissione del Senato sul Progetto del Codice Civile*, 16 giugno 1864, adesso in BESSONE, ROPPO, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 130.

<sup>40</sup> Non a caso, ha notato Giovanni Cazzetta, «la dottrina immediatamente successiva al codice si sforzò di disegnare la disuguale condizione giuridica della donna come conforme al diritto nazionale»: così CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. 76.

<sup>41</sup> E. PIOLA CASELLI, *Donna maritata*, in *Digesto italiano*, vol. IX, Torino, 1899-1902, p. 1015. Per di più, si aggiungeva, «detto codice, a differenza del nostro, vieta che il marito possa, con autorizzazione generica, rendere la donna pienamente capace; ed infine nei casi in cui il marito non può prestare l'autorizzazione, richiede sempre l'autorizzazione giudiziale, mentre in tali casi il nostro codice esime la donna da qualsiasi autorizzazione». Assai meno “conciliante” era, invece, la lettura offerta sulla compatibilità dell'autorizzazione maritale col principio di eguaglianza formulata da Valeria Benetti-Brunelli nel 1904, per la quale tale istituto «rappresenta una violenza della legge in quanto concepisce l'armonia coniugale per mezzo della prepotenza dell'uomo, soffocando ogni germe di spontaneità e di libertà nell'altro coniuge. Costituisce un'offesa alla donna, poiché le nega l'esercizio d'un diritto essenziale della sua personalità giuridica»: così V. BENETTI-BRUNELLI, *La donna nella legislazione italiana*, II ed., Roma, 1908, p. 22.

Così, apparentemente, l'istituto accolto nel nostro codice poteva rappresentare una novità, «un sistema di transazione fra i sistemi radicali dell'assoluta libertà, e della, se non assoluta, estesissima soggezione giuridica della donna maritata»<sup>42</sup>. Il principio della generale capacità della donna nel nostro ordinamento si sarebbe, del resto, potuto ricavare dall'elencazione, presente nella norma codicistica, degli specifici atti per cui era richiesta l'autorizzazione, elenco che pertanto taluni ritennero tassativo ed eccezionale. Tuttavia, a complicare il quadro stava il fatto che persino i casi di dispensa dall'autorizzazione erano egualmente enumerati dal codice. In definitiva, la dottrina non appariva sul punto unanime, come ricordava sempre in una voce del *Digesto italiano* – stavolta quella dedicata proprio all'istituto della «Autorizzazione della donna maritata» – Carlo Spalazzi:

Secondo gli uni il fatto di costituire essa una eccezione al principio di autorizzazione, porta con sé di conseguenza il carattere strettamente tassativo. [...] Per altri invece l'art. 135, che tende a restituire alla donna la capacità giuridica, comporta una interpretazione estensiva, e deve quindi applicarsi in tutti i casi in cui il marito sia impedito di dare efficacemente la sua autorizzazione. [...] Si tratta dunque di eccezione ad una eccezione e si rientra quindi nella regola, nel diritto comune, dove vige la massima *ius commune est procedendum ad consequentias*<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> PIOLA CASELLI, *Donna maritata*, cit., p. 1015. A ben vedere, in realtà, il principio dell'eguale capacità sembrava, poi e di fatto, venire quantomeno ridimensionato in funzione proprio della tutela patrimoniale della famiglia e della società borghese tutta: l'istituto dell'autorizzazione maritale «nel nostro diritto» – concludeva ancora Piola Caselli – «è fondato unicamente sull'ossequio all'autorità del capo della famiglia ed ancor più sul concetto che il buon governo della famiglia esiga unità di voleri negli atti giuridici più importanti, che mentre vincolano il patrimonio della moglie hanno necessario riflesso sul benessere economico della famiglia tutta. Nondimeno la pratica giudiziale ha dimostrato che il sistema italiano presenta gravi difetti, poiché mentre lascia libera la donna per atti giuridici importantissimi, non tutela sufficientemente la buona fede dei terzi contraenti e da appiglio a infinite questioni di interpretazione, cosicché sarebbe forse miglior parere di adottare il sistema tedesco dell'assoluta libertà contrattuale, salvo gli effetti del regime speciale derivante dai patti matrimoniali».

<sup>43</sup> C. SPALAZZI, *Autorizzazione della donna maritata*, in *Digesto italiano*, vol. IV, Torino, 1893-1899, p. 493. In un precedente passaggio Spalazzi non manca di evidenziare la peculiare conseguenza che tale istituto comportava per lo *status* giuridico della donna: «Non può porsi in dubbio che le disposizioni del nostro codice circa l'autorizzazione alla donna maritata concernono il di lei stato personale, menomando, sia pur limitatamente, la di lei capacità di contrattare e regolando i rapporti famigliari fra i coniugi. Il concetto fin qui spiegato non

Anche a voler accogliere, dunque, l'indirizzo tracciato da Pisanelli, non si potevano negare tuttavia le "complesse" conseguenze che potevano insorgere da una generale equiparazione della donna (e di quella "maritata", in particolare) all'uomo. A ben vedere, poi, anch'egli non sembrava differire troppo nella valutazione della limitata capacità della donna, com'è possibile riscontrare nelle sue parole pronunciate in merito all'istituto della tutela e alla possibilità che essa fosse affidata alla donna:

Fu ventilata la questione, se la donna dovesse essere ammessa all'esercizio della tutela. Prevalse l'opinione negativa, perché il principio di eguaglianza civile tra maschie e femmine, dal quale è informato il progetto, non sembrò doversi estendere sino ad ammettere per regola la donna all'esercizio di un pubblico ufficio<sup>44</sup>.

L'unica eccezione, in riferimento al tema della tutela, appariva certo quella della madre, «giacché è ammessa all'esercizio della patria potestà»; e tuttavia anche in questo caso si trattava di una scelta che, si ammetteva, poteva essere rifiutata dalla donna stessa poiché «se la legge non doveva stabilire presunzioni generali sfavorevoli alle donne, doveva però lasciare a loro medesime *il giudizio della propria capacità*»<sup>45</sup>.

---

lascia dubbio che si tratta sentire di una pura incapacità *giuridica-obbiettiva* e non già di una incapacità *naturale* e *subiettiva*, come quella che colpisce gl'interdetti, i minori, ecc.), ivi, p. 468.

<sup>44</sup> PISANELLI, *Relazione sul progetto di codice civile* (15 luglio 1863), cit., p. 149.

<sup>45</sup> *Ibidem*. Il corsivo è nostro. Rilevante è, sul punto, la critica elaborata da Anna Maria Mozzoni che rilevava la stridente contraddizione dello *status* giuridico accordato alla donna nel Codice con l'ideologia diffusa «ai nostri giorni, in cui l'atmosfera è tutta piena delle luminose idee del diritto e dell'eguaglianza» (p. 135) e dove, proprio in riferimento alla tutela, «la legge però, con una tenerezza tutta parziale per la madre, le accorda un diritto che se oltraggia la natura, ed è per la donna una lezione immorale, sente però in compenso una condiscendenza tutta cavalleresca. Coll'art. 252 non vuole che si obblighi la madre ad accettare la tutela dei suoi figli, e s'accontenta che ella ne adempia i doveri fino alla nomina di un tutore. [...] Ed ecco come la legge onora il carattere materno! Ella non suppone neppure spontaneamente che la madre sia capace di tutelare i suoi figli (ché in quanto a diritto ne è ben raro questione quando degna occuparsi della donna). Ella accetta la decisione del marito defunto, o dell'avo, o del bisavo, che tutti camminano innanzi alla madre, e la tollera tutrice, purché però a sua volta tutelata. Nell'azione sua la madre tutrice inciampa ad ogni passo nei meticolosi *se* e *ma* del leguleio. Fra lei ed il suo pupillo la legge pone costantemente od il consulente speciale, od il consiglio di famiglia, o i due prossimi parenti, o le informazioni del

Ancora una volta, quindi, la libertà – e, potremmo dire, persino l'uguaglianza – della donna trovava il proprio limite alle soglie della partecipazione alla vita pubblica. Quantunque equiparabile nel ristretto campo familiare (e, in definitiva come s'è visto, non sarà neppure là così), altrettanto non poteva dirsi in riferimento alla vita sociale e politica.

Per quanto possa apparire contraddittorio rispetto ai principi che si è soliti attribuire alla tradizione liberale, in verità, si tratta d'una visione dei diritti e delle libertà nella quale risulta sempre prevalente la tutela dell'ordine e in funzione del quale l'emancipazione femminile non può che essere ragione perturbatrice, «una complicazione nella costruzione dell'eguaglianza tra individui-proprietari-capi famiglia, maschi s'intende»<sup>46</sup>. Per questo dunque l'esclusione e la subordinazione della figura femminile può essere a pieno titolo considerata un'espressione tipica del liberalismo ottocentesco e non una sua (inspiegabile?) contraddizione. Lo stesso Gabba citato in precedenza non stentava ad affermare proprio sul piano dei diritti la portata “distruttrice” che avrebbe avuto «la *emancipazione femminile*, cosiddetta per eufemismo, la quale in realtà mira ad affogare in una assurda uguaglianza dei sessi i doveri propri delle donne, e i loro speciali diritti»<sup>47</sup>.

Ma anche per molti di coloro che sostennero, per esempio, il divorzio, il riconoscimento dell'uguaglianza poteva avvenire soltanto sul piano meramente privatistico; certo permaneva sempre il rischio che, essendo la famiglia un punto

---

prefetto. Ed ecco in qual modo la legge sa appoggiare i suoi stessi precetti! Davanti alla disistima che voi fate della maternità, davanti alla sanzione della materna incapacità che voi suggellate ad ogni paragrafo dei vostri codici, davanti alla spogliazione d'ogni diritto primitivo ed ingenito sulla persona della donna madre, ché cosa significa, di grazia, o legislatori, quell'art. 210 nel quale dite al figlio: 'in qualunque età, stato e condizione ti trovi, onora e rispetta i tuoi genitori?' [...] Se non che il disdegno, che i codici mostrano per la donna, non è che uno dei corollari di quel principio così lucidamente impugnato dal Beccaria, che cioè, quel legislatore che considera la società come una associazione di famiglie, non deve necessariamente riconoscere a membri attivi che i capi di esse, e lasciar gli altri tutti nell'ombra ed in balia del capo, sopprimendo così ogni diritto ingenito, sul quale si eleva prepotente il diritto parziale»: A.M. MOZZONI, *La donna e i suoi rapporti sociali. In occasione della revisione del codice civile italiano*, Milano, 1864, p. 140.

<sup>46</sup> PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale*, cit., p. 136.

<sup>47</sup> GABBA, *Il divorzio nella legislazione italiana*, cit., p. 48

di snodo fondamentale tra pubblico e privato, i due piani venissero pericolosamente a sovrapporsi.

Quando nel 1909, per esempio e come ha ricordato tra gli altri Giovanni Cazzetta, un decreto aveva previsto un'eccezione al regime dell'autorizzazione maritale nella straordinaria situazione creata dal terremoto di Messina, tale approdo non fu esente da critiche perché «si può accordare alla donna il diritto di gestire il proprio patrimonio ma non si può essere “liberali” sino al punto di accettare una piena parificazione giuridica della donna anche quando ci sono risvolti pubblicistici»<sup>48</sup>.

Non dovrà infine stupire che all'abolizione dell'istituto dell'autorizzazione maritale si giungerà soltanto nel 1919<sup>49</sup> e in maniera non certo scontata. Soprattutto, non sembra affatto casuale che la vera frattura si ebbe soltanto in ragione di un evento perturbatore dell'ordine quale la Prima guerra mondiale, vero spartiacque dell'evoluzione giuridica: un terremoto, adesso in senso metaforico, capace di infrangere molte delle certezze e delle fondamenta dell'edificio giuridico liberale<sup>50</sup>.

La legge del '19, si diceva, appare come un approdo non scontato e neppure una definitiva affermazione dell'emancipazione femminile. Già il titolo – «Norme circa la capacità giuridica della donna» – conferma, ancora una volta, come in fondo il problema dell'uguaglianza non era mai stato veramente in gioco dalla prospettiva liberale: si trattava soltanto di una questione di *capacità*. Da tale punto di vista, perciò, la stessa «abolizione dell'autorizzazione maritale è

---

<sup>48</sup> CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. 77.

<sup>49</sup> L. 17 luglio 1919, n. 1176, «Norme circa la capacità giuridica della donna».

<sup>50</sup> Gli stravolgimenti della guerra misero profondamente in discussione anche il ruolo della donna e la stessa idea della famiglia: è assai curioso, per esempio, il dato riportato in un recente lavoro sulla storia dello Stato sociale ad opera di Ilaria Pavan e Chiara Giorgi che rilevano come durante il conflitto fu lo stesso Governo a riconoscere la possibilità di individuare quali beneficiari delle polizze di guerra soggetti estranei al nucleo familiare, riferendosi addirittura ad «amanti» o «vecchi amici». Le autrici riconoscono, allora e giustamente, il peso del conflitto bellico nel creare una «netta discontinuità nell'orizzonte cattolico e borghese della concezione della famiglia e uno squarcio nel solido recinto rappresentato dal diritto civile di matrice liberale» (C. GIORGI, I. PAVAN, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Bologna, 2021, p. 46).



da ridimensionare»<sup>51</sup>. Pur affrancata da una condizione di incapacità giuridica, la moglie continuava, infatti, a rimanere un “coniuge debole” nei confronti della società. La famiglia continuava a essere un peculiare luogo di incontro tra dimensione privata e pubblica che portava con sé questioni delicate e mai sopite.

5. *Per concludere.* – L’espressione “coniuge debole” nel dibattito civilistico odierno ha assunto, ovviamente, significati completamente differenti. Eppure, non si potrà negare come ancora l’atteggiamento riposto verso tale figura abbia risentito – persino dopo l’emanazione d’un altro Codice e, ancor di più, della Costituzione – di un approccio culturale molto peculiare intorno al diritto di famiglia che proveniva da lontano e continuava a perdurare. L’attenzione posta sulla dimensione pubblicistica della famiglia, con tutti i corollari che ne conseguivano, ha prevalso a lungo e anche dopo l’avvento della Costituzione repubblicana: una preminenza che ha messo in secondo piano non tanto la dimensione individualistica e patrimoniale, quanto e soprattutto quella personalistica che proprio la nostra carta costituzionale mira a consacrare.

Una famiglia che, dunque, anche nel secondo Novecento ha faticato a “godere” del respiro nuovo offerto dalla Costituzione del ’48; una disciplina, quella di famiglia, che si è evoluta molto lentamente da un punto di vista legislativo e, probabilmente, senza mai davvero sussumere fino in fondo la dimensione personalista. Il tema attuale della tutela del “coniuge debole”, anche alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali, non corre forse il rischio, allora, di riproporsi in forme e questioni che appaiono molto, troppo simili a quelle tipiche delle riflessioni liberali?

---

<sup>51</sup> CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. 79.

## THE PROTECTION OF MINORITIES AS HUMAN RIGHTS CONSEQUENCE: CITIZENSHIP, NATURAL LAW, AND ITS RELATION TO THE PROTECTION OF VULNERABLE GROUPS

RAMON ARANHA DA CRUZ\*

*This article is based on the hypothesis that the protection of minorities results from the effective exercise of citizenship, which, in turn, is derived from human rights. Based on this premise, the history of the evolution of natural law until its conversion into human rights is analyzed, emphasizing theoretical aspects of the general theory of law. Afterward, it is possible to observe how the protection of vulnerable groups fits into the concept of citizenship. The general objective, therefore, is to analyze from which perspective the protection of vulnerable groups can fit in as a result of the right to citizenship and under which approach it should be treated. It seeks, therefore, to legally validate affirmative measures taken by state bodies to ensure rights to such groups with a focus on citizenship..*

SUMMARY: 1. Initial Considerations. – 2. Historical aspects. – 3. Characteristics of Human Rights. – 3.1. The Dimensions of Human Rights. – 4. Citizenship. – 5. Minorities. – 6. Final Considerations.

1. *Initial Considerations.* – According to the United Nations, human rights can be defined as «rights inherent to every human being, regardless of race, sex, nationality, ethnic origin, language, religion or any other status»<sup>1</sup>. For Comparato<sup>2</sup>, Human Rights translate the idea that no individual can claim to be superior to others, deserving equal respect. However, the conceptualization or content of Human Rights is not pacified, and several aspects of their definition,

---

<sup>1</sup> Human Rights, un.org, <https://www.un.org/en/global-issues/human-rights>, accessed on 2022-12-23.

<sup>2</sup> F. KONDER, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, 2015.

\* PhD student in Scienze Giuridiche at Università degli Studi di Firenze, PhD student in Human Rights and Development at the Federal University of Paraíba.

such as their content, are commonly discussed. In this sense, it is important to analyze its historical evolution to obtain a better understanding of its real scope.

2. *Historical aspects.* – Human Rights, as understood today, own a relatively recent conceptualization. Previously, their essence was covered by natural law, whose existence, Douzinas<sup>3</sup> points out, was recognized in classical texts of the ancient Greeks, such as *Antigone*, by Sophocles, or in dogmas of the Stoics.

Aristotle was the one who developed the concept, in Rhetoric:

On one side, there is the particular law, and on the other side, the common law: the first one varies according to nations, and it is defined concerning them, whether it is written or unwritten; the common law is the one which is according to nature. For there is justice and injustice, of which man has, in some way, the intuition, and they are common to all, even outside every community and every reciprocal convention.<sup>4</sup>

It can be observed, then, that the law was considered naturally arising from something intrinsic to man, not requiring any regulation for its existence or validity. In this sense, it is possible to observe its opposition to positive law. This dichotomy, according to Bobbio<sup>5</sup>, can also be found in Roman Law, where there was a distinction between *jus gentium*, which was referred to nature, and *jus civile*, related to the legal statutes established by the social entity created by men.

According to the author, there was no preponderance of natural law over positive law during the classical period, but rather the opposite. This panorama was inverted during the Middle Age, with the preponderance of the natural law, with its divine origin.

During the formation of the States, there was also a new inversion of dominance. With government centralization, sovereigns refused to accept that laws emanated from a source other than the State, and a monist structure

---

<sup>3</sup> C. DOUZINAS, *O Fim dos Direitos Humanos*, São Leopoldo, 2009.

<sup>4</sup> ARISTOTLE, *Arte Retórica e Arte Poética*, 1959, p. 86.

<sup>5</sup> N. BOBBIO, *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, São Paulo, 1995.

emerged. As Bobbio points out, the State monopolized legal production, and only recognized the law it produced as valid. Because of this, positive law came to be considered law in its own sense, and natural law lost its status as a cogent rule, a characteristic that remains to this day.

Considering that regulation has become an essential requirement of law, it is possible to conclude, in the words of Costa Douzinas, that «the condensed history of Natural Law ends with the introduction of the Universal Declaration of Human Rights»<sup>6</sup>. It is reinforced, therefore, the need for positivation of the right to be recognized as such, even if it emanates from the human essence itself.

In the same sense, Jürgen Habermas claimed, when establishing the need for regulation for enforcement purposes:

Only when human rights have found their 'place' in a global legal and democratic order, that is, when they function in the same way as the fundamental rights in our national constitutions, will we be able to infer, at the global level, that the addressees of these rights can also be considered their actors.<sup>7</sup>

Douzinas attributed the passage from classical natural law to contemporary Human Rights to the «positivisation of nature», that is the transfer from natural to historical law. It is important to note, however, that the phenomenon that emerged with legal positivism received several criticisms, notably the accusation that its doctrine would have favored the emergence of totalitarian regimes<sup>8</sup>.

Despite the criticism, the Universal Declaration of Human Rights stands as a global symbol of human rights in the world, laying the groundwork for the assertion of the guarantees contained in it. The idea that dignity – and the rights derived from it – are inherent to all human beings takes on normative significance. In this regard, contrary to what is claimed as a criticism of

---

<sup>6</sup> DOUZINAS, *O Fim dos Direitos Humanos*, cit., p. 27.

<sup>7</sup> J. HABERMAS, *Era das Transições*, Rio de Janeiro, 2003, p. 50.

<sup>8</sup> N. BOBBIO, *O Positivismo Jurídico*, cit.

jusnaturalism, Abbagnano claims that the use of Human Rights, in its regulated form, would have helped to overcome authoritarian regimes:

It can be said the demand for dignity of the human being has passed a test, revealing itself as a torque stone for the acceptance of ideals or forms of life established or proposed; this because ideologies, parties and regimes that, implicitly or explicitly, opposed this thesis proved disastrous for themselves and others.<sup>9</sup>

As Hannah Arendt has demonstrated, totalitarian regimes sought above all to take away men's rights, to make them superfluous, to remove their own traits in order to obtain power:

Men, insofar as they are more than mere animal reactions and performance of functions, are entirely superfluous to totalitarian regimes. Totalitarianism does not seek despotic domination of men, but a system in which men are superfluous. Total power can only be achieved and maintained in a world of conditioned reflexes, puppets without the slightest trace of spontaneity.<sup>10</sup>

Although post-positivist, jusnaturalism managed to establish a minimum level of respect for all, universalizing these rights.

The concept of universalization of human rights adopted by the Universal Declaration of Human Rights found philosophical foundation in the studies of Kant, who formulated the so-called universal law of humanity. His second categorical imperative states «Act in such a way that you use humanity, both in your own person and in the person of any other, always and simultaneously as an end and never simply as a means»<sup>11</sup>. Tonetto explains the commandment by saying, «the human being is not a thing and, therefore, cannot be used arbitrarily by the will of others»<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> N. ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia*, São Paulo, 1998, p. 277.

<sup>10</sup> H. ARENDT, *As origens do totalitarismo*, São Paulo, 1989, p. 507.

<sup>11</sup> I. KANT, *A fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Lisboa, 2011, p. 73.

<sup>12</sup> M.C. TONETTO, *A dignidade da humanidade e os deveres em Kant*, in *Revista de Filosofia Aurora*, 2012, 24, n. 34, p. 272.

This transition of viewpoint regarding men – with no distinction of basic rights inherent to all – enabled the strengthening of the humanist doctrine, expanding its horizons and establishing characteristics such as universality, which is discussed in greater detail in the following paragraph. As a result, the human being becomes only the author of rights, rather than the object. In this way, an intrinsic value is determined for everyone that cannot be set aside.

Following this brief historical introduction, the concept and the characteristics of Human Rights will be discussed as a way to better understand the subject of this study.

3. *Characteristics of Human Rights.* – After analyzing the historical development of Human Rights, it is necessary to scrutinize their characteristics in order to better develop the object of this study, which is to determine whether the inclusion of minorities and vulnerable groups can be understood as human rights, or as a result of them.

As stated in the previous topic, the concept of Human Rights is broad, and there is no consensus in the academic community. According to Bobbio<sup>13</sup>, most definitions are tautological, and the list of Human Rights is frequently modified based on the historical conditions under which they are submitted. Along the same lines, Hannah Arendt<sup>14</sup> qualified Human Rights as a human achievement, in a constant process of construction and deconstruction.

In this sense, Flávia Piovesan<sup>15</sup> observes that Human Rights emerge gradually, arising from moral claims. As a result, it is a constantly evolving legal branch that requires social provocation so that new defense guidelines may emerge.

Although aspects of the definition or conceptual content of Human Rights are debatable, notably over time, there is a certain consensus that the Universal

---

<sup>13</sup> BOBBIO, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, 2004.

<sup>14</sup> ARENDT, *As origens do totalitarismo*, cit.

<sup>15</sup> F. PIOVESAN, *Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea*, [s.l.], 2006.

Declaration of Human Rights of 1948 included, in its article 2, the universality and indivisibility of Human Rights:

Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration without distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.<sup>16</sup>

Flávia Piovesan defines universality as an extensive aspect of Human Rights, extending the ownership of such guarantees to everyone, due to their condition as persons. Indivisibility, on the other hand, resides in the fact that disrespecting one right reflects on the others, which is why their protection must occur in an integral manner.

In the same sense, André Ramos defines the universality of Human Rights as the «attribution of these rights to all human beings, regardless of any additional quality, such as nationality, political preference, sexual orientation, or belief, among others»<sup>17</sup>.

At this point, it is possible to notice that the vast majority of current authors adhere to the universalization and indivisibility of Human Rights in accordance with what was already declared by Kant, disregarding or abandoning the idea of relativization of such rights.

According to Heiner Klemme<sup>18</sup>, the concept of universality of Human Rights stems from the tradition of Kant and his concept of universal value. Endorsing such a statement, Lucy Carrillo makes the idea even more explicit: «the Kantian moral law demands respect for every human individual [...] every

---

<sup>16</sup> Art. 2, Universal Declaration of Human Rights.

<sup>17</sup> A.C. RAMOS, *Curso de Direitos Humanos*, São Paulo, 2020, p. 68.

<sup>18</sup> F.H. KLEMME, *Direito à justificação – dever de justificação: reflexões sobre um modus de fundamentação dos direitos humanos*, in *Trans/Form/Ação*, 2012, 35, n. 2, pp. 187-198.

humiliation of one individual by another or in front of another is an offense to humanity and an attempt against equality and moral autonomy»<sup>19</sup>. Furthermore, the author approaches the concept of justice to the recognition of superior rights over particular interests, more specifically human rights: «justice means, rather, the recognition that above particular interests there is a universal interest»<sup>20</sup>.

Still on universalization, Piovesan states that the contemporary conception of human rights derives from the internationalization of human rights, notably rebuilt after the end of World War II. This statement is consistent with Kant's point-of-view, as stated by Carrillo, that the place and circumstances of birth should not be taken into account when granting human rights. Indeed, humanity should be recognized wherever a human being exists, and it is neither feasible nor appropriate to limit basic guarantees based on cultural or legal characteristics of a particular region.

In terms of indivisibility, Ramos<sup>21</sup> approximates its concept to the definition of equality, stating that all human rights should receive the same legal protection, since they are essential. He emphasizes that indivisibility has two aspects: the indivisible uniqueness itself and the fact that it is not possible to protect only some human rights, but that all must be protected.

In this sense, an analysis of this aspect of equality is necessary, considering the study seeks to understand, in particular, the phenomenon of vulnerability of marginalized groups and how their guarantees can be protected by the mantle of human rights.

Thus, considering that the right to equality stems from the indivisibility recognized by the Universal Declaration of Human Rights, it is possible to deduce its concessive nature of isonomy, in which equal treatment among all is required, without the possibility of hateful discrimination, and dignified living conditions must also be guaranteed.

---

<sup>19</sup> L.C. CARRILLO, *El concepto kantiano de ciudadanía*, in *Estudios de Filosofía*, 2010, n. 42, p. 104.

<sup>20</sup> *Ivi*, p. 106.

<sup>21</sup> RAMOS, *Curso de Direitos Humanos*, cit.



Ramos relates the right to equality to the universality of human rights, reminding us that the emergence of the Social States of Law enabled the search for effective equality among all people. Therefore, equality before the law is not enough, but only the eradication of inferiorizing factors can ensure the realization of this right. The promotion of equality, then, would figure as a duty of protection by the State.

Human Rights are also non-renounceable, inalienable and imprescriptible. By non-renounceability, it is possible to understand that, unlike subjective rights, «the basic characteristic of human rights is non-renounceability, which translates into the idea the authorization of their holder does not justify or validate any violation of their content»<sup>22</sup>. This is an important characteristic that ensures no one will be deprived of his basic rights, even if he expresses himself to the contrary. It is thus guaranteed, even against the will of the beneficiary, a minimum core of fundamental guarantees that cannot be violated.

The inalienability is related to the pecuniary assignment of rights to third parties. According to André Ramos, «inalienability pleads for the impossibility of assigning a monetary dimension to these rights for sales purposes»<sup>23</sup>. For him, inalienability finds support even in Rousseau, when he spoke out against slavery.

Finally, imprescriptibility refers to the impossibility of losing these rights due to non-use. As a result, the passage of time without claim does not prevent the recognition of these natural guarantees.

3.1 *The Dimensions of Human Rights.* – The literature classifies Human Rights in dimensions or generations. For the purposes of this study, it is necessary to present this doctrinal division so that it can later be analyzed how the protection of minorities qualifies as a human right and from which perspective.

The first dimension of rights is known as freedom rights. They constitute,

---

<sup>22</sup> V.O. MAZZUOLI, *Curso de direitos humanos*, São Paulo, 2019, p. 31.

<sup>23</sup> RAMOS, *Curso de Direitos Humanos*, cit., p. 72.

therefore, a list of guarantees enforceable against the State in order to guarantee their free exercise, and are known as negative benefits. Among the rights of this generation are the right to life, freedom of movement and association, among others.

The second dimension of rights is related to equality and includes, among other things, economic, social, and cultural rights. They are related to positive actions taken by the government to ensure equal living conditions for all. This category includes, for example, the rights to health, citizenship, education, and social security.

Finally, the third dimension is related to fraternity, and it includes rights to development, the environment, communication, the common heritage of humanity, and so on.

It is possible, therefore, to relate the generations of rights to the French Revolution, whose motto *liberté, égalité, fraternité* inspired this widely adopted classification.

According to Mazzuoli<sup>24</sup>, there is literature that suggests the existence of two other generations, the fourth related to solidarity (globalization of fundamental rights, direct democracy, right to pluralism) and the fifth related to the right to peace. These categories, however, were created later, and were not studied by Karel Vasak, the creator of the classical structuring.

As previously stated, the right to citizenship is included in the list of second-dimension rights, since it is aimed at positive actions by the State as well as ensuring equality for all. This guarantee is directly associated with the subject of this research, as it is the foundation of all social movements and minority inclusion movements, as will be demonstrated below.

Following that, concepts related to citizenship and its relation to the subject matter of the study will be presented.

---

<sup>24</sup> MAZZUOLI, *Curso de direitos humanos*, cit., p. 31.

4. *Citizenship*. – Citizenship can be defined as the «effective experience, by all citizens, of the rights normatively assured»<sup>25</sup>. The most famous concept of citizenship, however, was coined by T. H. Marshall, whose three-part division covered all aspects of the aforementioned right.

Marshall divided the concept of citizenship into three elements: civil, political, and social<sup>26</sup>. The civil part refers to the elements aimed at the realization of individual liberties. The political component is associated with the right to participate in the exercise of political power, influencing, and being influenced by the actors of the electoral process. Finally, the social element concerns the need to ensure a dignified life within the prevailing standards of society.

Citizenship is thus linked to the effective enjoyment by citizens of the guarantees conferred by the Constitution or the Law. Effectiveness, then, appears to be the central issue of this study, since it is precisely the failure to confer it that leads to discrimination against minority groups, as it will be discussed later.

The second dimension of Human Rights emphasizes the importance of effectively recognizing the guarantees granted to everyone. According to Lucy Carrillo<sup>27</sup>, any harm done to another person can be understood as an offense to humanity itself and an attack on equality. It would be, from the Kantian point of view, a violation of the second categorical imperative, which demands respect for every individual.

In short, according to Hannah Arendt<sup>28</sup>, the right to have rights derives directly from citizenship, as a direct consequence of Human Rights. But here, the definition of citizenship has no direct relation with nationality, but mainly

---

<sup>25</sup> J.M. ARAÚJO, *Cidadania, desenvolvimento e dignidade humana: uma releitura da esfera pública arendtiana à luz da solidariedade*, in *Pensar*, 2017, 22, n. 2, p. 570.

<sup>26</sup> T.H. MARSHALL, *Cidadania, Classe Social e Status*, Rio de Janeiro, 1967.

<sup>27</sup> CARRILLO, *El concepto kantiano*, cit.

<sup>28</sup> ARENDT, *As origens do totalitarismo*. cit.

with the rights that must be given to all.

Historically, the concept of citizenship has been used as a way of exclusion. In ancient Greece, there was a clear distinction of who could exercise certain rights based on citizenship. Hannah Arendt analyzes such particularity:

The mastery of necessity then has as its goal the controlling of the necessities of life, which coerce men and hold them in their power. But such domination can be accomplished only by controlling and doing violence to others, who as slaves relieve free men from themselves being coerced by necessity. The free man, the citizen of a polis, is neither coerced by the physical necessities of life nor subject to the man-made domination of others.<sup>29</sup>

The point of view established in ancient times only started to change with the emergence of the Welfare State, which introduced inclusive citizenship policies, in which the power of the State was directly linked to its progressive capacity to offer rights and social services to all<sup>30</sup>.

Despite the progress made possible by the Welfare State, today there is an apparent tendency towards the exclusionary concept of citizenship, with the increasing number of migratory movements. As Santoro<sup>31</sup> points out, European governments tend to adopt an exclusionary citizenship policy, even accepting the fact that in their territory there are subjects subject to a differentiated public policy, an *underclass*.

It's important to remark that citizenship, the «right to have rights», is a concept that, although it has roots in nationality rules, transcends this reality and should be offered to all, as a result of the universality of Human Rights.

With that in mind, it is possible to observe that citizenship rights, by dealing with equality issues, are daily evoked by minority groups, especially in

---

<sup>29</sup> H. ARENDT, *Between Past and Future. Six exercises in political thought*, New York, 1961, pp. 117-118.

<sup>30</sup> E. SANTORO, *Dalla cittadinanza inclusiva alla cittadinanza escludente: il ruolo del carcere nel governo delle migrazioni*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 6, 2007.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

developing countries, as a way to remind the State of its obligation to all. The modern concept of Human Rights, based on Kantian principles, demands that all people live in dignity, and this flag is often raised by such groups.

As a result, studies that relate formal and material aspects of citizenship have emerged, seeking answers so that the State can materially guarantee the experience of legal rights to all. Formal citizenship, only foreseen in law, unaccompanied by its material part, which makes it effective and guarantees its exercise, is an innocuous right. Therefore, it is necessary to make it effective.

Araújo states that the failure to give effectiveness to the formally foreseen citizenship makes it an abstraction, without taking into account the: «real-life identities; it ignores aspects such as gender, race, or sexual orientation, to name a few. It focuses on the most generic political categories, which, due to their generality and universality, lose their political meaning by being distant from reality»<sup>32</sup>.

It is critical to note that granting rights in a generic sense is insufficient. Recognizing specific characteristics of certain groups requires specific action in order for them to be effective. The pursuit of material citizenship, in which all groups benefit equally from the rights provided by law, is a direct consequence of the right to equality and, therefore, a human right, but it requires an analysis of individual characteristics in order to be accomplished.

Starting from the conclusion that material citizenship is a human right, we move on to the final part of the study in which we analyze how minority collectives fit into this panorama.

5. *Minorities*. – For the purposes of definition in this study, the term minorities can be understood by:

---

<sup>32</sup> ARAÚJO, *Cidadania, desenvolvimento e dignidade humana*, cit., p. 571.

Group of people who do not have the same political representation as the other citizens of a State or, furthermore, who face historical and chronic discrimination for retaining among themselves characteristics essential to their personality that define their uniqueness in the social environment.<sup>33</sup>

According to the author, the study of such vulnerable groups makes an exception to the principle of formal equality in order to consecrate material equality, especially given the unique characteristics of each of its members. This is distributive justice, as proposed by Aristotle<sup>34</sup> in which «if they are not equal, they will not receive equal things». It is what is called «proportional term», as the philosopher referred to.

In the same sense, Karl Marx highlights:

Law, by its nature, can only consist in the application of an equal standard of measurement; but unequal individuals (and they would not be different individuals if they were not unequal) can only be measured according to an equal standard of measurement when observed from the same point of view, when taken only from a given aspect [...] one worker is married, the other is not; one has more children than the other one, and so on. For the same work, and thus with the same share in the social consumption fund, one is in fact paid more than the other, one is richer than the other, and so on. In order to avoid all these distortions, Law would have to be not equal, but rather unequal.<sup>35</sup>

Thus, it is critical that individuals have access to different tools for exercising their rights, even if they have unequal instruments. The main purpose of the State, then, becomes the guarantee of access to a certain legal good, even if through different policies. For Araújo<sup>36</sup>, the norms that determine the reduction of these inequalities, such as regional differences, poverty, and development, do not have the mere status of a rule, but rather a much higher value load, urging positive actions by the State for their realization. The same

---

<sup>33</sup> MAZZUOLI, *Curso de direitos humanos*, cit., p. 267.

<sup>34</sup> ARISTOTLE, *Ética a Nicómaco*, São Paulo, 2003.

<sup>35</sup> K. MARX, *Crítica do Programa de Gotha*, São Paulo, 2012, p. 28.

<sup>36</sup> ARAÚJO, *Cidadania, desenvolvimento e dignidade humana*, cit.

author also highlights that «every human being depends on external elements made available by the political-normative construction that allow him to insert himself in social and political life, making him an integral part of the State»<sup>37</sup>.

One must ask, then: do minorities enjoy effective citizenship? Moreover, does citizenship remain a right to be guaranteed by the State?

About the effectiveness of citizenship, it is possible to verify the existence of a structural prejudice against historically vulnerable groups that generates a frequent subjection of such groups to practices of denial of rights and discriminatory treatment. Such discrimination is most explicitly seen in Brazil against black people.

Although the media and the government present a discourse that racism is relegated to the past, it continues to deeply influence social structures and behavior<sup>38</sup>. Acting out with discriminatory biases does not always come consciously. In fact, studies demonstrate that such racial scheming often occur automatically<sup>39</sup>, which has direct repercussions on the actions of state agencies, whether through their internal protocols or the very people who work there.

Brazilian society has been marked by racism and gender inequalities since its inception, these structural oppressions are the result of a colonialist exploitation, and that have persisted to the present day in our relationships and social institutions<sup>40</sup>. It is in this prism of indifference on the part of those who already have their rights respected, as well as by the entrenchment of prejudiced behaviors, that the present study gains relevance, to the extent that it seeks the promotion of the right to equality of vulnerable groups. Costa and Barreto<sup>41</sup> point out that the notion of vulnerability is directly linked to greater

---

<sup>37</sup> Ivi, p. 572.

<sup>38</sup> A. DAVIS, *Estarão as prisões obsoletas?*, Rio de Janeiro, 2018.

<sup>39</sup> M. ALEXANDER, *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*, São Paulo, 2018.

<sup>40</sup> J. BORGES, *Encarceramento em massa*, São Paulo, 2019.

<sup>41</sup> D.C.A. COSTA, D.R.L. BARRETO, *Direito penal dos vulneráveis: uma análise crítica da busca do reconhecimento por meio do Direito Penal*, in *Criminologia e Políticas Criminais*, 2015, 1, n. 2, pp. 57-83.

susceptibility to rights violations, which is why the issue requires greater attention.

In this sense, Piovesan<sup>42</sup> states that the victimization process of minorities occurs more frequently, highlighting the need to obtain policies that are not only universalistic, but specific. The author also stresses that the generic treatment of vulnerable groups is insufficient, requiring a look aimed at their specificities. Thus, a right to difference arises, allied to respect for equality. It is important to mention the protection of the right to diversity was the object of the 1992 Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious, and Linguistic Minorities.

It is clear, therefore, that there is a need to guarantee rights to minority populations and that such a right stems directly from an intrinsic need: a Human Right.

6. *Final Considerations.* – It can be observed, therefore, that the most serious issue with the theme is not the content of citizenship, but its effectiveness. The State duty of wealth distribution is a relevant point in the discussion because it is the responsibility of the State to effectively enable the equal use of public goods, including the rights granted to all individuals.

A legal provision is not enough for a certain right to be considered effectively contemplated. Certain groups are known to have their own factors arising from various aspects (historical, cultural, physical, for example) that make it impossible or difficult to fully exercise these guarantees. Thus, it is up to the State to address the issue through affirmative action.

As a human right directly derived from the exercise of citizenship, the protection of vulnerable groups must take place in full, with the same intensity as the other rights set forth in the Universal Declaration of Human Rights. The fact is the non-exercise of these rights by these groups prevents the enjoyment

---

<sup>42</sup> PIOVESAN, *Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea*, cit.



of their most basic needs, such as food, shelter, and education.

The agenda under discussion must leave the ideological field and move to the concrete level, since the difficulties faced by these groups in certain aspects are easily verifiable. This is a matter of justice, where universal interests must prevail over individual issues.

Social participation is an extremely important factor for the effectiveness of such governmental policies. The violation of human rights, as suggested by Kant, affects not only the victim, but all of us. We must ensure, therefore, that everyone can live with dignity, with full recognition of the guarantees to which we are all entitled.

## L' ACCESSO AL GIUDICE INGLESE: ANALISI COMPARATA TRA ELEMENTI DI TUTELA SOGGETTIVA E OGGETTIVA

BRUNO BALLERINI\*

*Il contributo propone un'analisi comparata degli ordinamenti inglese, italiano e francese con l'intento di mettere in risalto gli elementi dell'accesso al giudice ricorrenti nei sistemi di tutela prevalentemente oggettiva, confrontandoli con quelli tipici della tutela soggettiva. Lo scritto si sofferma in particolare sull'istituto del leave e sull'evoluzione della giurisprudenza anglosassone in materia di accesso alla giustizia, alla ricerca di quegli elementi "irriducibili" della visione oggettiva delle funzioni del processo. Si studieranno le ragioni storiche che hanno invece spinto l'ordinamento italiano ad accogliere, con la Costituzione repubblicana, un modello di tutela prevalentemente soggettiva.*

*The present study proposes a comparative analysis of the English, Italian, and French legal systems, to highlight the elements of the access to justice, typical of the view of recours objectif, comparing them with the the recours subjectif approach. The article focuses in particular on the legal institute of leave and the evolution of Anglo-Saxon jurisprudence on access to justice, looking for those unshakeable elements of the objective view of the functions of the process. The study will also reflect on the historical reasons why Italy chose a subjective administrative contentious.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le ragioni e le peculiarità di un filtro per l'accesso al giudice inglese: il *leave*. – 2.1 Cenni storici dell'*administrative law*: da Dicey alla discrezionalità dei *prerogative remedies*. – 2.2 L'accesso alla giustizia: il *leave*, la *fusion* e la discrezionalità del "se" decidere. – 3. Le condizioni generali dell'azione inglesi e italiane: una comparazione storica alla ricerca dell'oggettività. – 4. Contaminazioni e elementi "irriducibili" della tutela oggettiva: un confronto comparato. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*. – Il presente scritto propone una riflessione comparata sull'accesso al giudice inglese, alla luce del dualismo tra la visione soggettiva e oggettiva delle funzioni del processo amministrativo. Con la prima si intende

\* Studente di Giurisprudenza all'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2022 B. Ballerini. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University Press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

quell'approccio che tutela *in primis* le situazioni giuridiche soggettive azionate in giudizio e con la seconda quella visione del processo che mira a garantire, in primo luogo, la legittimità dell'azione amministrativa.

Per riuscire a cogliere le attuali caratteristiche e problematiche dell'istituto del *leave* — un'autorizzazione che le corti superiori decidono se rilasciare o meno, ai fini della ammissibilità del ricorso — verranno ripercorse, seppur brevemente, le principali tappe evolutive della giustizia amministrativa inglese. Questo primo approfondimento permetterà di chiarire le differenze che esistono in materia di accesso alla giustizia tra l'ordinamento inglese e quello italiano: quest'ultimo con la Costituzione repubblicana ha infatti abbracciato una forma di tutela prevalentemente soggettiva, abbandonando il precedente modello oggettivo di ispirazione francese. Si analizzeranno quindi le ragioni che hanno determinato la svolta italiana verso una tutela soggettiva, per poi studiare il modo in cui il nostro ordinamento risponde oggi alle critiche mosse dalla dottrina inglese riguardo i limiti di tale tutela. Emergerà che le soluzioni proposte dall'ordinamento italiano a fronte di queste problematiche non sono in realtà troppo dissimili da quelle offerte in Francia e Inghilterra. Infine, consapevoli dell'esistenza di diversi elementi di affinità e contaminazione tra forme di tutela oggettiva e soggettiva, si rifletterà su quegli elementi "irriducibili" della tutela oggettiva che ancora oggi connotano fortemente la Francia e soprattutto l'Inghilterra.

2. *Le ragioni e le peculiarità di un filtro per l'accesso al giudice inglese: il leave.*

– 2.1 *Cenni storici dell'administrative law: da Dicey alla discrezionalità dei prerogative remedies.* – Per ricostruire le caratteristiche attuali dell'accesso al giudice inglese in sede amministrativa è necessario ripercorrere brevemente gli snodi principali della storia del diritto amministrativo inglese. Si partirà quindi dallo studio degli strumenti di tutela contro l'azione della pubblica amministrazione noti come *prerogative remedies*, rimedi assai risalenti e a lungo

“trascurati” dalla dottrina inglese, in particolare da A.V. Dicey, il suo principale esponente<sup>1</sup>. Questi strumenti sono riconducibili in buona sostanza alle sentenze di annullamento di un atto e di condanna dell’amministrazione<sup>2</sup> e la loro riscoperta ha permesso alla dottrina di individuare almeno due importanti profili storici della tutela del privato di fronte all’operato dei pubblici poteri che tuttora influenzano la natura dell’accesso alle corti superiori inglesi<sup>3</sup>.

In primo luogo, lo studio dei *prerogative remedies* ha evidenziato come tali azioni di controllo su (in un primo momento) attività giurisdizionali e progressivamente anche su quelle semi-giurisdizionali fossero azionabili unicamente dal Sovrano (tramite la *King’s Bench*) e solo successivamente su sollecitazione del privato: l’espressione “*prerogative*” deriva dunque dalla loro

---

<sup>1</sup> A.V. DICEY, uno dei più importanti e influenti giuristi inglesi, sostenne convintamente, nella sua fondamentale opera *An Introduction to the Study of Law of the Constitution* (1885), come nell’ordinamento inglese l’«*administrative law is unknown*», definendo il modello del Regno Unito di *rule of law* come antitetico rispetto al *droit administratif* francese. Questa contrapposizione proposta dal principale esponente della dottrina anglosassone è interessante perché dietro ai motivi del successo di questa ricostruzione del modello di tutela inglese, caratterizzato dalla centralità del Parlamento, si cela una particolare concezione del ruolo delle corti e dello Stato che influenza ancora oggi le modalità di accesso alla giustizia nel Regno Unito. Sicuramente in Inghilterra, a partire dalla *Magna Charta*, si è assistito a uno sviluppo lineare di una concezione liberale del potere e ad una certa tendenza alla fusione tra il ruolo delle amministrazioni e quello delle corti: agli occhi di Dicey, l’amministrazione non aveva bisogno di un diritto speciale e deliberava nel rispetto dei principi della *natural justice*, attraverso il rispetto di una *fair procedure* preliminare che facilitava l’adozione di provvedimenti equilibrati, come sostiene M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, pp. 14-17. Tutto questo ha contribuito alla creazione nel Regno Unito del «mito dell’amministrazione senza diritto amministrativo» secondo l’espressione di S. CASSESE, *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1995, I, p. 109. In verità, la ricostruzione diceyana dell’ordinamento inglese fin qui descritta, dominante nel dibattito dottrinale anglosassone per buona parte del secolo scorso, è stata più recentemente ridimensionata come una «falsa partenza» (l’espressione è di M.P. CHITI, *L’affermazione della giustizia amministrativa in Inghilterra: dalla common law al droit administratif*, in Id., *Cittadino e potere in Inghilterra*, Milano, 1990, p. 7).

<sup>2</sup> In realtà, più precisamente distinguiamo tra *quashing order* (richiesta al giudice di una sentenza di annullamento), *prohibiting order* (richiesta al giudice di vietare all’amministrazione di fare qualcosa) e *mandatory order* (richiesta di condanna dell’amministrazione a un *facere*).

<sup>3</sup> In questo senso P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna, dal locus standi alla justiciability*, Torino, 1996, p. 21-23.

intima connessione con i poteri della corona<sup>4</sup>. L'altro profilo riguarda la tradizionale ampia discrezionalità dei giudici delle corti superiori<sup>5</sup> nel decidere se concedere o meno l'accesso alla propria giurisdizione. Questo elemento rappresenta ancora oggi la principale caratteristica (nonché problematicità) dei *remedies* offerti contro l'attività amministrativa inglese. Questi due profili rafforzano l'idea di una smentita della tesi di Dicey sull'inesistenza di un *administrative law* anglosassone. Sicuramente l'assenza nel Regno Unito di una Costituzione scritta<sup>6</sup> ha storicamente reso più complessa la separazione dei poteri giudiziario e amministrativo<sup>7</sup>.

Ciò che allora è utile trattenere ai fini del ragionamento da questa analisi storica è il fatto che la tradizionale idea di una giustizia "concessa" – sia dal sovrano sia dalle stesse corti di *common law* – unita alle ambiguità di una costituzione non scritta e al pensiero diceyano sull'autonomia del diritto amministrativo, hanno paradossalmente ritardato l'introduzione di quelle

---

<sup>4</sup> Secondo V. BARSOTTI, *L'arte di tacere, strumenti e tecniche di non decisione della corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999, p. 226, essi erano quindi considerati come «gli strumenti usati dalla corona nella sua vittoriosa affermazione di supremazia al fine di raggiungere la centralizzazione di tutti i poteri». In questo senso i rimedi di prerogativa rappresentavano il mezzo con cui le autonomie locali venivano controllate dalla corona.

<sup>5</sup> Per discrezionalità dei rimedi si intende che il giudice compie, al di là della fondatezza della pretesa azionata, una valutazione volta a verificare in primo luogo, dal punto di vista della p.a. resistente, l'impatto che potrebbe avere una sentenza di annullamento (o di altro tipo) sulla cura del pubblico interesse; in secondo luogo, dal punto di vista del ricorrente, la condotta tenuta dal privato. Si veda in questi termini CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 22, nota 51. L'Autrice aggiunge che tutto questo portò a definire i rimedi di prerogativa come *writs of grace* (ad eccezione dell'*habeas corpus*, provvedimento con cui veniva ordinato il rilascio di una persona illegittimamente detenuta), nonostante che in realtà non fossero propriamente delle concessioni del sovrano.

<sup>6</sup> A differenza di altri paesi di *common law* come gli Stati Uniti.

<sup>7</sup> Si può anzi ritenere che per molti aspetti questa assenza di un riferimento costituzionale espresso del ruolo dei giudici abbia spinto a rafforzare la storica legittimazione di tipo professionale delle corti superiori, incentrata sull'idea che i loro giudici devono essere selezionati tra i migliori giuristi di tutto il Regno, in quanto esponenti ed eredi dell'intera tradizione di *common law*. Questa modalità di nomina dei giudici, assieme al loro storico ruolo di protettori e creatori della *common law*, attribuisce alle corti superiori inglesi un prestigio e un'autorevolezza tali da decidere discrezionalmente se concedere il *leave* per avviare il processo, alimentando di fatto la concezione di una giustizia elitaria, costosa e poco accessibile. Per i profili del ruolo del giudice inglese e le modalità della sua nomina si rimanda a A. DE LUCA, *Una rivoluzione all'inglese: la giustizia a dieci anni dal Constitutional Reform Act*, Torino, 2016, in particolare pp. 123-146.

specifiche forme di protezione dei privati cittadini (tra cui lo sviluppo degli *Administrative Tribunals*<sup>8</sup>), in nome delle quali si era rifiutato il concetto stesso di *administrative law*<sup>9</sup>.

2.2 *L'accesso alla giustizia: il leave, la fusion e la discrezionalità del "se" decidere.* – Gli effetti del peculiare percorso storico inglese hanno contribuito alla creazione di un accesso al giudice molto originale rispetto ad altri ordinamenti europei e particolarmente problematico, per quanto riguarda il profilo delle limitazioni dell'effettività della tutela.

Quel che mai sembra essere venuto meno, neanche nella storia inglese più recente, è l'idea per cui il sindacato sull'attività delle pubbliche amministrazioni vada concesso al privato in virtù della meritevolezza del suo interesse, comparato e confrontato però anche con quello pubblico e dei soggetti controinteressati. Per capire meglio le conseguenze di questa configurazione del *locus standi* inglese è utile fare cenno ad alcune storiche sentenze che hanno avuto sicura influenza sulla conformazione attuale del *leave*, soffermandosi in particolare sulla giurisprudenza successiva alla fondamentale riforma in materia di *judicial review* dell'*Order 53* del 1977 (e del successivo *Supreme Court Act*<sup>10</sup>). Questa riforma è assai importante perché ha permesso l'uniformazione delle modalità di accesso al giudice, unificando le procedure previste per i rimedi contro la pubblica amministrazione di diritto comune e di prerogativa nell'unico processo

---

<sup>8</sup> Per un approfondimento sul ruolo e l'evoluzione degli *Administrative Tribunals* si rinvia a P. CANE, *Administrative tribunals and adjudication*, Oxford, 2009.

<sup>9</sup> Di questo avviso G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2020, p. 68-70, secondo cui in Inghilterra per diverso tempo si è assistito ad una assoluta prevalenza del diritto comune sul diritto amministrativo, poiché non si è voluto riconoscere al diritto pubblico un proprio ambito separato: «Paradossalmente la resistenza nel riconoscere un'autonoma rilevanza agli strumenti di diritto amministrativo finirà così per ritardare proprio l'introduzione di specifiche forme di protezione per i privati, nel cui nome si era rifiutato il concetto stesso di quel diritto».

<sup>10</sup>Supreme Court Act, 1981, c. 54, poi rinominato Senior Courts Act.

di *judicial review*<sup>11</sup>. Storicamente lo strumento del *permission* per poter adire il giudice svolge alcune funzioni fondamentali quali restringere l'accesso ai *busybodies*<sup>12</sup>, cercando di non caricare le corti superiori di cause di scarsa rilevanza, evitare che le politiche del governo e dell'amministrazione vengano rallentate dall'eccessivo numero di processi ed infine permettere di impostare correttamente, già dalla presentazione del ricorso, il giudizio di merito<sup>13</sup>.

Quello che si cercherà di chiarire è il fatto che nell'ambito della giurisdizione inglese l'accesso al giudice è un diritto fondamentale riferito al solo giudizio preliminare in base a cui si deciderà se rilasciare il *leave*<sup>14</sup>. Il motivo di questa discrezionalità "genetica" delle corti superiori è da ricercarsi nell'idea per cui i giudici di *common law* sono tradizionalmente creatori di diritto e nel fatto che nel Regno Unito vige il principio dello *stare decisis*<sup>15</sup>.

Per approfondire il tema si può cominciare dallo studio dell'art 31(3) del *Supreme Court Act* del 1981, il quale disciplina il rilascio del *leave* da parte del giudice subordinandolo all'esistenza di un «*sufficient interest in the matter to which*

---

<sup>11</sup> Tale riforma è da inquadrare in un periodo storico di generale sviluppo dell'effettività della tutela giurisdizionale in Inghilterra, grazie alla generalizzazione della garanzia processuale del *right to be heard* (caso *Ridge v. Baldwin*, 1964) e all'estensione del sindacato di ragionevolezza, ben oltre quello del *Wednesbury unreasonableness* di fine anni '40, fino all'affermazione del sindacato di proporzionalità (caso *Newbury district council*, 1981). Insiste sul contesto storico della riforma dell'Order 53/1977 in particolare D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, 2019, pp. 109-110.

<sup>12</sup> Per *busybodies* si intendono quei privati che decidono di impugnare un atto amministrativo adducendo una motivazione pretestuosa perché inadeguata, impropria o inconsistente.

<sup>13</sup> Queste sono secondo P. CANE, *Administrative law*, Oxford, 2004, p. 78 e ss. le principali funzioni del *permission*. L'Autore sottolinea anche come sia importante per i giudici evitare di rallentare l'azione amministrativa in presenza di un notevole interesse pubblico.

<sup>14</sup> L'accesso al giudice non è quindi riferito al giudizio di merito. Più in generale, per capire che le carenze di effettività della tutela nei paesi di *common law* derivano anche dall'originaria prevalenza della tipicità del rimedio sulla situazione giuridica soggettiva, si pensi che fino all'Ottocento le corti superiori si riservavano il potere di decidere sulla legittimità del *writ* ed eventualmente di «rifiutare la propria pronuncia se la pretesa oggetto della controversia era di un tipo sconosciuto alla common law». Così V. VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973, p. 26.

<sup>15</sup> Tale principio esprime la natura vincolante del precedente giurisprudenziale. Inoltre, il fatto che i casi di *overruling* siano rarissimi comporta che anche l'ipotesi di ottenimento del *leave* rappresenti un sicuro interesse generale, potendo la sentenza di accoglimento andare potenzialmente a modificare orientamenti di diritto comune consolidati. V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2021, pp. 290-311, approfondisce il sistema delle fonti nell'ordinamento inglese.

*the application relates*». La *ratio* che *prima facie* appare connotare la disposizione è quella di voler armonizzare una precedente disciplina del *permission* poco limpida, attraverso la creazione di un unico *legal standing test*<sup>16</sup>. L'espressione «*sufficient interest*» nasce volutamente ampia ed elastica, ma successivamente è stata imbrigliata dalla giurisprudenza in modo discutibile<sup>17</sup>. Il *leading case* in materia di *standing* è sicuramente il cosiddetto caso I.R.C.<sup>18</sup> con cui l'*House of Lords* ha avviato un processo di progressiva apertura e liberalizzazione dell'accesso alla giustizia, stabilendo per la prima volta che lo *standing* si lega anzitutto all'interesse del *claimant* e non al rimedio cercato<sup>19</sup>. Detto di questa nuova centralità della posizione del ricorrente, che è stata sicuramente una grande innovazione, il punto su cui tutti i giudici della corte si sono trovati totalmente d'accordo è stato però la necessità di valutare l'interesse del *claimant* non in astratto o sulla base di una mera applicazione delle disposizioni di legge, ma alla luce della fattispecie concreta. Questo rendeva indispensabile un esame della vicenda controversa esteso ad una valutazione, ancorché più o meno superficiale, del merito delle censure formulate dal ricorrente. Alla luce di questo, fermo restando che l'*I.R.C. case* è sicuramente apprezzabile per essere riuscito, in linea con la *ratio* del *Senior Court Act* dell'anno precedente, a rendere più ampia la possibilità di arrivare a un giudizio di merito di fronte alle corti

---

<sup>16</sup> Prima dell'*Order 53* del 1977 era infatti presente un orientamento giurisprudenziale assai restrittivo, consolidatosi con il cosiddetto caso *Gouriet* del 1977 (*Gouriet v. Union of Post Office Workers and others*, 1977), secondo cui il criterio da applicare per lo *standing* era quello del «*private legal right*», che consisteva nella verifica dell'esistenza di un diritto privato in capo al ricorrente. In assenza di un *private right*, la possibilità di richiedere la tutela di un *public law right* sarebbe infatti stata rimessa alla valutazione dell'*Attorney General*.

<sup>17</sup> Si veda CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale*, cit., pp. 143-170.

<sup>18</sup> In *Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Business* (1982), pur non venendo concesso il *leave* ad una associazione di lavoratori autonomi e piccoli imprenditori per l'ottenimento di una *declaration* sull'illegittimità di una "amnistia fiscale" accordata a migliaia di lavoratori occasionali dall'amministrazione finanziaria, l'*House of Lords* ha fornito una innovativa interpretazione del *permission* e del requisito del *sufficient interest*.

<sup>19</sup> Sottolinea l'importanza di questo passaggio argomentativo in particolare CANE, *Administrative law*, cit., pp. 64-65, anche se poi molto critico sui limiti all'effettività della tutela enucleati con questa sentenza.



superiori, la sentenza è stata comunque oggetto di alcune riflessioni<sup>20</sup> che hanno evidenziato degli elementi di contraddittorietà sotto il profilo dell'effettività della tutela. Quel che infatti sembra emergere dall'*I.R.C. case* e dalla giurisprudenza successiva è il fatto che il *public law wrong* venga definito in termini di *public interest*, come se la gravità dell'illegittimità (intesa non tanto come lesiva dell'interesse privato, quanto soprattutto dell'interesse generale) e le possibilità di ottenere il *permission* fossero direttamente correlate<sup>21</sup>. Inoltre, è stata sottolineata la propensione dei giudici ad unire in un'unica decisione le condizioni generali dell'azione con il merito del giudizio stesso<sup>22</sup>. Proprio quest'ultimo approccio della giurisprudenza inglese è stato rinominato tecnica della *fusion*<sup>23</sup> da parte della dottrina, intendendo con *fusion* – non tanto una forma di giudizio prognostico effettuato prima dell'esame del merito quanto – quella tecnica che permette, indagando sommariamente il merito della vicenda per valutare se sussistano i requisiti indispensabili per il rilascio del *permission*, di lasciare pressoché intatta quell'ampia discrezionalità alla corte «del “se” decidere»<sup>24</sup> sul merito della vicenda, tipica delle corti di *common law*<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Si veda in particolare CHIRULLI, *Attività amministrativa* cit., pp. 147-153.

<sup>21</sup> Dire che maggiore è la gravità del *public law wrong* e maggiore è la possibilità di veder accolto il ricorso è infatti una prospettiva sicuramente distante dalla concezione di effettività della tutela che siamo soliti immaginare. Da questo orientamento giurisprudenziale otteniamo allora un quadro più completo di quelli che sono i limiti della tutela giurisdizionale inglese sull'effettiva centralità riconosciuta alle posizioni giuridiche soggettive dei privati.

<sup>22</sup> CANE, *Administrative law*, cit., p. 66 in questo senso è molto critico su questo approccio della giurisprudenza, perché «*it makes little sense to say that entitlement to raise and argue the claim depends on whether the claim is a strong one*».

<sup>23</sup> «*Fusion of Standing and Merits*» è utilizzato da P. CRAIG, *Administrative law*, Londra, 2016, pp. 782-783.

<sup>24</sup> Espressione di BARSOTTI, *L'arte del tacere*, cit., pp. 219-244.

<sup>25</sup> Questo potere di valutazione dell'organo giudicante anche dei profili di merito al momento dell'accesso al giudice si somma con la possibilità che la corte ha di non concedere lo *standing* qualora vi sia un ingiustificato ritardo nella presentazione del ricorso. Si noti in tal senso l'espressione «*promptly*» nella Part 54 (5) del *Civil Procedure Rules* che, collocata accanto all'indicazione di un termine massimo di tre mesi, crea grande incertezza sui termini di presentazione del ricorso. A ciò va ad aggiungersi la possibilità del giudice di bilanciare l'interesse privato ad ottenere la tutela della sua situazione soggettiva con l'interesse generale di non interferire con l'azione amministrativa. Solleva il dubbio, tra gli altri, CHITTI, *L'affermazione della giustizia amministrativa in Inghilterra*, cit., pp. 33 e ss. se questa ampia discrezionalità delle corti di *common law* non sia irrispettosa della sovranità parlamentare, poiché esiste il concreto rischio che provvedimenti *ultra vires* siano mantenuti operanti *lesivi*

Tutto questo è utile per poter affermare che la tutela giurisdizionale in Inghilterra è consapevolmente ristretta, non accessibile a tutti e oggettiva. Ciò lo si può notare guardando anche alla più recente riforma in materia di *locus standi* contenuta nel *Criminal Justice and Courts Act* (2015), che recepisce il consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>26</sup> secondo cui il *permission* va rilasciato a seguito di un giudizio preliminare (*Leave stage*) di meritevolezza in sé dell'interesse del ricorrente; quello stesso interesse deve poi essere confrontato e comparato con la posizione dei controinteressati e soprattutto con l'interesse generale<sup>27</sup>.

Quel che dalla normativa del *Permission stage* non sembra emergere è una specifica rilevanza delle caratteristiche della persona del ricorrente ai fini del rilascio del *leave*. In realtà approfondire questo aspetto è utile ai fini della

---

della situazione giuridica soggettiva del privato. Oltretutto non sono previste forme di tutela risarcitoria in caso di mancato ottenimento del *permission*, neanche nei casi in cui la corte riconosca che ci sia stata una lesione del diritto del ricorrente.

<sup>26</sup> Si veda il fondamentale caso *R. v. Monopolies and Mergers Commission ex Argyll Group* del 1986 in cui la *House of Lords* stabilì espressamente le valutazioni da compiere per decidere in quali situazioni non rilasciare il *leave*: emerse chiaramente che l'attenzione deve essere soprattutto volta ad operare un giudizio preliminare di meritevolezza in sé dell'interesse del ricorrente (per accertare che non si tratti di un ricorso avente una motivazione inadeguata, impropria, inconsistente), da confrontare e comparare con la posizione dei controinteressati e soprattutto con l'interesse generale. È da notare come la corte insista proprio sulla tutela dell'interesse pubblico, indicando che non si può pensare anche solo di far accedere al giudizio di merito il ricorso presentato su un atto che in concreto non avrebbe potuto avere un contenuto diverso o che comunque avrebbe potuto ritardare in modo ingiustificato l'azione della p.a. Nel caso *Argyll* si insiste molto anche sull'aspetto del comportamento delle parti, ritenendo che il *leave* non sia comunque ottenibile nel caso in cui la pubblica amministrazione stia facendo quanto nelle sue possibilità per rimediare a una evidente situazione di illegittimità. Risulta evidente come tutta questa serie di valutazioni, assolutamente discrezionali, generi una forte incertezza che, specie se sommata ai costi da sostenere per il processo, costituisce una fondata ragione per evitare di presentare domanda per il *judicial review*.

<sup>27</sup> Il *Criminal Justice and Courts Act* è intervenuto modificando la Part 54 del *Civil Procedure Rules*, stabilendo che non debba essere rilasciato il *permission* «if it appears to the court to be highly likely that the outcome for the applicant would not have been substantially different if the conduct complained of had not occurred» a meno che non sussistano particolari ragioni di interesse pubblico che devono però essere motivate dalla stessa corte. Questa disposizione, oltre a riprendere in parte il testo della sentenza sull'*Argyll case* del 1986, è sostanzialmente analoga a quella dell'art. 21-octies della L. 241/1990 sul procedimento amministrativo italiano e si inserisce in un contesto normativo dove durante le procedure del *Leave stage* viene richiesto un altissimo grado di diligenza da parte del privato. Per un approfondimento sulla disciplina del *Leave stage* si rinvia a JUDICIARY FOR ENGLAND AND WALES, *The Administrative Court Judicial Review Guide*, 2021, pp. 31-43.

presente trattazione in quanto permette di rinvenire come nell'ordinamento inglese la centralità della figura del *claimant* è strumentale, funzionalizzata alla cura dell'interesse pubblico. Da questa prospettiva, risulta molto interessante lo studio dei cosiddetti *representative standing*, ed in particolare il confronto tra il controverso caso del *Rose Theatre Trust* (1990)<sup>28</sup> e il cosiddetto *Greenpeace case*, di quattro anni successivo<sup>29</sup>, da cui emerge come il *leave* venga rilasciato soltanto a quei soggetti dotati di una comprovata *expertise* e ritenuti particolarmente qualificati per tutelare l'interesse pubblico attraverso la proposizione di un'impugnazione<sup>30</sup>.

Dal quadro emerso, si può ritenere che il *public interest* era e continua ad essere centrale nel sistema di tutela giurisdizionale inglese, a discapito della centralità della situazione giuridica soggettiva del ricorrente. In conclusione, nel Regno Unito «la legge non ritiene che la funzione delle corti sia quella di essere a disposizione di chiunque abbia interesse a sindacare l'azione amministrativa»<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> *R. v. Secretary of State for the Environment, ex parte Rose Theatre Trust*, 1990.

<sup>29</sup> Queste le fattispecie. Nel primo caso il Ministero non rilasciò il provvedimento, richiesto da un gruppo di appassionati d'arte riuniti in un trust, contenente il vincolo artistico necessario per preservare un antico teatro rinvenuto durante degli scavi nel centro di Londra. In *R. v. Her Majesty's Inspectorate of Pollution and the Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. Greenpeace*, 1994, invece, la nota associazione ambientalista aveva impugnato la decisione con cui l'autorità amministrativa aveva autorizzato alcuni scarichi di rifiuti radioattivi nella località di Sellafield. In questi due casi la valutazione sul *locus standi* da parte della corte è arrivata a esiti opposti: mentre nel *Greenpeace case* si è ritenuto esistente il *sufficient interest* della nota associazione ambientalista, nel *Rose Theatre Trust case* in un primo momento il giudice ha accordato il *leave* al trust, salvo poi stabilire nel giudizio di merito l'assenza di un suo sufficiente interesse poiché tale riconoscimento avrebbe determinato «probabili richieste di indennizzo da parte di alcuni cittadini» e poiché comunque l'interesse per la conservazione di un bene storico artistico andava in ogni caso bilanciato con quello allo sviluppo urbanistico della città. Vari furono gli argomenti presi in considerazione nel caso della famosa associazione ambientalista: venne evidenziato infatti come si trattasse di un'organizzazione diffusa in tutto il mondo, guidata nel suo agire da una comprovata serietà, buona fede ed *expertise* tali, secondo la corte, da poter argomentare con cognizione di causa la motivazione per il rimedio richiesto. Viceversa il trust del Rose theatre era stato costituito con l'esclusivo scopo di conservare il teatro e questo fu un elemento che il giudice del *Greenpeace case* utilizzò per chiarire che le fattispecie erano completamente diverse.

<sup>30</sup> In questo senso P. CANE, *Standing up for the public*, pp. 281 e ss.

<sup>31</sup> J. SCHIEMANN, *Queen's Bench, High Court*, in *R. v. Secretary of State for the Environment, ex parte Rose Theatre Trust*, 1990. Il fatto che la giustizia anglosassone sia costosa, incerta e poco accessibile, anche nel caso in cui il ricorrente possa prospettare la più grave violazione di un proprio diritto, è un tratto congenito del carattere dell'ordinamento inglese, che neanche l'introduzione dell'*Human Rights Act* è riuscita a smussare. Certo è che qualche passo in

e l'effettività della tutela della posizione del *claimant* viene così rimessa alla discrezionalità della corte.

Nonostante ciò, la stessa dottrina inglese sembra avere chiari i punti deboli dell'alternativa soggettivistica, abbracciata con la Costituzione del 1948 dal nostro ordinamento<sup>32</sup>: protezione di attività amministrative illegittime (nei casi in cui queste non violino un diritto soggettivo, ma ledano comunque l'interesse generale e il buon andamento dell'amministrazione) e inefficienza del sistema di appelli, per coloro i quali ritengano di essere stati colpiti nei propri interessi. Sono questi gli aspetti che parte della dottrina inglese critica della tutela soggettiva italiana.

3. *Le condizioni generali dell'azione inglesi e italiane: una comparazione storica alla ricerca dell'oggettività.* – Nonostante che il testo costituzionale appaia piuttosto inequivocabile sul carattere di forte effettività che la tutela giurisdizionale deve offrire al privato ricorrente anche nei confronti dei pubblici poteri, l'affermazione di una tutela prevalentemente soggettiva in Italia ha origini non certo antiche come quelle della tutela oggettiva anglosassone, poiché il modello di giurisdizione amministrativa italiano, ispirato al sistema oggettivo francese, è stato abbandonato solo con la Costituzione del 1948<sup>33</sup>. Si tenterà quindi di ripercorrere brevemente l'evoluzione del dibattito sulle condizioni generali dell'azione nel processo amministrativo, delineando le principali ragioni storiche dell'attuale conformazione dell'interesse a ricorrere. Tutto questo sarà

---

avanti verso una maggiore centralità dell'elemento sostanziale su quello processuale si sta lentamente compiendo, basti pensare allo sviluppo delle *legitimate expectations*. Sul tema delle *legitimate expectations* e sulle loro differenze rispetto agli interessi legittimi si rinvia a CHITI, *L'affermazione della giustizia amministrativa*, cit., pp. 40-41. Per quanto concerne invece le problematiche irrisolte a seguito dell'entrata in vigore dell'*Human Rights Act*, su cui non è possibile in questa sede compiere una trattazione esaustiva, si rimanda a CRAIG, *Administrative law*, cit., pp. 579-631.

<sup>32</sup> C. HARLOW, *Una rassicurazione simbolica: controllo giurisdizionale e democrazie liberali, in Cittadino e potere in Inghilterra*, cit., pp. 213-216.

<sup>33</sup> In particolare è l'art. 24 Cost. che imprime al nostro ordinamento una propensione alla cura delle situazioni giuridiche soggettive, siano esse diritti o interessi legittimi.

utile ai fini di un confronto tra l'accesso al giudice in paesi a tutela oggettiva come l'Inghilterra e a tutela soggettiva come l'ordinamento italiano.

Al fine di comprendere il concetto di interesse a ricorrere è necessario fare riferimento alla giurisprudenza amministrativa che fornisce ormai un'interpretazione consolidata, secondo la quale l'interesse ad agire si configura come un'utilità materiale o morale oggettivamente riconoscibile, ottenibile con una sentenza di accoglimento<sup>34</sup>. A differenza di quanto avviene nel giudizio civile<sup>35</sup>, nel processo amministrativo il ruolo dell'interesse a ricorrere assume grande importanza anche nelle sentenze costitutive, legandosi saldamente con la legittimazione ad agire. Quest'ultima rappresenta l'altra fondamentale condizione generale per l'esperimento del ricorso e riguarda la situazione giuridica soggettiva che il proponente vuole azionare di fronte al giudice, che può consistere in un diritto soggettivo o in un interesse legittimo. Ed è proprio l'enucleazione della *legitimatō ad causam* come autonoma condizione del processo amministrativo italiano uno degli elementi che una parte della

---

<sup>34</sup> Tale utilità è da intendersi come attinente alla situazione giuridica soggettiva e, più specificamente, deve consistere in un vantaggio attuale, personale e concreto, immediatamente collegato agli effetti della decisione del giudice. Il richiamo della definizione giurisprudenziale è reso necessario dall'assenza, almeno a prima vista, di una nozione di interesse a ricorrere contenuta nel Codice del Processo Amministrativo. In realtà, volendo ricercare delle basi di diritto positivo di tale nozione, abbiamo principalmente il rinvio esterno dell'art. 39 c.p.a., che offre un sicuro rimando alla previsione sull'interesse ad agire dell'art. 100 c.p.c.; l'art. 13 c.p.a. che parla di interesse a ricorrere riguardo alla competenza territoriale; l'art. 35 c.p.a., che stabilisce l'inammissibilità del ricorso nel caso di carenza di interesse da parte del ricorrente. Su questo punto si veda S. TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2021, pp. 28-29, il quale sottolinea come manchi, almeno a prima vista, una norma generale sulle condizioni generali dell'azione nel c.p.a.

<sup>35</sup> Analizzando il disposto dell'art. 100 c.p.c., nel processo civile l'interesse ad agire è un requisito extraformale delle parti che acquista rilevanza solo in ipotesi ridotte, in particolare nelle sentenze di mero accertamento, dove è ritenuto necessario al fine di evitare la proposizione di domande vessatorie per il convenuto. Sottolinea questo profilo G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), [https://www.treccani.it/enciclopedia/legittimazione-e-interesse-a-ricorrere-dir-amm\\_%28Diritto-on-line%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/legittimazione-e-interesse-a-ricorrere-dir-amm_%28Diritto-on-line%29/), consultato in data 03/12/2022, la quale considera la centralità dell'interesse ad agire nel processo amministrativo come una «spia della perdurante concezione processuale dell'interesse legittimo» e ritiene che sia «funzionale a tenere in piedi un modello di giudizio dai tratti oggettivi».

dottrina<sup>36</sup> ha individuato come determinanti per il passaggio da una forma di tutela oggettiva ad una soggettiva, suggellato dall'entrata in vigore della Costituzione del 1948<sup>37</sup>. Fondamentale in questa evoluzione è stato sicuramente lo sviluppo del concetto di interesse legittimo, che da interesse meramente processuale si è progressivamente conformato come situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, trovando una sua base sostanziale e riducendo la centralità dell'interesse a ricorrere<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> La condivisibile ricostruzione sulle ragioni che hanno determinato la svolta italiana verso una forma di tutela prevalentemente soggettiva è quella proposta da S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018. Si veda anche l'approfondimento sulla tradizionale concezione della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo di C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e principio di atipicità delle azioni del procedimento amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, pp. 106-110.

<sup>37</sup> L'orientamento di fine Ottocento e inizio Novecento che muove da una visione oggettiva del giudizio amministrativo italiano (a cui aderiscono E. Guicciardi e F. D'Alessio) merita di essere ricordato proprio per le particolarità della sua ricostruzione delle nozioni di legittimazione e interesse al ricorso come concetti aventi fondamento e rilevanza esclusivamente processuale, legati ad una tutela dell'interesse generale e solo occasionalmente di quello del ricorrente, come sottolinea MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit., p. 31. Sicuramente questo filone dottrinale si pone in contrasto con una visione della giurisdizione amministrativa parallela a quella ordinaria. Viene infatti negata l'idea di una *legittimatio ad causam* autonoma e distinta dalla nozione di interesse, poiché secondo F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1934, p. 402, «l'appartenenza del diritto a ricorrere coincide coll'esistenza dell'interesse ad agire. Chiunque può ricorrere purché vi abbia interesse. Sicché manca la qualificazione attiva del soggetto e solo si richiede [...] un interesse quale condizione dell'azione». Tale interesse, qualificato attraverso una serie di caratteri (personalità, immediatezza, attualità), non deriva dalla lesione di una posizione giuridica sostanziale, previamente riconosciuta e tutelata dall'ordinamento, bensì dalla lesione che in concreto può derivare al ricorrente dall'illegittimità dell'atto impugnato. Tale violazione della situazione soggettiva può sì trovare soddisfazione nella decisione di annullamento dell'atto, ma si deve tenere a mente che quest'ultima viene pronunciata dal giudice al solo scopo di ristabilire la legalità dell'azione amministrativa. S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit., p. 33 evidenzia come tutti gli autori che aderiscono alla visione oggettiva del processo riconducono legittimazione ad agire e interesse a ricorrere ad una medesima categoria esattamente come in Francia per l'*intérêt à agir* e in Inghilterra con il *sufficient interest*.

<sup>38</sup> Importante secondo Mirate è stata anche la creazione della IV Sezione del Consiglio di Stato, la quale ha iniziato ad offrire tutela agli interessi privati non qualificabili come diritti, spingendo sempre più la giurisdizione amministrativa verso un'ottica di tutela individualistico-soggettiva e contribuendo a creare un parallelismo con il processo civile. Secondo l'Autrice fondamentale in questo senso è stata anche la diffusione del criterio di riparto di giurisdizione basato sulla *causa petendi*, il quale ha rafforzato ulteriormente il carattere sostanziale dell'interesse legittimo. Questi elementi hanno dunque progressivamente spinto la dottrina a sviluppare gli attuali connotati delle due condizioni generali dell'azione. La legittimazione ad agire si è infatti sviluppata secondo l'elemento chiave dell'«affermazione

Inoltre, un altro elemento determinante nella svolta italiana verso la tutela soggettiva è stato l'utilizzo dell'istituto della rinuncia al ricorso anche nel processo amministrativo. L'uso di questo strumento, sconosciuto nella giurisdizione amministrativa francese, necessariamente implica la capacità del titolare dell'interesse leso non solo di avviare, ma anche di arrestare il giudizio amministrativo. Nel momento in cui si apre all'istituto della rinuncia, il processo amministrativo non si svolge evidentemente più nel solo interesse generale.

4. *Contaminazioni e elementi "irriducibili" della tutela oggettiva: un confronto comparato.* – È svolta ora qualche riflessione comparativa sull'evoluzione della giurisdizione amministrativa italiana da una tutela oggettiva ad una prevalentemente soggettiva, evidenziando le affinità e le differenze che sussistono tra il *sufficient interest* e le condizioni generali dell'azione italiane.

In primo luogo, per quanto riguarda la tecnica della *fusion*, non si ritiene che si possa parlare del *Permission stage* come di un giudizio sulle *prospect of success*<sup>39</sup> paragonabile ad una sorta di giudizio prognostico, per certi aspetti non distante dal cosiddetto filtro in appello del nostro processo civile poiché, almeno da un punto di vista statistico<sup>40</sup>, il rilascio del *leave* non assicura maggiori probabilità di successo della causa, poiché è un giudizio che valuta l'interesse generale che riveste la questione.

A proposito di interesse generale, il requisito del *sufficient interest* ben si presta ad un confronto con le condizioni generali italiane dell'azione nella prospettiva della tutela dell'interesse pubblico. Avendo infatti analizzato le problematiche di un'eccessiva genericità di questo requisito del *permission*, si è

---

della lesione/tutela dell'interesse sostanziale», contrapposta al binomio «affermazione di un'utilità/conseguimento di un vantaggio patrimoniale o morale», caratterizzante l'interesse a ricorrere.

<sup>39</sup> È la posizione contenuta in M. ELIANTONIO, C.W. BACKES, C.H. VAN RHEE, *et alia*, *Standing up for your right(s) in Europe*, 2012, p. 61, secondo i quali «*the appeal is unlikely to be refused unless there is considered no prospect of success*».

<sup>40</sup> Statistiche del 2010 contenute Ivi, p. 61, riportano che nel Regno Unito, a fronte di 10548 *Judicial Review applications*, 5148 sono state rifiutate.

evidenziato quanto sia difficile distinguere nel *sufficient interest* tra utilità generale, utilità individuale e lesione della situazione giuridica soggettiva. In questo la bipartizione italiana tra legittimazione e interesse a ricorrere sicuramente permette una maggior chiarezza; esistono comunque delle analogie tra il *leave* e le due condizioni generali dell'azione del nostro ordinamento, in particolare se si guarda al ruolo ricoperto dall'interesse ad agire. Infatti l'interesse a ricorrere propone anzitutto una correlazione tra l'interesse sostanziale dedotto in giudizio e la norma di cui si denuncia la violazione<sup>41</sup>. Sarebbe sbagliato dire che l'utilità prospettata nell'interesse ad agire debba essere un'utilità di carattere generale (perché, come mostra la giurisprudenza, quel vantaggio derivante dalla sentenza di accoglimento deve avere sicuro carattere personale), ma è invece condivisibile la tesi secondo la quale la concezione dell'interesse a ricorrere più tradizionale guarda al giudizio di legittimità come una parentesi dell'azione amministrativa<sup>42</sup>. Di riflesso, si può allora sostenere che l'utilità che il ricorrente potrà trarre dalla sentenza di accoglimento, è sì un vantaggio personale, ma questo sarà "concesso" (e a quel punto riconosciuto) partendo sempre da una sorta di "presunzione di non utilità" della sentenza di accoglimento che occorrerà ribaltare, proprio in modo simile a quel che accade in Inghilterra<sup>43</sup>. Da questa concezione dell'interesse ad agire deriva allora che esso si configura come quella condizione dell'azione che permette di conformare il processo secondo l'interesse pubblico. Dunque, si può ritenere che anche in Italia vi siano alcuni caratteri fisiologici di continuità tra il Consiglio di Stato e l'azione

---

<sup>41</sup> Si veda F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Colloquio sull'interesse legittimo, atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Milano, 19 aprile 2013, 2014, pp. 126-127.

<sup>42</sup> TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, cit., p. 127, riflette sul legame tra natura dell'interesse al ricorso e concezione del processo amministrativo.

<sup>43</sup> Occorre precisare che quest'ultima impostazione è volta non tanto al rispetto di un principio di economia processuale, quanto a conformare l'interesse a ricorrere come strumento che delimita l'interferenza del giudice con l'attività amministrativa. In questo senso TORRICELLI, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., p. 31, il quale sottolinea in quest'ottica l'importanza del fatto che qualora l'amministrazione ritenga in un secondo momento un proprio atto illegittimo potrebbe comunque agire in autotutela (sia attraverso l'annullamento di ufficio che tramite la revoca ove manchino le condizioni del primo).



amministrativa di sicura derivazione francese. Infatti ad un esame più attento, lo stesso interesse a ricorrere è figlio di un'idea di giustizia e di giudice amministrativo che bisogna "scomodare", così come in Inghilterra, solo dimostrando di poter ottenere una qualche utilità personale dalla sentenza di accoglimento. In questo caso però il ricorso del "busybody italiano" non va ad intaccare una tradizione giurisprudenziale di *common law* pluricentenaria, come in Inghilterra, bensì coinvolge l'azione amministrativa, che potrebbe essere modificata dal giudice in lesione dell'interesse pubblico.

Si spiega così l'importanza dell'interesse ad agire nel processo amministrativo e soprattutto il motivo per cui, nelle sentenze costitutive del processo civile italiano, non è ordinariamente necessario addurre un interesse a ricorrere. Naturalmente gli elementi di tutela oggettiva dell'accesso al giudice italiano non possono certo spingersi a quelle considerazioni prospettate dalla giurisprudenza inglese, secondo cui esiste una correlazione tra il *public law wrong* e la possibilità di ottenimento del *leave*: questo ragionamento comprimerebbe le situazioni giuridiche soggettive in violazione dell'art. 24 Cost., la norma che oggi rappresenta la vera stella polare che dovrebbe orientare qualsiasi considerazione in materia di accesso al giudice. In Inghilterra notiamo invece che questa compressione è ritenuta assolutamente legittima anche per via di quella tradizionale idea di accesso alla corte ristretto, limitato al solo *Leave stage*.

Ad ogni modo, il rafforzamento di una concezione sostanziale dell'interesse legittimo, a fianco a quella tradizionale, ha permesso di subordinare le valutazioni sull'interesse pubblico rispetto a quelle sulla situazione giuridica sostanziale avanzate dal ricorrente, anche se ancora oggi si avvertono in giurisprudenza tensioni tra queste due concezioni che convivono nell'interesse legittimo<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, cit., p. 128, approfondisce il rapporto tra le due concezioni che convivono nell'interesse legittimo.

A questo punto, viene però da domandarsi fino a che punto la tutela in Italia sia prevalentemente soggettiva e quali siano le risposte adottate dall'ordinamento italiano riguardo alle specifiche critiche mosse dalla dottrina inglese a questa centralità delle situazioni giuridiche soggettive, in particolare sul tema dell'inefficienza del sistema degli appelli e soprattutto sulla possibilità di mantenere in vita atti illegittimi non lesivi di interessi soggettivi.

Per rispondere a quest'ultimo interrogativo, si può osservare la disciplina italiana in materia di contratti pubblici, che si differenzia da un modello di tutela soggettiva *tout court* in cui gli unici guardiani (*watchdogs*) del rispetto della legge da parte della pubblica amministrazione sono i privati che decidono di presentare ricorso prospettando la lesione di una propria situazione giuridica soggettiva<sup>45</sup>: l'ordinamento italiano opera infatti una scelta non troppo dissimile dal modello francese<sup>46</sup>, consentendo di ricorrere direttamente a soggetti pubblici, come ad esempio ANAC<sup>47</sup>, in modo analogo al ricorso presentato in Francia dal prefetto o dai «*membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné*», senza peraltro dover prospettare

---

<sup>45</sup> Di questo avviso L. VIOLA, *Il contenzioso dei contratti pubblici in Italia e in Francia: una (prima) comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 2, che descrive a p. 7 come «paradossale» e addirittura «schizofrenica» questa tendenza del nostro ordinamento.

<sup>46</sup> Su questa posizione VIOLA, *Il contenzioso*, cit., p. 10. L'Autore sottolinea le affinità tra ordinamento italiano e francese nell'utilizzo di strumenti di tutela oggettiva per rimuovere atti lesivi dell'interesse generale. Condividendo questa prospettiva, è opportuno precisare che comunque, in termini generali, i due paesi presentano tuttavia numerose differenze di carattere strutturale. L'analisi di Viola è però interessante perché offre un parallelismo tra le tendenze "oggettivistiche" dell'ordinamento italiano e quelle "soggettivistiche" della Francia: infatti egli evidenzia come la giurisprudenza francese, specie negli ultimi vent'anni, abbia intrapreso il percorso di una «storica» trasformazione di un ricorso [in materia di contratti pubblici], in precedenza, ricostruito nei termini tradizionali di *recours pour excès de pouvoir* a carattere obiettivo in un *recours de pleine juridiction* a carattere subiettivo». Determinante in questo senso è stata sicuramente l'armonizzazione incoraggiata dal diritto europeo.

<sup>47</sup> Il Codice dei Contratti Pubblici, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, all'art 211 comma 1-bis, come modificato dal D.L. 24 aprile 2017, n. 50, stabilisce che: «LANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture».

un particolare interesse a ricorrere<sup>48</sup>. Per quanto attiene al profilo della possibile inefficienza dei sistemi di appello negli ordinamenti a tutela soggettiva, è interessante evidenziare come l'Italia abbia, in fin dei conti, una disciplina molto simile a quella inglese in materia di costi del processo, specie se confrontata con la normativa dell'ordinamento francese, poiché in entrambi i paesi si finisce per utilizzare gli alti costi del processo come un efficace strumento deflattivo<sup>49</sup>.

Detto allora di queste affinità, somiglianze e contaminazioni tra ordinamenti a tutela oggettiva e soggettiva in materia di accesso al giudice, resta da chiarire quali siano quegli elementi che più di altri rendono queste due tipologie di sistemi ancora distanti tra loro sotto molti punti di vista. Si farà allora riferimento ad una recente questione emersa nell'ordinamento francese in

---

<sup>48</sup> Addirittura lo stesso Codice dei Contratti Pubblici, all'art 211 comma 1-quater, affida all'Autorità Nazionale Anticorruzione il potere di individuare, per mezzo di un proprio regolamento, i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali essa può agire in giudizio. Questa previsione, introdotta con il D.L. 24 aprile 2017, n. 50, specie se accostata al potere di AGCM di proporre ricorso davanti alla corte per atti lesivi della normativa antitrust (Ex art. 21-bis L. 10 ottobre 1990, n. 287: condizione per l'azione dell'AGCM è il previo svolgimento di una fase precontenziosa, volta a sollecitare la p.a. a conformarsi alla disciplina di legge), mostra quindi una tendenza dell'ordinamento italiano a inserire elementi di diffuso controllo oggettivo dell'azione amministrativa per bilanciare i casi (di atti illegittimi e lesivi dell'interesse generale) in cui venga in concreto a mancare la richiesta di un controllo giurisdizionale da parte di controinteressati (il quale è invece un controllo legato alla tutela delle loro posizioni soggettive).

<sup>49</sup> Nell'impossibilità di offrire in questa sede una trattazione completa dell'analisi economica del processo nei paesi a tutela oggettiva e soggettiva, basti ricordare che l'Italia e l'Inghilterra utilizzano gli alti costi del processo come un vero e proprio strumento deflattivo, differenziandosi in questo dall'ordinamento francese che, in linea di principio, considera i ricorsi dei privati come un'occasione di controllo della legittimità dell'attività amministrativa e, proprio per questo motivo, anche in caso di soccombenza, i costi da sostenere per il processo sono contenuti (aggirandosi infatti tra i 1.000 e i 5.000 euro). Per i costi del processo amministrativo francese si veda J. BELL, F. LICHÈRE, *Contemporary French Administrative Law*, Cambridge, 2022, pp. 174-175. Per un approfondimento sull'ordinamento francese e sulla centralità del controllo di legittimità degli atti si veda sempre Ivi, pp. 154-172. Inoltre, l'ordinamento italiano si caratterizza per una storica obbligatorietà del patrocinio dell'avvocato che lo contraddistingue sia dalla Francia che dall'Inghilterra e che rappresenta quindi un ulteriore elemento da considerare nel calcolo delle spese processuali complessive. Sicuramente influisce sulla questione l'assenza di una consistente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di spese processuali. Si finisce così per fornire agli Stati attraverso la materia dei costi del ricorso «*un moyen simple et efficace pour soustraire leurs Administrations au contrôle de leurs décisions contractuelles*», come sostiene S. TORRICELLI, *Uniformité et particularisme dans les transpositions nationales du droit européen des procédures de recours*, p. 481.

tema di tutela degli interessi diffusi, evidenziando che la soluzione che *le législateur* sembra prospettare non è assolutamente dissimile da quella individuata dalla giurisprudenza anglosassone nel noto caso Greenpeace<sup>50</sup>. Per inquadrare il profilo problematico bisogna tenere presente che in Francia il processo amministrativo è attualmente caratterizzato da un lato, da una certa stabilità e, dall'altro, da evoluzioni significative dovute al costante aumento del numero dei ricorsi<sup>51</sup> e al fatto che, negli ultimi trent'anni, l'intervento del legislatore nella disciplina del processo amministrativo è diventato sempre più invasivo, arrivando a restringere anche le tradizionali prerogative dello stesso *Conseil d'État*<sup>52</sup>. Per ridurre il crescente numero di ricorsi, si è intervenuti in materia di tutela degli interessi diffusi modificando l'art. 600 del *Code de l'urbanisme*<sup>53</sup> che oggi stabilisce come non sia possibile impugnare un atto amministrativo per le associazioni ambientaliste che non si siano costituite almeno un anno prima dell'emanazione dell'atto. Volendo ricercare quegli elementi strutturali di comunanza tra ordinamenti a tutela oggettiva, si osserva come questo approccio sembri riproporre quella stessa logica descritta nel *Rose Theatre trust case*, dove la *High Court* stabilì che non sussisteva il requisito del *sufficient interest*, poiché il *trust* era stato costituito «for the exclusive purpose of saving the Rose Theatre site»<sup>54</sup>. Inoltre il nuovo art. 600 del *Code de l'urbanisme* suggerisce la ricerca di un certo grado di *expertise* e serietà nell'associazione

---

<sup>50</sup> Si veda *supra* al punto 1.2.

<sup>51</sup> F. ANGEL, F. PAUDICE, *La durata dei ricorsi (processi) amministrativi in Italia, 2020*, pp. 2-3 e p. 5, evidenziano a livello statistico come la Francia riesca a mantenere un buon tasso di smaltimento dei processi amministrativi, pur avendo un numero di ricorsi ogni 100.000 abitanti sicuramente superiore rispetto a quello italiano.

<sup>52</sup> O. RENAUDIE, in occasione del convegno su *Le azioni nel processo amministrativo francese: analisi e prospettive*, 19 aprile 2022, insiste su questi due elementi come le principali linee evolutive del processo amministrativo, indicando poi nella volontà del legislatore di restringere l'accesso al giudice una delle più recenti tendenze.

<sup>53</sup> Oggi, a seguito delle riforme del 2006 e del 2018, l'art. 600 stabilisce che «*Une association n'est recevable à agir contre une décision relative à l'occupation ou l'utilisation des sols que si le dépôt des statuts de l'association en préfecture est intervenu antérieurement à l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire*». Il deposito degli statuti è avvenuto «*au moins un an avant l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire*».

<sup>54</sup> Lord A. MELCHETT, Queen's Bench, in *R. v. Her Majesty's Inspectorate of Pollution and the Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. Greenpeace*, 1994.

ricorrente, differenziandosi dalle scelte dell'ordinamento italiano che invece ha una concezione più aperta in materia di accesso al giudice per la tutela degli interessi diffusi<sup>55</sup>. La giurisprudenza italiana si è infatti dimostrata più in linea con un'impostazione di tutela soggettiva nel riconoscere anche ai comitati spontanei la legittimazione contro atti lesivi di beni ambientali<sup>56</sup>, anche se in dottrina permangono diverse perplessità condivisibili in merito alla natura degli interessi diffusi e, più in generale, all'effettività della tutela<sup>57</sup>.

5. *Conclusioni.* – In conclusione, nonostante che vi siano elementi di affinità e di contaminazione tra gli ordinamenti analizzati, ciò che emerge è che sussistono ancora dei significativi momenti di diversità tra l'accesso alla tutela giurisdizionale riconosciuto da Inghilterra, Italia e Francia, con quest'ultima che sembra collocarsi in una “posizione mediana”. In questo senso, si ritiene che si possa parlare di elemento “irriducibile” della tutela oggettiva a proposito di

---

<sup>55</sup> Si noti che in Italia la legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste è riconosciuta fin dalla legge istitutiva del Ministro dell'Ambiente, L. 8 luglio 1986, n. 349.

<sup>56</sup> Per quanto riguarda la legittimazione ad agire dei comitati, per costante giurisprudenza (Cons. St., Sez. IV, 19 febbraio 2010 n.1001; Sez. VI, 13 settembre 2010 n. 6554 e 23 marzo 2011 n.3107; Sez. V, 22 marzo 2012 n.1640; Sez. III, 8 agosto 2012 n.4532), è riconosciuta ai comitati spontanei allorquando venga dimostrato «un collegamento stabile con il territorio ove (il comitato) svolge l'attività di tutela degli interessi stessi» e di avere svolto una «attività... protratta nel tempo» e quindi di non esistere soltanto «in funzione della impugnazione di singoli atti e provvedimenti». Anche in Italia dunque occorre soddisfare alcuni requisiti per l'accesso al giudice da parte dei comitati spontanei, ma ciò non è assolutamente paragonabile né alla disciplina dettata dal *Code de l'urbanisme* né tantomeno alla giurisprudenza delle corti superiori inglesi.

<sup>57</sup> Significativa è la riflessione di C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012, pp. 77-96. L'autrice rileva come la giurisprudenza e parte della dottrina abbiano veicolato le esigenze di tutela del singolo in soggetti collettivi, identificati a livello normativo o processuale. L'autrice richiama (p. 95) le parole di A. CARATTA, *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, p. 134, per chiarire come tale impostazione limiti la legittimazione a ricorrere individuale per non correre il rischio di «azioni avventurose da parte di soggetti poco responsabili, suscettibili di turbare il mercato» o di rallentare i tempi della giustizia. Quello che allora l'autrice propone è il superamento del concetto di interessi diffusi intesi come interessi sovraindividuali in favore di un modello di interessi plurisoggettivi, nel quale «ogni membro del gruppo ha la legittimazione ad agire *uti singulus*, mentre i soggetti collettivi hanno (eventualmente) una legittimazione aggiuntiva» (corsivi dell'autrice). In giurisprudenza, cfr. l'Ad. Plen. 6/2020, con nota di G. MANNUCCI, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, pp. 529-536.

quell'idea della giurisprudenza inglese per cui la legge non è a disposizione di chiunque abbia interesse a sindacare l'attività amministrativa.<sup>58</sup> Questa impostazione anglosassone sembra infatti riecheggiare nelle recenti riforme in materia ambientale in Francia, su cui si è espresso da ultimo anche il *Conseil Constitutionnel*<sup>59</sup>, chiarendo la legittimità costituzionale dell'art. 600, specificando che esso ha come scopo quello di «*prévenir les recours abusifs et dilatoires*» da parte dei “*busybodies* francesi”.

---

<sup>58</sup> SCHIEMANN, *Queen's Bench, High Court*, in *R. v. Secretary of State for the Environment, ex parte Rose Theatre Trust*, cit.

<sup>59</sup> Décision n° 2022-986 QPC du 1<sup>er</sup> avril 2022, Association La Sphinx.

## PERCHÉ LA PARITÀ RETRIBUTIVA NELL'UNIONE EUROPEA È ANCORA UN SOGNO?

NADIA BAMOSHMOOSH\*

*Nonostante le pari opportunità in ambito lavorativo siano state oggetto di attenzione già nel Trattato di Roma istitutivo della Comunità Economica Europea, ancora oggi la parità salariale in Europa è un traguardo lontano. Dopo aver dato una panoramica generale delle più importanti tappe nel contesto UE che hanno portato all'inserimento della parità di retribuzione nella Carta di Nizza, questo articolo riflette su come il diritto unionale oggi affronta la questione della parità salariale. Verranno evidenziati i progressi, ma anche le mancanze e i possibili margini di miglioramento che potenzialmente tutelano le donne nel mercato del lavoro. La piena implementazione del principio "equal pay for equal work" non solo dovrebbe essere vista come garanzia dei diritti delle donne e dei soggetti che potrebbero subire una discriminazione salariale, ma come uno strumento di miglioramento della loro società che, attraverso una retribuzione equa di tutti i lavoratori, progredisce e si arricchisce.*

*Despite the fact that equal opportunities in the workplace were already taken into account in the Treaty of Rome establishing the European Economic Community, today equal pay is still a distant dream. After giving a general overview of the most important legal steps in EU law which led to the inclusion of wage parity in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, this article debates around the attitude of EU law towards the issue of equal pay. The main progresses, flaws and the potential scope for improvement in order to safeguard women in the work market will be highlighted. The full implementation of the principle "equal pay for equal work" should be seen not only as a guarantee to the rights of women and of subjects vulnerable to salary discrimination, but as a tool to improve their society which, by granting equal retribution to all workers, advances and develops.*

SOMMARIO: 1. Quadro giuridico generale europeo. - 2. Criticità e ostacoli alla piena parità retributiva nell'UE. - 3. Conclusioni e potenziali soluzioni.

\* Dottoressa in Giurisprudenza, laureata presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2022 N. Bamoshmoosh. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University Press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

1. *Quadro giuridico generale europeo.* – Nel 1957 i rappresentanti di sei Stati europei<sup>1</sup> si riunirono a Roma per firmare il trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE). Nel trattato di questa organizzazione, il cui obiettivo era l'unione economica degli Stati membri, venne disposto un articolo a favore della parità retributiva tra uomini e donne. L'articolo 119, inserito nel capitolo sulle disposizioni sociali, citava: «Ciascuno Stato membro assicura durante la prima tappa, e in seguito mantiene, l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro [...]».

Il principio di parità salariale non era una novità del trattato di Roma. A livello internazionale, infatti, c'era già stata una presa di coscienza sull'iniquità della disparità retributiva tra uomini e donne, una discriminazione di fatto nel mercato del lavoro<sup>2</sup>. Il tema della parità salariale era già stato affrontato dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro nella Convenzione sull'uguaglianza di retribuzione tra la manodopera maschile e la manodopera femminile del 1951 e, inoltre, era contenuto implicitamente nella generica affermazione di parità di diritti nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani proclamata dall'ONU<sup>3</sup>. Tuttavia, mentre la Dichiarazione dell'ONU e la Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro furono adottati per motivi ideali e morali<sup>4</sup>, l'articolo 119 del Trattato di Roma istitutivo della CEE fu inserito come metodo per arginare la concorrenza sleale tra gli Stati, in un'ottica di funzionamento del mercato comune. La previsione di questo articolo era volta

---

<sup>1</sup> Italia, Francia, Germania Ovest, Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi.

<sup>2</sup> M. SMITH, *Analysis Note: The Gender Pay Gap in the Eu – What Policy Responses?*, in *EGGE – European Network of Experts on Employment and Gender Equality issues – Fondazione Giacomo Brodolini*, 2010, pp. 2 ss.

<sup>3</sup> L'art. 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani dell'ONU recita: “Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza”.

<sup>4</sup> V. PALUMBO, *25 marzo 1957, trattati di Roma: una svolta anche per le donne*, [ispionline.it](https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/25-marzo-1957-trattati-di-roma-una-svolta-anche-le-donne-16443), <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/25-marzo-1957-trattati-di-roma-una-svolta-anche-le-donne-16443>, ultima consultazione 18/10/2022.



infatti a soddisfare l'esigenza di eliminare forme scorrette di azioni nel mercato<sup>5</sup>, quali appunto una diversa remunerazione tra donne e uomini<sup>6</sup>.

Nonostante la sua finalità economica, nei decenni seguenti questo articolo contribuì allo sviluppo di una politica sociale europea che nel corso degli anni ha sempre di più prioritizzato il superamento di diseguaglianze e discriminazioni<sup>7</sup>. Negli anni successivi al 1957, il principio di parità retributiva ha subito, e continua a subire, un'evoluzione, passando da un principio di “*equal pay for equal work*” a “*equal pay for work of equal value*”, ossia parità remunerativa per pari valore di lavoro. Mentre il primo principio prevede che i lavoratori e le lavoratrici siano pagati ugualmente per il compimento dello stesso lavoro, il principio “*equal pay for equal value of work*” consiste nell'assicurare che donne e uomini ricevano la stessa remunerazione per lavori anche completamente diversi che però si dimostrino avere un uguale o simile valore, sulla base di criteri oggettivi<sup>8</sup>. La Corte di Giustizia ha più volte fornito esempi di fattori<sup>9</sup> che determinano il valore di un lavoro, quali competenze lavorative, qualifiche, livelli di responsabilità e condizioni lavorative<sup>10</sup>.

Nella direzione di promuovere la parità retributiva intesa come politica sociale si mossero quindi da una parte una serie di direttive europee in tema di eguale remunerazione e parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici e

---

<sup>5</sup> UIL, *Cause e conseguenze del gender pay gap. La differenza tra le affermazioni di principio e la realtà delle cose*, 2018, p. 15, [www.uil.it](http://www.uil.it), <https://www.uil.it/documents/Cause%20e%20conseguenze%20del%20Gender%20Pay%20Gap.%25%20La%20differenza%20tra%20le%20affermazioni....pdf>, ultima consultazione 18/10/2022.

<sup>6</sup> Connaturato all'articolo 119, va menzionato anche l'articolo 117 del Trattato di Roma istitutivo della CEE. Questo infatti sancisce la necessità di promuovere un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera.

<sup>7</sup> UIL, *Cause e conseguenze del gender pay gap*, cit.

<sup>8</sup> EQUINET EUROPEAN NETWORK OF EQUALITY BODIES, *Equal Pay for Equal Work and Work of Equal Value: The Experience of Equality Bodies*, 2013, *passim*, <https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2014/03/EQUAL-PAY-REPORT-PUBLICATION.pdf>, consultato il 18/12/2022.

<sup>9</sup> OECD, *Pay Transparency Tools to Close the Gender Wage Gap, Gender Equality at Work*, Paris, 2021.

<sup>10</sup> Si veda per esempio: Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 27 ottobre 1993, *Enderby v. Frenchay Area Health Authority*, causa C-127/92, 1993; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 31 maggio 1995, *Specialarbejderforbundet i Danmark v. Dansk Industri formerly Industriens Arbejdsgivere, acting for Royal Copenhagen*, causa C-400/93, 1995.

dall'altra parte la giurisprudenza dell'allora chiamata Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Nel 1975 venne adottata la Direttiva in tema di eguale remunerazione<sup>11</sup>: questa era il risultato dell'attivismo e del cambiamento dei sistemi sociali nazionali europei<sup>12</sup>. Uniformando gli *standard* di base delle legislazioni degli Stati membri, che fino ad allora erano estremamente diverse tra loro, la Direttiva impose esplicitamente la regola dell'uguale retribuzione per lavoro di uguale valore indipendentemente dal sesso dei lavoratori. L'anno successivo, la Direttiva 76/207/CEE<sup>13</sup> introdusse l'attuazione della parità di genere nell'accesso al mondo del lavoro, alla formazione, alle condizioni e alle promozioni professionali. Inoltre, l'articolo 2 di questa Direttiva introdusse il divieto di discriminazione diretta o indiretta<sup>14</sup> sulla base del sesso di appartenenza sia nella retribuzione che nell'accesso alle condizioni lavorative e negli schemi previdenziali pubblici e occupazionali.

Questa Direttiva ha fatto rientrare il tema della parità salariale nell'impianto antidiscriminatorio europeo, che vieta forme di discriminazioni sia dirette che indirette. In generale l'impianto antidiscriminatorio europeo si fonda su due parametri: il primo riguarda l'individuazione del gruppo discriminato (es.

---

<sup>11</sup> Direttiva 75/117/CEE del Consiglio del 10 febbraio 1975 per il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso femminile e maschile.

<sup>12</sup> J. RUBERY, D. GRIMSHAW, H. FIGUEIREDO, *How to Close the Gender Pay Gap in Europe: Towards the Gender Mainstreaming of Pay Policy*, in *International Relations Journal*, 2005, XXXVI, 3, pp. 185 ss.

<sup>13</sup> Direttiva 76/207/CEE del Consiglio del 9 febbraio 1976 relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro.

<sup>14</sup> Quaranta anni dopo la direttiva del 1975, la direttiva 2006/54/CE, all'articolo 2, ha dato le definizioni esatte di discriminazione diretta e indiretta nel contesto di parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego: "Ai sensi della seguente direttiva si applicano le seguenti definizioni: a) discriminazione diretta: situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga; b) discriminazione indiretta: situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari".

donne) e il secondo riguarda il contesto in cui avviene la discriminazione (es. lavoro)<sup>15</sup>. In questo caso, la discriminazione diretta avviene in casi in cui le «donne sono semplicemente trattate peggio degli uomini<sup>16</sup>» per il semplice fatto di essere donne. La discriminazione indiretta, invece, avviene nelle situazioni in cui una pratica apparentemente neutrale mette di fatto le donne in una situazione di svantaggio rispetto agli uomini nel contesto lavorativo<sup>17</sup>.

Più recentemente, la Direttiva 2006/4/CE ha ribadito il ruolo di controllo da parte dell'Unione Europea sulla corretta applicazione e implementazione del principio di parità salariale tra gli Stati membri, consolidando tutte le precedenti direttive sull'uguaglianza di genere.

Negli stessi anni in cui iniziarono ad essere adottate direttive sulla parità salariale, la Corte di Giustizia affrontò la questione più volte. Importante fu sicuramente la sentenza *Defrenne v. Sabena*<sup>18</sup>, in cui venne inequivocabilmente affermato il principio di parità di retribuzione *ex art. 119* del Trattato di Roma come uno dei fondamenti della Comunità Europea, riconoscendo a tale disposizione la duplice funzione economica di protezione da forme di concorrenza sleale e svantaggio competitivo da una parte, e sociale di promozione del progresso dei diritti delle lavoratrici dall'altra<sup>19</sup>. In più, nella stessa sentenza la Corte affermò l'efficacia diretta dell'articolo 119, permettendo quindi l'applicazione della norma direttamente contro privati e Stati:

«Quanto all'efficacia concreta dell'art. 119, si deve ritenere che esso è efficace solo se i cittadini degli Stati membri possono fruire della parità di retribuzione. È evidente l'interesse delle lavoratrici ad invocare tale articolo,

---

<sup>15</sup> Per maggiori informazioni sull'impianto antidiscriminatorio europeo si veda: J. MALISTEWSKA-NIENARTOWICZ, *Direct and indirect discrimination in European Union Law - How to Draw a Dividing Line*, in *International Journal of Social Sciences*, 2014, III, 1, pp. 41 ss.

<sup>16</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Tackling the Gender Gap Pay in the European Union*, Lussemburgo, 2013, p. 5.

<sup>17</sup> M. EDEROVÁ, *The Gender Pay Gap within the European Union (master thesis)*, Praga, 2016, p. 15.

<sup>18</sup> Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sent. 8 aprile 1976, *Gabrielle Defrenne contro Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, causa 43-75, 1976.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

che rappresenta una delle applicazioni del principio della parità di trattamento su cui si fonda il trattato CEE. L'art. 119 ha inevitabilmente efficacia diretta; il giudice nazionale deve applicarlo nell'amministrare la giustizia e gli organi esecutivi devono rispettarlo, specie nell'attività amministrativa diretta»<sup>20</sup>.

Quindici anni dopo, la Corte di Giustizia, nella sentenza *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*<sup>21</sup>, ribadì la prevalenza del diritto comunitario in tema di parità retributiva nel caso in cui la legislazione nazionale sia meno favorevole. Viceversa, il diritto dell'Unione Europea non vieta ad uno Stato l'adozione di una normativa più vantaggiosa rispetto agli *standard* previsti a livello europeo.

Venendo al contesto giuridico attuale, il fondamento giuridico unionale sulla parità salariale in ambito lavorativo oggi si trova nell'articolo 157 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), che recepisce a pieno l'articolo 119 del Trattato di Roma e tutte le direttive e la giurisprudenza che ne sono susseguite. L'articolo 157 proibisce qualsiasi forma di discriminazione riguardante la retribuzione<sup>22</sup> delle lavoratrici e dei lavoratori. Inoltre, diversamente da varie previsioni del TFUE, questo articolo non prevede che gli Stati debbano agire in maniera uguale:

«Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali»<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Ivi, p. 459.

<sup>21</sup> Corte di Giustizia, sent. 17 maggio 1990, *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, causa C-262/88, 1990.

<sup>22</sup> Articolo 157.2 TFUE: “Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo”.

<sup>23</sup> Articolo 157, comma 4, TFUE.

È interessante inoltre notare che oggi l'applicazione di questo principio si espande oltre il contesto dell'Unione Europea. L'efficacia giuridica di questo articolo infatti raggiunge anche l'Associazione Europea di Libero Scambio<sup>24</sup>, vincolando tutta l'area dello Spazio Economico Europeo. L'allegato XVIII dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo in tema di «sicurezza e salute sul lavoro, diritto del lavoro e parità di trattamento fra uomini e donne» stabilisce l'applicazione dell'articolo 119 del Trattato di Roma (oggi art. 157 TFUE) anche con riferimento agli Stati membri dello Spazio Economico Europeo stesso<sup>25</sup>. Inoltre, anche la Svizzera, che non è un membro dello Spazio Economico Europeo, ha adottato una politica di parità salariale perfettamente in linea con l'articolo 157 del TFUE<sup>26</sup>.

Infine, un'ulteriore fonte del diritto unionale da menzionare è sicuramente l'articolo 23 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, il quale cita: «La parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione»<sup>27</sup>.

2. *Criticità e ostacoli alla piena parità retributiva nell'UE.* – Da questa generale panoramica sulle fonti del diritto e sulla giurisprudenza che si sono occupate di parità salariale emerge abbastanza chiaramente come il diritto europeo si sia da sempre occupato in maniera attenta di parità retributiva tra uomini e donne nel contesto lavorativo. La garanzia di questo principio, infatti, oltre che promuovere la condizione delle donne, permette una concorrenza leale

---

<sup>24</sup> I. HEIDE, *Sex Equality and Social Security: Selected Rulings of the European Court of Justice*, in *International Labour Review*, 2004, p. 299 ss.

<sup>25</sup> Inoltre si veda l'articolo 69 dell'accordo sullo Spazio Economico Europeo.

<sup>26</sup> R. ERNE, N. IMBODEN, *Equal Pay by Gender and by Nationality: A Comparative Analysis of Switzerland Unequal Equal Pay Policy Regimes Across Time*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2015, XXXIX, 2, pp. 655 ss.

<sup>27</sup> Per completare il generale quadro normativo e dare una panoramica più completa del diritto UE in tema di parità salariale va menzionato anche il contributo del Trattato di Amsterdam del 1997 che ha compiuto un passo in avanti verso l'uguaglianza tra uomini e donne. Oltre a qualificare come fondamentali i diritti delle donne (artt. 2 e 3), il Trattato delega agli Stati membri l'individuazione di opportune e concrete azioni per eliminare le discriminazioni fondate sul sesso.

tra gli Stati che potrebbero trarre vantaggio dalle categorie più deboli e meno tutelate della società. Al di là dell'aspetto ideale, per cui offrire lo stesso salario a tutte e tutti le lavoratrici e i lavoratori è quantomeno doveroso, l'articolo 157 TFUE permette anche un avanzamento economico del mercato unico<sup>28</sup>.

Nonostante però gli effettivi vantaggi che deriverebbero dalla garanzia di parità retributiva tra uomini e donne, questo obiettivo ancora non è stato raggiunto. Secondo l'allora Commissaria europea per la giustizia, tutela dei consumatori e uguaglianza di genere, Věra Jourová, l'Unione Europea promuove l'uguaglianza di genere con dei risultati promettenti. D'altro canto tuttavia «le donne sono ancora soggette ad essere pagate meno rispetto agli uomini, lavorano meno, hanno salari più scarsi e sono concentrate in pochi settori meno remunerativi»<sup>29</sup>.

Non vi sono dubbi in merito ai grandi contributi dati dal diritto dell'Unione Europea in tema di parità salariale. Nei suoi vari *report*, l'istituto europeo sull'uguaglianza di genere descrive la disuguaglianza tra uomini e donne come un *trend* in costante calo<sup>30</sup> (nonostante la pandemia da COVID-19 abbia sensibilmente impattato sulle statistiche più recenti<sup>31</sup>). Tuttavia, ancora oggi la disparità salariale tra uomini e donne nel contesto unionale si attesta intorno al 14%, un numero ancora estremamente lontano rispetto a quanto richiesto dall'articolo 157 del TFUE.

Dunque ad oggi come fa fronte l'Unione Europea alla disparità retributiva? E come mai ancora la parità tra uomini e donne nel mondo del lavoro non è

---

<sup>28</sup> D. GOTTARDI, “Vuoti” e “pieni”: la retribuzione e la parità di trattamento nell'ordinamento dell'Unione europea, in *Lavoro e diritto*, 2011, XXV, 4, pp. 615 ss.

<sup>29</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Equal Payday Statement by First Vice-President Timmermans and Commissioners Thyssen and Jourová*, [www.europa.eu](http://www.europa.eu), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT\\_17\\_4241](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_17_4241), ultima consultazione 11/12/2022.

<sup>30</sup> Per maggiori informazioni, si veda il sito ufficiale dell'Istituto Europeo sulla Parità di Genere: [www.eige.europa.eu](http://www.eige.europa.eu), ultima consultazione 18/10/2022.

<sup>31</sup> D. PHILIPS, C. DUFFEL, M. FAHY, *et alia*, *Beyond the COVID-19 Pandemic for Working Cares across the European Union: Work, Policy and Gender Considerations*, in *International Journal of Care and Caring*, 2022, VI, pp. 289 ss.

stata raggiunta?

Partendo dal primo interrogativo, il più evidente contributo unionale attualmente è la considerazione della parità di genere, inclusa quella in ambito lavorativo, come una politica di *mainstreaming*<sup>32</sup>, il cui aggancio normativo si rinviene nell'articolo 8 TFUE<sup>33</sup>. La politica *mainstreaming* di genere consiste nella strategia europea recepita a livello nazionale, avviata verso metà degli anni Novanta<sup>34</sup>, che include l'integrazione di una prospettiva di genere nella preparazione, implementazione e controllo di misure legali, azioni e programmi europei<sup>35</sup>. Da una parte si prevede che le future fonti del diritto UE promuovano la parità di genere. Dall'altra, gli Stati non possono compiere azioni che violino il suddetto principio il quale, come già chiarito prima, è un principio fondante dell'Unione Europea. La considerazione della parità salariale come una politica di *mainstreaming* permette sicuramente l'adozione di misure legali come direttive in conformità con l'articolo 157 TFUE, ma anche misure non legali o documenti non vincolanti, dando la possibilità di affrontare la questione della parità retributiva in una maniera più completa e onnicomprensiva dei bisogni e delle necessità delle donne nel contesto lavorativo. Come conseguenza, la parità di genere deve essere tenuta in considerazione in tutti i livelli e per tutte le attività delle istituzioni europee.

Nonostante l'importanza della politica *mainstreaming* di genere, emerge un ostacolo giuridico di estrema rilevanza alla garanzia della parità salariale da parte del diritto unionale. Questo principio a livello internazionale ha spesso il valore

---

<sup>32</sup> A. CIANCIO, *Parità di genere e partecipazione politica nell'Unione Europea. Profili Generali*, in *Rivista di Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2016, 1, pp. 1 ss.

<sup>33</sup> Art. 8 TFUE: "Nelle sue azioni l'Unione mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne".

<sup>34</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission – Incorporating Equal Opportunities for Women and Men into All Community Policies and Activities*, Bruxelles, 21 febbraio 1996, COM(96) 67 final.

<sup>35</sup> C. BOOTH, C. BENNET, *Gender Mainstreaming in the European Union Towards a New Conception and Practice of Equal Opportunities?*, in *The European Journal of Women's Studies*, 2002, pp. 430 ss.

di diritto umano nei vari trattati<sup>36</sup>. Questo però non è il caso per il diritto unionale, considerando che l'Unione Europea al momento non ha una vera e propria autonoma competenza in tema di diritti umani<sup>37</sup>. Ciò è molto riduttivo, in quanto l'Unione Europea può controllare l'attività degli Stati sulla parità salariale riferendosi principalmente all'applicazione dell'articolo 157 del TFUE, in un'ottica di funzionamento del mercato unico e al massimo di politiche sociali nel contesto lavorativo (non considerando quindi l'art. 157 come istitutivo di un diritto umano). Sicuramente è vero che in generale gli Stati membri sono tenuti al rispetto della democrazia e dei diritti umani<sup>38</sup>, ma non essendoci una vera e propria competenza dell'Unione in tema, l'azione unionale è di fatto circoscritta, poiché non si tiene in considerazione la complessità della parità salariale come uno strumento che offre dignità alle donne lavoratrici. Si ricordi inoltre che, nonostante gli Stati membri siano tenuti al rispetto della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, questo documento ha un significato più simbolico e politico.

Spesso gli Stati contengono nelle loro costituzioni e nelle loro legislazioni articoli che promuovono la parità salariale. Per esempio, l'articolo 37 della Costituzione italiana prevede che la donna lavoratrice debba avere gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Inoltre gli Stati membri dell'Unione sono giuridicamente vincolati a rispettare i trattati sui diritti umani che hanno ratificato. Importantissima è l'adesione di

---

<sup>36</sup> Ben si intende per gli Stati che ratificano i vari trattati sui diritti umani. Si vedano per esempio le varie convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro sulle donne e l'articolo 11 della Convenzione sull'Eliminazione di ogni Forma di Discriminazione contro le Donne.

<sup>37</sup> E. MUIR, *Fundamental Rights: An Unsettling EU Competence*, in *Human Rights Review*, 2014, XV, 1, pp. 25 ss.

<sup>38</sup> Articolo 2 del Trattato sull'Unione Europea: "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini".



tutti gli Stati membri alla Convenzione Europea dei Diritti Umani<sup>39</sup>, i quali quindi potenzialmente rispondono per la violazione dell'articolo 14 della Convenzione sul divieto di discriminazione anche, per quello che ci concerne in questa sede, in ambito lavorativo. Tuttavia a livello europeo al momento ancora non esiste una vincolatività vera e propria sul rispetto dei diritti umani, se non per temi che rientrano nella competenza dell'Unione Europea.

Pertanto, resta fuori dalla competenza dell'Unione il controllo in merito all'implementazione della parità salariale intesa come un diritto umano. Anche se la normativa comunitaria ha avuto un ruolo fondamentale nella definizione dei principi in ottica di parità di genere, la mancanza di un'effettiva imposizione della regola nei singoli Stati ha avuto un impatto diverso sugli ordinamenti giuridici nazionali, che sono stati molto influenzati dal loro contesto di riferimento<sup>40</sup>.

Non bisogna dimenticare che molte materie che non appartengono alle competenze dell'Unione Europea sono state fortemente influenzate valorizzando la discriminazione indiretta. La lotta alla discriminazione indiretta è stato uno strumento utile, utilizzato anche dalla Corte di Giustizia, per tutelare le donne remunerate meno rispetto agli uomini. Tuttavia, questo meccanismo non è sufficiente a colmare il *gap* di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici all'interno dell'Unione Europea.

Un altro nodo da risolvere riguarda l'esatta e piena applicazione del principio "*equal pay for equal value of work*". Come detto precedentemente, questo principio si basa sull'individuazione di criteri oggettivi tramite cui determinare se due lavori diversi possono essere considerati di eguale valore. Tuttavia, l'individuazione di criteri oggettivi neutrali, liberi da stereotipi o pregiudizi su mansioni che sono considerati "femminili" o "maschili", è tutt'altro

---

<sup>39</sup> In verità nel trattato di Lisbona è presente l'impegno dell'Unione Europea di aderire al sistema CEDU, che sicuramente amplierebbe la tutela dei diritti umani nel contesto unionale. Tuttavia questo ancora non è avvenuto.

<sup>40</sup> A. BRUGIAVINI, *Le discriminazioni di genere nel mondo del lavoro: il differenziale salariale* (tesi di laurea magistrale), Venezia, 2017.

che semplice<sup>41</sup>. Per di più, al momento il diritto UE non richiede agli Stati membri di utilizzare un metodo specifico per misurare il valore di un lavoro rispetto ad un altro<sup>42</sup>. Pertanto, la determinazione del valore di una mansione non rientra nella giurisdizione della Corte di Giustizia e quest'ultima ha al massimo offerto indicazioni sulla base dei principi richiesti dal diritto unionale in tema di discriminazione sul lavoro.

Nella sentenza *Enderby*<sup>43</sup>, una logopedista inglese lamentava che i lavoratori nel suo settore, per maggioranza donne, venivano pagate considerevolmente meno rispetto ad altri gruppi professionali presenti nel sistema sanitario nazionale britannico, quali farmacisti o psicologi clinici, in prevalenza uomini. Nel corso del processo, la Corte di Giustizia, ha evidenziato la complessità delle strutture di remunerazione dei lavoratori, ben evidente nel caso specifico. Tuttavia, la Corte ha cercato di rientrare nei limiti della sua giurisdizione; in particolare, ha rinviato alle corti nazionali il compito di determinare il valore delle varie mansioni sulla base di criteri scelti a livello nazionale.

3. *Conclusioni e potenziali soluzioni.* – Nonostante la mancata competenza dell'Unione Europea in tema di diritti umani e nonostante gli ostacoli ad un

---

<sup>41</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *World Employment Social Outlook, Trends for Women*, Ginevra, 2017.

<sup>42</sup> J. TUDOR, *Closing the Gender Pay Gap in The European Union: The Equal Pay Guarantee Across the Member States*, in *North Dakota Law Review*, 2017, pp. 415 ss.

<sup>43</sup> CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sent. 27 ottobre 1993, *Enderby v. Frenchay Health Authority*, causa C-127/92, 1993. Una vicenda simile è il caso *JämO*, riguardante una comparazione di remunerazione tra le ostetriche e i tecnici clinici negli ospedali pubblici in Finlandia, la Corte ha rilevato l'accettazione da parte del governo finlandese della parità di valore del lavoro. Tuttavia, le ore di lavoro straordinario delle ostetriche venivano pagate sensibilmente meno rispetto ai tecnici clinici, con la giustificazione che le ostetriche, per la natura del loro lavoro, si trovano spesso a lavorare oltre il loro orario di lavoro prestabilito, mentre i tecnici clinici no. Nella sentenza, la Corte di Giustizia ha offerto alcune indicazioni su una corretta individuazione di parametri che identificano il valore di un lavoro, ma ha più che altro sottolineato la necessità che le corti nazionali provvedano ad una revisione degli schemi di remunerazione dei lavoratori e delle lavoratrici (CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sent. 30 marzo 2000, *Jämställthetsombudsmannen and Örebro läns Landsting*, causa C-236/98, 2000).

equo trattamento di donne e uomini, ciò non ha negato attività e discussioni nei vari organi dell'Unione Europea che hanno portato all'adozione di vari documenti di *soft law*, agende e strategie d'azione a promozione dei diritti umani stessi e, in particolare, della parità salariale tra uomini e donne. Negli ultimi venti anni la Commissione Europea e il Parlamento Europeo hanno individuato almeno quattro fattori che contribuiscono al divario retributivo tra uomini e donne: la discriminazione diretta e indiretta delle donne; la difficoltà di ottenimento di compensazione per le donne che hanno subito un'ingiustizia; la difficoltà per le donne che hanno responsabilità familiari di conciliare i loro doveri domestici con il lavoro senza aiuti o sostegni; la mancanza di trasparenza salariale da parte dei datori di lavoro<sup>44</sup>.

Nel 2017 il Comitato Economico e Sociale Europeo ha adottato all'interno di un parere un Piano d'Azione dell'UE per il 2017-2019 (reiterato anche successivamente) per affrontare il problema del divario retributivo di genere<sup>45</sup>. All'interno del parere il Comitato ha invitato gli Stati membri ad indagare autonomamente sui fattori e sulle premesse del divario retributivo, individuando otto assi d'azione principali<sup>46</sup> che prevedono previamente la volontà politica degli Stati di interloquire con operatori a livello europeo, nazionale e internazionale al fine di garantire un'equità di trattamento tra uomini e donne nel mondo del lavoro.

Nell'ultimo periodo le istituzioni europee si sono concentrate sull'aumento della trasparenza dei dati sul trattamento tra uomini e donne nel mondo del

---

<sup>44</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document – 2022 Report on Gender Equality in the EU*, Bruxelles, 8 marzo 2022, SWD (2022) 54 final.

<sup>45</sup> COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Piano d'azione dell'UE per il 2017-2019: affrontare il problema del divario retributivo di genere*, Bruxelles, 13 dicembre 2017, COM (2017) 678 final.

<sup>46</sup> Gli assi di azione sono: migliorare l'applicazione del principio della parità retributiva; lottare contro la segregazione occupazionale e settoriale (segregazione orizzontale); rompere il "soffitto di cristallo": la segregazione verticale; ridurre l'effetto penalizzante delle cure familiari; valorizzare maggiormente le competenze, l'impegno e le responsabilità delle donne; dissolvere la nebbia: portare alla luce disuguaglianze e stereotipi; avvertire e fornire informazioni sul divario retributivo di genere; rafforzare i partenariati per lottare contro il divario retributivo di genere.

lavoro. Riprendendo per esempio la non possibilità attuale a livello unionale di imporre criteri di determinazione del valore di un lavoro per poter applicare il principio “*equal pay for equal value of work*”, ciò su cui il diritto UE può puntare è la trasparenza di trattamento dei lavoratori e delle lavoratrici. Recentemente, la Commissione Europea ha adottato un’agenda 2020-2025 sulla parità di genere<sup>47</sup>, all’interno della quale la Commissione ha promesso l’adozione di misure vincolanti sulla trasparenza salariale. Ad aprile 2022 il Parlamento Europeo<sup>48</sup> ha approvato la proposta della Commissione<sup>49</sup> di una Direttiva sulla trasparenza salariale, in maniera da fronteggiare una delle varie cause individuate a livello europeo del divario retributivo. La Direttiva propone di abolire il divieto per i datori di lavoro con almeno cinquanta dipendenti di poter divulgare informazioni sulla loro retribuzione. Se le informazioni rivelano un divario retributivo pari o superiore al 2,5% i datori di lavoro devono giustificare la disparità di trattamento e, se opportuno, elaborare un piano d’azione per garantire la parità in cooperazione con i rappresentanti dei lavoratori. Inoltre la Direttiva sposta l’onere della prova sulle questioni legate alla retribuzione sul datore di lavoro. Sicuramente queste sono azioni che potrebbero efficacemente favorire i diritti delle donne in ambito lavorativo e porre pressione sulle corti nazionali ma anche sui lavoratori affinché possano determinare in maniera più giusta una corretta retribuzione per eguale valore di lavoro.

In conclusione, nonostante ingenti passi siano stati presi a favore della parità salariale tra uomini e donne e nonostante le basi giuridiche per garantire

---

<sup>47</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni - Un’Unione dell’uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025*, Bruxelles, 5 marzo 2020, COM (2020) 152 final.

<sup>48</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Progetto di risoluzione legislativa del Parlamento sulla direttiva*, [www.europa.eu](https://www.europa.eu), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-g-2022-0056\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-g-2022-0056_IT.html), ultima consultazione 18/10/2022.

<sup>49</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio volta a rafforzare l’applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza delle retribuzioni e meccanismi esecutivi*, Bruxelles, 4 marzo 2021, COM (2021) 93 final.

ciò ci siano, ancora l'eguaglianza retributiva nell'Unione Europea è un traguardo lontano. L'Unione Europea si colloca in una posizione migliore rispetto alla media globale sulla disparità retributiva, la quale si aggira intorno al 20% circa. Tuttavia il contesto europeo ha strumenti giuridici più efficaci rispetto sicuramente a buona parte del cosiddetto “*Global South*”. Inoltre gli ordinamenti europei sono per lo più democratici quindi sono in una posizione di vantaggio rispetto a contesti dittatoriali o di conflitto armato in cui è difficile l'ottenimento di giustizia o l'adozione di leggi o misure legali a favore delle donne.

Qualora in futuro venisse affidata la competenza all'Unione Europea in tema di diritti umani<sup>50</sup>, ci sarebbe sicuramente una spinta in avanti e una più pregnante applicazione della parità salariale tra uomini e donne. Per il momento l'adozione della Direttiva in tema di trasparenza salariale e l'introduzione di meccanismi di ottenimento di compensazione e giustizia veloci ed efficienti per le donne che subiscono una disparità retributiva sarebbero già due misure che contribuirebbero a chiudere il margine di differenza salariale tra uomini e donne. Infine, un controllo più forte dell'applicazione delle già esistenti direttive dovrebbe essere implementato, al fine di evitare che le normative restino solo carte o poco più, un rischio che, purtroppo, in ambito di politiche sociali e diritti umani si corre troppo spesso.

Considerando che le donne costituiscono la metà della popolazione europea, promuovere la loro remunerazione equa in campo lavorativo permetterebbe sicuramente il progredimento di tutta la società. Spesso le donne sono costrette a dover scegliere tra una paga minore, un lavoro *part-time* o una relegazione a incarichi minori in azienda da una parte, e la gestione delle mansioni familiari dall'altra. Il tutto senza un supporto o un aiuto esterno. Come conseguenza si hanno meno donne in figure apicali e questo si ripercuote anche nella loro minore rappresentanza nei processi decisionali, all'interno dei quali

---

<sup>50</sup> La tutela dei diritti fondamentali e umani nell'Unione Europea fuoriesce dallo scopo di questo articolo. Tuttavia, per maggiori informazioni sul tema si veda: E. MALFATTI, *I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2018.

potrebbero avanzare le loro richieste e chiedere conto per le mancate misure in tema di parità retributiva. La scarsa partecipazione delle donne nei tavoli decisionali crea poi un circolo vizioso per cui meno donne riescono a rappresentare le loro necessità ai “piani alti” e di conseguenza l’implementazione di norme a loro favore viene meno. Ci dovrebbe quindi essere a monte un maggiore interesse nell’offrire misure legali che permettano alle donne di esprimersi nel massimo delle loro capacità, con risultati economici uguali rispetto ai loro colleghi uomini, per il bene individuale delle donne e il bene comune di tutta la società.

## LA DISCIPLINA SULL'ABORTO NEI PAESI DEL BLOCCO BRICS IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA

VITTORIA COSTANZA ALESSANDRA LOFFI\*

*L'obiettivo di questo elaborato è quello di fornire un'analisi sociale e giuridica delle discipline sulle interruzioni di gravidanza, sottolineando il ruolo giocato dai fenomeni storici del colonialismo e della determinazione per via rivoluzionaria di una forma di Stato socialista nel definire la posizione della donna all'interno della società. Tramite l'ottica del diritto comparato si vuole evidenziare la correlazione tra la forma di Stato dei paesi del blocco BRICS, la loro concezione di diritti riproduttivi e il ruolo dei movimenti femminili e femministi all'interno di ogni ordine sociale nell'aver imposto all'agenda politica del proprio paese il tema dei diritti riproduttivi. La nozione di forma di Stato attiene al rapporto tra libertà e autorità, pertanto vi risulta inclusa anche la peculiare relazione tra autorità e diritti riproduttivi. È per questo fondamentale sottolineare il ruolo dei movimenti femministi nella determinazione delle forme di Stato e nella conseguente delineazione dei propri diritti produttivi.*

*The scope of this paper is to provide a social and legal analysis of abortion laws, emphasising the role played by the historical phenomena of colonialism and the determination by revolutionary means of a socialist form of State in defining the position of women within societies. Through the perspective of comparative law, the aim is to highlight the correlation between the form of state of the BRICS bloc countries, their conception of reproductive rights, and the role of women's and feminist movements within each social order in placing the issue of reproductive rights on the political agenda of their countries. The notion of the state form relates to the relationship between freedom and authority, so the peculiar relationship between authority and reproductive rights is also included. It is therefore crucial to emphasise the role of feminist movements in determining the forms of state and the consequent delineation of reproductive rights.*

SOMMARIO: 1. Forme di Stato e movimenti femministi. – 1.1. Brasile. – 1.2. India. – 1.3. Sudafrica. – 1.4. Russia. – 1.5. Cina. – 2. La disciplina sull'aborto nei paesi BRICS. – 2.1. Brasile. – 2.2. India. –

\* Studentessa di International Studies presso l'Università degli Studi Roma Tre.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2022 V.C.A. Loffi. This is an open access article, double blind-peer reviewed, published by Firenze University press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/lanuovagiuridica>

2.3. Sudafrica. - 2.4. Russia. - 2.5. Cina. - 3. La disciplina sull'aborto nei paesi BRICS in prospettiva comparata. - 3.1. India e Sudafrica. - 3.2. Brasile. - 3.3. Russia e Cina. - 4. conclusioni.

1. *Forme di Stato e movimenti femministi*. - Lo studio muove da un'analisi comparata delle diverse norme disciplinanti l'aborto che sono state varate e adottate all'interno dei paesi del blocco BRICS, dal XIX secolo a oggi. Il concetto di BRICS viene utilizzato principalmente in economia internazionale per individuare un gruppo di cinque paesi (Brasile, Russia, India, Cina, Sudafrica) accomunati da alcune caratteristiche: «la condizione di economie in via di sviluppo, una popolazione numerosa, un vasto territorio, abbondanti risorse naturali strategiche e sono stati caratterizzati, nell'ultimo decennio, da una forte crescita del PIL e della quota nel commercio mondiale»<sup>1</sup>. L'acronimo viene creato nel 2001 ed è contenuto in un documento intitolato *"Building better economy BRICs"* redatto dall'analista di Goldman Sachs Jim O'Neill. Gli Stati su cui si pone l'attenzione non sono, tuttavia, accomunati solo da simili situazioni economico-finanziarie, ma anche da condivise esperienze storico-sociali che hanno portato alla maturazione di altrettanto analoghi approcci giuridici ad una disciplina come quella relativa alle interruzioni volontarie di gravidanza. L'obiettivo di questo elaborato è quello di fornire un'analisi sociale e giuridica adeguata delle discipline sulle interruzioni volontarie di gravidanza, mettendo in evidenza il ruolo giocato dal fenomeno storico del colonialismo (o dalla determinazione per via rivoluzionaria di una forma di Stato Socialista) nel definire la posizione della donna all'interno della società e i diritti di cui può o non può godere. Verrà contestualmente analizzato il ruolo dei gruppi femminili e femministi nella formazione dei movimenti d'indipendenza o rivoluzionari nati all'interno di ciascun paese del blocco, contribuendo, quindi, alla delineazione della forma di Stato dei paesi del blocco BRICS. Ai fini dell'elaborato è importante sottolineare come la nozione di forma di Stato attenga

---

<sup>1</sup> Parlamento italiano, *Temi dell'attività Parlamentare - BRICS*, accessibile su <https://legi6.camera.it/465?area=2&tema=760&BRICS+%28Brasile%2C+Russia%2C+India%2C+Ci%20na+e+Sudafrica%29>, consultato il 02.12.2022.



principalmente al rapporto tra libertà e autorità, pertanto, comprende anche la peculiare e specifica relazione tra autorità e diritti riproduttivi - ambito di libertà dei cittadini e delle cittadine di un paese. È per questo fondamentale concentrarsi sul ruolo dei movimenti femminili e femministi nell'aver imposto all'agenda politica del proprio paese il tema dei diritti riproduttivi, incidendo dunque sul rapporto precedentemente illustrato tra libertà e autorità.

Nel numero 27 del 1995 della rivista *"Agenda: Empowering Women for Gender Equity"*, i diritti riproduttivi venivano descritti dall'autrice Asha Moodley come: «la capacità delle donne di controllare cosa succede al proprio corpo»<sup>2</sup>. I diritti riproduttivi si configurano come parte integrante del concetto di 'diritti umani' che comprendono, soprattutto per le donne, il diritto di avere il controllo sulle questioni relative alla propria sessualità, compresa la salute sessuale e riproduttiva, e di decidere liberamente e responsabilmente in merito, senza coercizione, discriminazione e violenza. Ne fanno dunque parte i movimenti per il diritto all'aborto; le libertà dalla sterilizzazione e contraccezione forzate; il diritto a ricevere un'educazione sulle malattie sessualmente trasmissibili e su altri aspetti della sessualità; il diritto alla salute mestruale e la protezione da pratiche come le mutilazioni genitali femminili (MGF).

1.1. *Brasile*. - Nel corso del XIX secolo il Brasile ha dovuto fronteggiare un'elevata mortalità materna e infantile, spingendo la società a organizzarsi per mantenere più alti tassi di natalità. Ciò ha contribuito a generare nella società brasiliana una chiara divisione del lavoro in base al genere, con le donne occupate in attività private, domestiche e familiari e uomini in attività pubbliche, extra-domestiche e produttive<sup>3</sup>. Questa condizione non ha, tuttavia, fermato le donne dal prendere parte alle rivendicazioni per l'indipendenza brasiliana: la partecipazione di figure femminili ai movimenti di indipendenza del Brasile è

---

<sup>2</sup> A. MOODLEY, *Defining reproductive rights*, in *Agenda: Empowering Women for Gender Equity*, 27, 1995, pp. 8-14.

<sup>3</sup> C.C. GARCIA, *Breve História do feminismo*, São Paulo, 2011, p. 3.

stata, infatti, ampia. Ne è prova il ruolo di Hipólita Jacinta Teixeira de Mello, figura cruciale del *movimento independentista Inconfidência Mineira* e quello di Barbara Alencar che, per aver preso parte alla rivoluzione del 1817, divenne la prima prigioniera politica della storia del Brasile<sup>4</sup>. Nel 1823 il medico e politico Cipriano Barata pubblicò nel settimanale *Sentinela da liberdade*<sup>5</sup> un manifesto firmato da 120 donne di Paraíba che esprimeva solidarietà con il movimento per l'indipendenza.

Nel manifesto si dichiarava: «Noi, metà della società umana, desideriamo riprenderci i diritti che sono stati usurpati e spezzare i vergognosi ferri della vile schiavitù in cui poniamo (...) di diritto siamo entrati nella condivisione e gloria del Brasile»<sup>6</sup>. Il coinvolgimento di gruppi femminili e femministi nelle lotte per l'indipendenza brasiliana confluì in una crescente politicizzazione delle donne: il loro apporto rivoluzionario portò presto non solo all'avvio della decolonizzazione, ma anche ad una sempre maggiore spinta per stimolare il dibattito sul tema della salute sessuale e riproduttiva da parte del nuovo Stato brasiliano.

Negli anni Sessanta del Novecento le donne hanno, infatti, iniziato ad occuparsi della elaborazione teorica riguardante i diritti riproduttivi e sessuali<sup>7</sup>. Sebbene le condizioni politiche restrittive imposte dalla dittatura militare durante il cd. miracolo brasiliano<sup>8</sup> di quegli anni abbiano inibito l'azione congiunta e pubblica delle donne, il movimento femminista ha proseguito la propria attività individuando la lotta per il diritto all'aborto come il tramite che avrebbe garantito l'affermarsi della libertà individuale delle donne oltre che la loro autonomia personale. L'aborto iniziò ad essere percepito come una questione legata alla salute individuale a partire dagli anni Settanta con la ricerca

---

<sup>4</sup> Ivi, pp. 4-5.

<sup>5</sup> C. BARATA, *Na Sentinela da Liberdade*, Rio de Janeiro, 2001, p. 4.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Ivi, p. 16.

<sup>8</sup> Periodo attorno al 1970 di massima popolarità del regime dittatoriale brasiliano, legato anche allo sviluppo economico.

dell'avvocata Maria Lucia Milanesi che sottolineò le conseguenze negative degli aborti illegali, oltre che il loro peso economico sul sistema sanitario. Secondo Milanesi, le interruzioni volontarie di gravidanza portate avanti illegalmente erano l'unica forma di *family planning* disponibile alle donne povere; in questo senso, la criminalizzazione dell'aborto sancita dal Codice Penale del 1940 era un modo per perpetuare l'ineguaglianza sociale fra i sessi.<sup>9</sup> Il movimento femminista ebbe, però, notevoli difficoltà nel promuovere le sue posizioni sulla sessualità e sui diritti riproduttivi: ad esempio, per molto tempo il *Centro da Mulher Brasileira*, una organizzazione responsabile della traduzione degli obiettivi femministi in azioni collettive, non espresse pubblicamente la sua posizione sull'aborto temendo di perdere la sua alleanza con la Chiesa Cattolica<sup>10</sup>.

Con la caduta del regime militare ed il processo di nuova democratizzazione, anche la lotta per i diritti riproduttivi trovò nuovo slancio. Ad alimentare il dibattito furono i molteplici casi in cui i medici si rifiutarono di praticare interruzioni di gravidanza in seguito ad uno stupro, nonostante gli artt. 124-128 del Codice penale brasiliano del 1940 già prevedessero come uniche eventualità di aborto legalmente concesso i casi di gravidanza rischiosa per la sopravvivenza della donna oppure di violenza sessuale.

Ad oggi, benché dagli anni Ottanta la discussione fra *no-choice* e *pro-choice* non si sia mai esaurita, la legge vigente rimane quella del 1940, che rende sostanzialmente illegale l'interruzione volontaria di gravidanza, se non nei casi appena menzionati.

1.2. *India*. - Nella società indiana del XIX secolo le donne venivano educate e considerate diversamente rispetto agli uomini<sup>11</sup>. Tuttavia, a partire dalla fine del

---

<sup>9</sup> L. DE ANDRADE LINHARES, *Legalização e descriminalização: 10 anos de luta feminista*, *Estudos Feministas*, Florianópolis, 1992, pp. 104-130.

<sup>10</sup> GARCIA, *Breve História do feminismo*, cit., p. 23.

<sup>11</sup> R. KUMAR, *The history of doing. An illustrated account of Movements for women's rights and feminism in India. 1800-1990*, London - New York, 1993, pp. 32-33.

XIX secolo e per tutto il XX secolo, in India la questione della donna<sup>12</sup> fu oggetto di dibattito e parte integrante dell'agenda dei movimenti nazionalisti e anticolonialisti: la differente esperienza della maternità rispetto alla paternità divenne un tema fondamentale per i primordiali movimenti femministi indiani, strutturatisi già a partire dagli anni venti del Novecento in organizzazioni di quali la *All India Women's Conference*, alleata all'*Indian National Congress* e parte integrante dei movimenti anticoloniali guidati da Mahatma Gandhi. La visione del rapporto tra i sessi maturata da Gandhi non era del tutto accettata dalle femministe, in quanto il *leader* del movimento anticoloniale indiano riteneva vi fosse una netta separazione fra uomo e donna - negata dalle attiviste che preferivano assumere sul tema una posizione ambivalente: da un lato, le donne rivendicavano totale uguaglianza rispetto agli uomini relativamente al diritto di voto, istruzione, proprietà; dall'altro, lottavano per il riconoscimento di una differenza "riproduttiva" reclamando la loro unicità di madri<sup>13</sup>. Ciononostante, la femminilizzazione della politica voluta da Gandhi ha portato a ritenerlo, oltre che il padre della nazione indiana, anche dei movimenti femminili del paese, diventati elemento complementare del nazionalismo anticoloniale, con il coinvolgimento di svariate donne nelle disobbedienze civili degli anni Trenta. Sempre nel periodo precedente l'indipendenza, iniziarono a proliferare anche organizzazioni di donne riconducibili all'ala sinistra del panorama politico come *Mahila Atmaraksha Samiti*<sup>14</sup>, che si concentrarono più su tematiche legate al mondo del lavoro, subordinando le questioni di genere ai problemi della classe operaia e delle masse lavoratrici.

Successivamente all'indipendenza, a fronte dell'assenza del collante rappresentato dalla lotta anticoloniale<sup>15</sup>, il femminismo si presentò come

---

<sup>12</sup> Il termine "*Woman's question*" fa riferimento sia al dibattito intellettuale sviluppatosi dal XV al XVIII secolo sia alle campagne femministe per il cambiamento sociale concentrate nel XVIII secolo.

<sup>13</sup> KUMAR, *The history of doing*, cit., pp. 34.

<sup>14</sup> Ivi, p. 2.

<sup>15</sup> KUMAR, *The history of doing*, cit., p. 97.

radicalmente differente. Il presupposto da cui i nuovi gruppi femministi degli anni Settanta e ottanta mossero la loro elaborazione teorica fu il riconoscimento della permanenza di una netta predominanza degli uomini sulle donne: il gruppo conosciuto come *Mahila Samta Sainik Dal (League of Women Soldiers for Equality)* sottolineò, in particolare, come l'oppressione femminile derivasse dal sistema riproduttivo delle donne<sup>16</sup>. Sarà grazie alle teorie e agli insegnamenti di gruppi come l'MSSD che i vari movimenti femministi indiani iniziarono a mettere in discussione le leggi penali e civili indiane che regolamentavano la sessualità della donna come subordinata a quella dell'uomo finendo per chiuderla in un paradigma eterosessuale e matrimoniale. La messa in discussione dei diritti riproduttivi come sintomo di libertà individuale e di capacità di autonomia personale femminile inizia ad essere recepita dal governo indiano a partire dal 1966 che crea, sotto la pressione dei gruppi femminili indiani, la *Shah Committee*<sup>17</sup> con lo scopo di valutare una legalizzazione dell'aborto a fronte dei numerosi decessi per interruzioni di gravidanza clandestine. Il *Medical Termination of Pregnancy Act* veniva approvato nel 1971<sup>18</sup>, legalizzando l'aborto in tutta l'India ad eccezione dello stato del Jammu e Kashmir. L'aborto poteva essere liberamente praticato fino alla ventesima settimana, richiedendo l'approvazione consecutiva di due medici una volta superate le 12 settimane.

Negli ultimi decenni, nonostante l'aborto sia stato legalizzato molte donne hanno continuato, tuttavia, a ricorrervi clandestinamente a causa delle complesse e restrittive procedure mediche previste dalle normative. Ciò ha determinato un forte movimento d'opinione che ha portato alle importanti riforme legislative degli ultimi anni.

---

<sup>16</sup> Ivi, p.106.

<sup>17</sup> Government of India, *Report of the Shah Committee to study the question of legalization of abortion*, New Delhi: Ministry of Health and Family Planning, 1966.

<sup>18</sup> S. PHADKE, *Pro-choice or population control: a study of the Medical Termination Act, Government of India 1971*, 1998, accessibile su [https://www.academia.edu/270056/Pro-Choice\\_or\\_Population\\_Control\\_A\\_Study\\_of\\_the\\_Medical\\_Termination\\_of\\_Pregnancy\\_Act\\_Government\\_of\\_India\\_1971](https://www.academia.edu/270056/Pro-Choice_or_Population_Control_A_Study_of_the_Medical_Termination_of_Pregnancy_Act_Government_of_India_1971), consultato il 02.12.2022.

1.3. *Sudafrica*. - Il femminismo sudafricano ha radici più recenti rispetto alle rivendicazioni sulla parità di genere portate avanti dalle donne degli altri paesi BRICS. Una delle principali sfide del femminismo sudafricano è stata quella di liberarsi di stereotipi e pratiche razziali. Le donne oggetto di *Apartheid* parteciparono attivamente alla lotta per la liberazione nazionale contribuendo militarmente e politicamente, offrendosi come volontarie sul campo per azioni sovversive che permisero al movimento popolare di ottenere libertà per il proprio paese<sup>19</sup>. Nel 1959 troviamo uno dei momenti di protesta più importanti, organizzato contro le autorità bantu. Cato Manor, vicino a Durban divenne il fulcro dell'opposizione alle operazioni comunali contro i sistemi illegali di distilleria di alcool. La produzione di birra era stata un'importante fonte di reddito per le donne africane: nel giugno 1959, infatti, duemila donne marciarono per esprimere le proprie rimostranze, altre entrarono in varie birrerie comunali (unico luogo dove, per legge, gli uomini africani potevano bere) e distrussero i fusti di birra. Organizzarono un boicottaggio della birra che portò a rivolte su larga scala in tutto il Natal. Nel corso di quell'anno più di 20.000 donne protestarono e almeno mille furono condannate in tribunale<sup>20</sup>. Un ulteriore evento storicamente rilevante per la storia delle donne sudafricane riguarda i *pass*, i lasciapassare – i passaporti interni sintomo della segregazione razziale<sup>21</sup>. Il governo cercò di convincere le donne a portare con sé i pass già nel 1913, ma incontrò una resistenza tale da abbandonare ogni tentativo fino alla salita al potere nel 1948 del *National Party*. Quando nel 1952 venne promulgato il *Native Abolition of passes and co-ordination of documents Act*, ossia la legge sull'abolizione dei lasciapassare e sul coordinamento dei documenti, un elevato numero di donne ne approfittò per trasferirsi nelle aree urbane così da cercare

---

<sup>19</sup> M. STEIN, *A New agenda: reconstructing feminism in South Africa*, in *Women 's Studies International Forum*, 1998, p. 42.

<sup>20</sup> *The role of women in the struggle against Apartheid*, in *South African History Online*, 1980, reperibile al link <https://www.sahistory.org.za/archive/role-women-struggle-against-apartheid-15-july-1980>, consultato il 02.12.2022.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

lavoro<sup>22</sup>. Per il partito nazionale questa migrazione interna andava a costituire una forza lavoro urbana permanente e, quindi, una minaccia alla struttura stessa di segregazione razziale che aspiravano a realizzare. Non appena fu annunciato l'obbligo restaurato di portare con sé i lasciapassare, le donne organizzarono imponenti manifestazioni: le donne bianche del movimento *Black Sash* inscenarono una protesta statica indossando la fascia nera (appunto, la *black sash*) del lutto per simboleggiare la morte della Costituzione; a Pretoria, invece, si radunarono 2.000 donne africane. Quando, nello stato Libero di Orange, i lasciapassare vennero rilasciati per la prima volta nel marzo 1956, molte donne furono arrestate per aver bruciato i propri. Il 9 agosto 1956, più di 20.000 donne si recarono negli edifici dell'Unione a Pretoria per incontrare il Primo Ministro.

Quando egli si rifiutò, nel suo ufficio furono depositate petizioni con più di 100.000 firme<sup>23</sup>. L'indiscutibile apporto femminile alla causa *anti-Apartheid* non solo contribuì alla definizione del nuovo Stato sudafricano, ma si trasformò presto in rivendicazioni strettamente connesse all'esercizio della propria piena cittadinanza.

Il rilascio di Nelson Mandela dal carcere l'11 febbraio 1990 - data che segna la fine dell'*Apartheid* - è coinciso con l'inizio delle lotte contro le violenze, l'intolleranza e la minaccia di una soppressione politica e sociale dovuta in gran parte al tradizionalismo patriarcale. Le donne che avevano contribuito alla liberazione nazionale, infatti, nel periodo di transizione verso le elezioni democratiche, non mancarono di inserire le questioni relative al loro ruolo all'interno della società nel dibattito che stava sempre più prendendo corpo<sup>24</sup>.

Negli anni post-*Apartheid* si creò uno spazio per la discussione riguardante i diritti riproduttivi delle donne sudafricane. Organizzazioni come la Federazione delle Donne Sudafricane o la Coalizione Nazionale delle Donne sfruttarono il dibattito degli anni Novanta per trattare il tema della libera scelta riproduttiva.

---

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> STEIN, *A New agenda: reconstructing feminism in South Africa*, cit., p. 44.

Fin dall'epoca coloniale l'aborto era stato permesso limitatamente alla necessità di salvare la vita della madre<sup>25</sup>.

All'epoca dell'*Apartheid*, le narrazioni dominanti relative al tema dell'aborto combinavano la censura morale con le esigenze di ordine sanitario: il governo si opponeva con forza all'aborto su richiesta, alle nascite illegittime e alle gravidanze extraconiugali proponendo formulazioni di legge che, muovendo dal rispetto della vita del nascituro, prevedessero misure repressive contro le donne che ricorrevano ad una interruzione di gravidanza contro la legge<sup>26</sup>. In un periodo in cui le femministe in molti paesi manifestavano per ottenere la liberalizzazione delle leggi sull'aborto in virtù del proprio diritto a scegliere e autodeterminarsi, le voci liberali e femministe sudafricane erano più propense a interpretare l'accesso all'aborto come tema relativo alla salute pubblica, più che alla libera scelta. L'aborto veniva considerato possibile e legale, infatti, in mancanza di scelta – non in sua presenza: sia nel sesso che aveva preceduto la gravidanza (quindi nei casi di stupro e incesto), sia nelle conseguenze sanitarie di tale gravidanza (così gravi da minacciare la vita della madre).

Tra il 1990 e il 1993, con l'avvio dei negoziati per una Costituzione democratica, ha avuto luogo un'inversione nella narrazione circostante il tema dei diritti riproduttivi: il clima favorevole creatosi grazie all'attivismo di politiche, accademiche e giuriste ha permesso di includere nell'agenda per l'emancipazione delle donne anche diritti riproduttivi meno stringenti e vincolanti e più liberali. Infatti, l'affermarsi delle questioni di genere ha aperto la strada per una riforma della legge sull'aborto che tenesse conto della libertà della donna.

Le argomentazioni “pro-vita” contrarie a tale cambiamento, il cui volto in quella fase era prevalentemente bianco, maschile e radicato nella Chiesa Cattolica, si scontrarono con una forte resistenza incarnata dal cambiamento

---

<sup>25</sup> C. ALBERTYN, *Claiming and defending abortion rights in South Africa*, in *Revista Direito GV*, 2015, reperibile al link [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322015000200429](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200429), consultato il 02.12.2022.

<sup>26</sup> *Ibidem*.



costituzionale e dagli emergenti diritti delle donne. Tuttavia, è importante sottolineare come le argomentazioni puramente femministe fossero minoritarie rispetto all'opinione maturata nella società civile anche femminile: in un'indagine nazionale del 1994, più di due terzi (68%) risultavano contrari all'accesso all'aborto legale, mentre un'indagine del 1995 ha rilevato che poco meno della metà (45%) appoggiava la legge esistente, e solo una su cinque (21%) sosteneva la scelta delle donne<sup>27</sup>. Per riuscire ad ottenere la legge del 1996, conosciuta come *Choice on Termination of Pregnancy Act*, le sostenitrici del diritto all'aborto si sono appellate ai concetti di uguaglianza e libertà come imperativi costituzionali per ottenere un vero cambiamento, mentre medici e personale sanitario favorevole ad una regolamentazione hanno lavorato per creare una narrazione di salute pubblica sugli aborti clandestini e sulla mortalità materna così da fornire una giustificazione politica per la riforma della legge. Attraverso l'azione combinata delle organizzazioni della società civile e quelle ostinatamente femministe, la Costituzione finale del 1996 ha incluso una garanzia del "diritto all'integrità fisica e psicologica" comprensiva del "diritto di prendere decisioni riguardanti la riproduzione" e la "sicurezza ed il controllo del corpo" nella sezione 12, oltre che il diritto di accesso ai servizi di assistenza sanitaria in ambito riproduttivo nella sezione 27<sup>28</sup>. Il *Choice on Termination of Pregnancy Act* andava ad inserirsi in questo quadro costituzionale positivo, diventando la prima legge sulle donne ad essere approvata dal nuovo parlamento sudafricano<sup>29</sup> e permettendo alle stesse di abortire entro la dodicesima settimana.

1.4. *Russia*. - Uno degli aspetti del femminismo russo è che può essere interpretato sia come parte del panorama novecentesco del femminismo europeo, sia sotto la luce del comunismo e della forma di Stato russa nelle sue diverse configurazioni. Cristina Carpinelli, autrice di numerosi studi sull'Unione

---

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

Sovietica<sup>30</sup>, ha più volte ripreso il sociologo Pitirim Sorokin, meritevole di aver messo in luce in un proprio scritto del 1930 come il movimento rivoluzionario del 1917 mosse i suoi primi passi il 23 febbraio di quell'anno con lo sciopero delle operaie tessili a Pietrogrado. Sorokin sottolinea come la Rivoluzione russa fu iniziata da donne e bambini che chiedevano pane e aringhe<sup>31</sup>. L'importante apporto delle donne alla rivoluzione russa non ottenne il giusto riconoscimento negli ambienti comunisti: l'autrice Rosanna Avogadro, presentando l'opera di Carpinelli, mette infatti in luce come il programma comunista, che aveva paventato la liberazione delle donne dall'oppressione e dal peso del lavoro domestico come sintomo di liberazione dell'umanità tutta, non aveva realmente a cuore gli ideali femministi, subordinati alla fondamentale visione marxista della lotta di classe e della costruzione del socialismo. Carpinelli ricorre anche alla figura della direttrice del Centro per gli Studi di Genere di Mosca, Olga Voronina, per risalire alle profonde difficoltà - testimoniate da Voronina - di essere donna in una società (quella sovietica) che ha mancato di affrontare la tematica femminile nell'ottica giusta:

«il problema grave è che nessuno, uomo o donna, ha riflettuto che con la rivoluzione dovevano cambiare anche i rapporti interpersonali, si doveva andare ad una nuova idea di essi, e prima di tutto dei rapporti tra uomo e donna, in una società che passava da una vera e propria forma di schiavitù all'indipendenza. Negli anni immediatamente seguenti alla rivoluzione gli uomini si sono sentiti liberi, ma nessuno si è mai chiesto che cosa occorreva cambiare perché una donna si sentisse davvero autonoma, liberata. Questo problema è stato eluso. La donna era stata parificata all'uomo nel lavoro, ma insisto, soltanto in esso. Sicché a lei, cui era rimasto intatto il peso del lavoro domestico, reso faticosissimo dal disastro degli approvvigionamenti, dalle code infinite e dal non funzionamento o mancanza delle strutture sociali, è piombato sulle spalle un altro lavoro che era

---

<sup>30</sup> C. CARPINELLI, *Donne e famiglia nella Russia Sovietica. Caduta di un mito bolscevico*, Milano, 1998, p. 7.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

un diritto, ma anche un obbligo sociale»<sup>32</sup>.

La questione familiare e relativa alla libertà sessuale venne debolmente trattata dai quadri del Partito Comunista: il tema dell'emancipazione sessuale trovò, al contrario, ampio spazio di dibattito e approfondimento all'interno dei gruppi femministi esterni al partito, minoritari però in URSS. La cultura sessuale russa verrà fatta derivare principalmente dal lavoro della rivoluzionaria russa e dirigente comunista Alexandra Kollontai<sup>33</sup>, autrice di "Donna lavoratrice e madre" e "Società e maternità", la quale elaborò delle richieste che avrebbero rappresentato il futuro stesso del programma di *welfare* per la maternità in Unione Sovietica: l'approccio comunista all'aborto; un congedo di 16 settimane totalmente pagato; cliniche gratuite; strutture di cura per accudire i figli nonostante l'attività lavorativa.

Il disinteresse del Partito Comunista per il dibattito relativo alla libertà sessuale femminile ha portato i vertici dello stato socialista ad affrontare la questione del libero accesso all'aborto come una discussione puramente economica. Il preambolo del Decreto - che nel 1920 avrebbe, infatti, introdotto nel sistema sovietico una prima forma di liberalizzazione dell'aborto - precisava che lo Stato Socialista avrebbe fatto di tutto per estinguere le cause socio-economiche che portavano all'aborto<sup>34</sup>. L'URSS non parla quindi di diritti riproduttivi, ma di "diritti economici", grazie all'analisi maturata dalla stessa Kollontai, la quale ormai commissaria al Ministero del *Welfare* sociale e direttrice dello *Zhenotdel* (la sezione femminile del Partito Comunista), nel 1923 commentava il radicale cambiamento:

«Qual è il ragionamento alla base di questo nuovo atteggiamento? La Russia, dopotutto, non soffre di una sovrapproduzione di manodopera, ma piuttosto di una sua mancanza. Perché allora abbiamo dichiarato che l'aborto non è più un reato? L'aborto è un problema legato alla questione della maternità, e deriva anche dalla posizione di insicurezza delle donne.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> G. CARLETON, *Sexual revolution in Bolshevik Russia*, Pittsburgh, 2005, pp. 38-41.

<sup>34</sup> M. SAVAGE, *The law of abortion in the Union of Soviet Socialist Republics and the People's Republic of China*, in *Stanford law review* 40, n.4, 1988, pp. 1039-1040.

Ma l'“aiuto segreto” paralizza solo le donne, diventa un peso per la gestione del lavoro, e le dimensioni della forza lavoro si riducono. L'aborto, quando viene praticato in condizioni mediche favorevoli, è meno dannoso e pericoloso e la donna può tornare al lavoro più velocemente. Il potere sovietico si rende conto che la necessità dell'aborto scomparirà, da un lato quando la Russia avrà una vasta e sviluppata rete di istituzioni che proteggono la maternità e forniscono l'educazione sociale, e dall'altro quando le donne capiranno che il parto è un obbligo sociale; il potere sovietico ha permesso che l'aborto venisse praticato apertamente e in condizioni cliniche sicure»<sup>35</sup>.

La legalizzazione dell'aborto venne ritenuta dalla storica Fannina Halle, autrice di *“Women in the Soviet Revolution”*, il più grande passo in avanti verso la moderna moralità. Il tentativo di liberalizzazione del 1920 fu anche il risultato naturale di un dibattito avviato sotto la Russia zarista: l'undicesimo e dodicesimo congresso Pirogov (1910 e 1913) ed il congresso degli ostetrici e ginecologi russi (1911) portarono a riflettere sul ruolo della donna, raccomandando di escluderle dalla punizione prevista dalla legge zarista in caso di aborto. La legalizzazione dell'aborto del 1920 ridusse significativamente il tasso di mortalità delle donne che decidevano di abortire dal 4% allo 0.28%<sup>36</sup>. Le statistiche legate alla pratica sono state per molto tempo considerate “materiale strettamente confidenziale”, fino alla loro successiva pubblicazione. I dati dimostrano che in Unione Sovietica, l'aborto veniva utilizzato come principale metodo contraccettivo e di controllo delle nascite.

1.5. *Cina*. - Il ruolo della donna in Cina ha risentito lungamente della originaria tradizione confuciano-patriarcale, eredità della dinastia Han (206 a.C. – 220 a.C.), che ha a lungo influenzato la sempiterna proiezione dell'individuo femminile come essere inferiore all'uomo. Tuttavia, vi furono importanti figure, come quella dell'anarco-femminista He-Yin Zhen (1884–ca.1920), che

---

<sup>35</sup> A. KOLLONTAI, *Selected Writings of Alexandra Kollontai: the labour of women in the evolution of the economy*, London, 1977, pp. 148-149.

<sup>36</sup> AVDEEV, BLUM, TROITSKAYA, *The history of abortion statistics in Russia and in the USSR from 1900 to 1991*, Paris, 1995.

incarnarono le radici del femminismo cinese, sin dai suoi primordi coincidente con una interpretazione comunista della struttura statale. Sarà l'anarco-femminista ad introdurre le radici del pensiero comunista in Cina: il primo capitolo del Manifesto venne tradotto e pubblicato sulla rivista *TianYi Bao / Natural Justice* nel 1908, un giornale femminista di ispirazione anarchica; questo, a dimostrazione del fatto che il Comunismo è stato tradotto ed introdotto in Cina solo tramite il femminismo, non viceversa<sup>37</sup>.

La prima decade del XX secolo testimoniava in Cina non solo la nascita di un governo repubblicano, ma anche il radicarsi del femminismo moderno. Diverse donne, nelle sollevazioni contro la dinastia Qing, entrarono a far parte di unità ribelli come l'Armata Rivoluzionaria delle Donne<sup>38</sup> guidata dalla femminista nazionalista Wu Shuqing, l'Armata delle Donne guidata da Lin Zongxue nel ZheJiang o ancora, la Brigata di Spedizione Femminile del Nord guidata da Tang Qunying. Tutti questi movimenti vennero sciolti dal nuovo governo provvisorio della Repubblica di Cina il 26 febbraio 1912<sup>39</sup>. Ciononostante, la partecipazione e la creazione di queste organizzazioni femminile diede lo slancio per un maggior impegno politico delle donne oltre che preparare ulteriormente il cammino cinese verso la Rivoluzione Comunista.

Il vero spartiacque per i diritti delle donne in Cina fu definitivamente rappresentato, infatti, dalla Rivoluzione Comunista (1949) guidata da Mao ZeDong *leader* del Partito Comunista Cinese (PCC). Nel 1949 nacque la *All-China Democratic Women's Foundation* (ACWF)<sup>40</sup>, l'organizzazione ufficiale della Repubblica Popolare Cinese per la salvaguardia dei diritti delle donne posta sotto il controllo diretto del Partito Comunista Cinese. Dall'inizio figure femminili come Cai Chang – attiva iscritta del PCC e veterana della Lunga

---

<sup>37</sup> L. LIU, R. KARL, D. KO, *The birth of chinese feminism*, New York, 2013, pp. 6-7.

<sup>38</sup> O. KAZUKO, *Chinese Women in a Century of Revolution, 1850-1950*, Stanford, 1989, pp. 74-75.

<sup>39</sup> L. EDWARDS, *Gender, Politics, and Democracy: Women's Suffrage in China*, Stanford, 2008, pp. 101-102.

<sup>40</sup> J. KA YEE, *Chinese women: active revolutionaries or passive followers? a history of the All-China Women's Federation, 1949 to 1996*, Montreal, 1998.

Marcia – guidavano l'organizzazione a dimostrazione dello stretto legame fra l'organo di stato e la fondazione per la parità di genere. Nel 1957 si arriverà anche ad abbandonare l'appellativo “*democratic*” nel nome, venendo l'organizzazione anche formalmente incorporata nella struttura del partito e ricalcandone la struttura amministrativa<sup>41</sup>. Con l'unione, la ACWF era divenuta responsabile della propaganda politica tra le donne, la loro inclusione in campagne politiche e dell'organizzazione di incontri e manifestazioni per incoraggiare la partecipazione ed il sostegno femminile. Ai primordi della RPCC e dell'ACWF, la Cina stava portando avanti una serie di politiche pro-nataliste e di incoraggiamento alla gravidanza, proibendo di conseguenza qualsiasi tipo di contraccettivo oltre che le pratiche abortive e la sterilizzazione. Con l'eccessivo incremento della popolazione fu invece lanciata, nel 1973, la prima campagna concretamente anti-natalista. La ACWF non ha mai cessato di sostenere la politica di controllo delle nascite, rendendosi quindi parzialmente responsabile della diffusione della politica del figlio unico<sup>42</sup> e delle politiche sull'aborto cinesi. La negazione dei diritti riproduttivi nella Cina contemporanea è continuata fino all'abbandono nel 2013<sup>43</sup> della politica del figlio unico per decisione della Corte Suprema cinese, che non ha però portato all'abolizione della normativa nazionale e locale che ancora scoraggia penalmente le famiglie con un numero superiore a due figli, incentivando di fatto l'aborto forzato.

2. *La disciplina sull'aborto nei paesi BRICS.* - Se sottoposta ad analisi comparata, la disciplina sull'aborto nei paesi BRICS ci permette di evidenziare gli effetti profondi che il colonialismo o la determinazione per via rivoluzionaria di una forma di Stato socialista hanno avuto sulla definizione del concetto di

---

<sup>41</sup> E. R. JUDD, *The Chinese Women's Movement between State and Market*, Stanford, 2002, *passim*.

<sup>42</sup> JUDD, *The Chinese Women's Movement*, cit., 2002, *passim*.

<sup>43</sup> Cina: addio alla 'politica del figlio unico', si potranno avere 2 bimbi, in *La Repubblica*, 28 dicembre 2013, accessibile su [https://www.repubblica.it/esteri/2013/12/28/news/cina\\_addio\\_alla\\_politica\\_del\\_figlio\\_unico\\_si\\_potranno\\_avere\\_2\\_bimbi-74636130/](https://www.repubblica.it/esteri/2013/12/28/news/cina_addio_alla_politica_del_figlio_unico_si_potranno_avere_2_bimbi-74636130/), consultato il 02.12.2022.

“diritti riproduttivi” e sulla loro regolamentazione. Gli effetti della circolazione imposta sono ben visibili analizzando l’evoluzione dei crittotipi della maggior parte dei paesi.

2.1. *Brasile*. - I primi interventi normativi riguardanti le interruzioni volontarie di gravidanza nei territori brasiliani risalgono al periodo del dominio coloniale portoghese<sup>44</sup>. In Brasile, infatti, al tempo vigevano le disposizioni penali del Portogallo e pubblicate per la prima volta nel 1481 sotto Alfonso V, basate sulle spagnole *Las Siete Partidas* che già punivano il ricorso clandestino all’aborto<sup>45</sup>. Nel 1570 venne adottato l’atto *Regimento de Quadrilheiros*, che andava a confermare l’illegalità dell’aborto, recependo e portando avanti i dettami stabiliti in *Las Siete Partidas*. La propensione brasiliana alla criminalizzazione dell’aborto può essere spiegata dall’influenza coloniale portoghese estesa anche alle leggi penali elaborate sotto Pietro I imperatore del Brasile.

Nel 1830 entrò in vigore il *Código Criminal do Imperio do Brazil* i cui articoli mettono perfettamente in luce una tendenza proibizionista, frutto della comune matrice culturale e ideologica che già in Portogallo vietava l’aborto. I legislatori brasiliani coinvolti nella redazione e stesura del Codice del 1830 hanno consapevolmente preso a modello anche il *System of Penal Law for the state of Louisiana* elaborato da Edward Livingston nel 1824.

---

<sup>44</sup> È difficile reperire informazioni e risalire a fonti verificate che possano dimostrare l’esistenza di un approccio legislativo delle popolazioni indigene brasiliane verso il tema dell’aborto prima dell’avvio nel 1530 della colonizzazione portoghese. Tuttavia, è possibile ipotizzare che, similmente ad altri gruppi abitanti l’America Latina e seppur in assenza di una specifica legge, l’aborto venisse praticato tramite il ricorso a piante ed erbe medicinali. Sappiamo, ad esempio, che le donne dei Chamacoco e dei Chulupi del confinante Paraguay (di cui i primi insediatisi all’esatto confine con i territori brasiliani) assumevano decotti di radici, foglie, frutti verdi o fiori pressati da masticare ed ingoiare, il tutto combinato con una continua pressione sull’addome per stimolare l’aborto. P. ARENAS, R. MORENO AZOZERO, *Plants Used as Means of Abortion, Contraception, Sterilization and Fecundation by Paraguayan Indigenous People in Economic Botany*, 1977, XXXI, pp. 302-306.

<sup>45</sup> *Las Siete Partidas* o semplicemente *Partidas* era un codice statutario castigliano realizzato durante il regno di Alfonso X di Castiglia, 1256-1265.

La scelta di criminalizzare l'interruzione volontaria di gravidanza non ha subito modifiche nel corso del tempo, venendo recepita dal *Código Penal* del 1940. L'aborto viene ancora descritto come un crimine contro la vita umana e quindi illegale<sup>46</sup>. Le sostanziali differenze riguardano la durata delle pene e l'introduzione di due eccezioni previste all'art.128 rispetto al generale divieto di abortire, ovvero le uniche due ipotesi nelle quali il medico non verrà punito per avere eseguito una interruzione volontaria di gravidanza<sup>47</sup>. Diversamente dal Codice criminale del 1830, il Codice penale prevede la reclusione da uno a tre anni per aborto causato da o con il consenso della donna incinta; reclusione da tre a dieci anni se causato da terzi e senza il consenso della donna gravida o da uno a quattro anni in presenza del consenso. Le pene illustrate sono raddoppiate se il tentato aborto causa la morte della donna e aumentate di un terzo se le provoca gravi lesioni. L'art. 128, come anticipato, riguarda quello che viene definito dal Codice come l'aborto "necessario", in caso di violenza sessuale o per garantire la sopravvivenza della gestante: «*Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal*»<sup>48</sup>.

Ad oggi, l'unica sostanziale innovazione introdotta è dovuta a una sentenza del 2012 del *Supremo Tribunal Federal*, attraverso la quale si rende possibile ricorrere a una interruzione volontaria di gravidanza in caso di anencefalia fetale<sup>49</sup>. La decisione del Tribunale, però, non può in alcun modo essere considerata come una modifica del Codice penale, ma viene posta come una integrazione dell'interpretazione di quello che rimane, comunque, un divieto di

---

<sup>46</sup> Presidência da República - Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos, Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940, accessibile su [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm), consultato il 02.12.2022.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54, Supremo Tribunal Federal, 2012, disponibile su <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>, consultato il 02.12.2022.



abortire.

2.2. *India*. - Una prima regolamentazione sull'aborto in India fu introdotta in seguito alla disciplina del legame coloniale con la Gran Bretagna tramite il *Government of India Act* del 1858. Il Codice penale Indiano del 1862, nel criminalizzare l'aborto, si fonda, infatti, sui dettami del *British Offences Against the Person Act* adottato nel 1861.

Anche il *System of Penal Law for the state of Louisiana* del 1824, già menzionato a proposito del Brasile, ha influenzato la stesura degli articoli sull'aborto contenuti nel Codice penale indiano. Analizzando le sezioni dalla 312 alla 316 del XVI Capitolo del Codice penale indiano può osservarsi che, mentre il *British Offences Against the Person Act* contemplava l'ergastolo in caso di aborto illegale, il Codice della Louisiana ha indotto a mitigare e comprimere la durata delle pene in caso di interruzione volontaria di gravidanza.

È stato, però, necessario aspettare il *Medical Termination of Pregnancy Act*, adottato nel 1971, per giungere a una decriminalizzazione dell'aborto. Il *MTP Act* ha introdotto la possibilità di abortire fino a 20 settimane dall'inizio della gravidanza, richiedendo il parere addizionale di un secondo medico una volta superate le 12 settimane. Nell'Atto veniva anche designato il personale medico autorizzato a praticare un aborto. Il "*registered medical practitioner*" era quella figura in possesso di una specializzazione medica in ginecologia e ostetricia, come stabilito dal *Cl. (h) of Sec. 2 of the Indian Medical Council Act, 1956 (102 of 1956)* e il cui nome veniva inserito nel Registro Medico di Stato<sup>50</sup>. Ulteriormente, le gravidanze potevano essere interrotte dai "*registered medical practitioners*" qualora:

1. portare avanti la gravidanza avrebbe rappresentato un rischio per la vita della donna incinta o una grave lesione fisica o legata alla sua salute

---

<sup>50</sup> *The Medical Termination Of Pregnancy Act, 1971*, accessibile su <http://tcw.nic.in/Acts/MTP-Act-1971.pdf>.

mentale;

2. vi fosse il comprovato rischio che il bambino, se fatto nascere, avrebbe sofferto di anomalie fisiche o mentali o disabilità gravi<sup>51</sup>.

Nel 2002 e nel 2003 il Parlamento indiano ha emendato il testo del 1971<sup>52</sup> individuando diverse procedure di interruzione volontaria di gravidanza, tra le quali figura l'aborto farmacologico. Tuttavia, il Ministero della salute e del *welfare* familiare ha concesso la prescrizione di mifepristone solo ai ginecologi, figura professionale presente quasi esclusivamente nelle principali zone urbane. Ciò ha reso impossibile per le donne che vivono in contesti rurali operare una scelta libera rispetto al metodo abortivo, obbligando di fatto all'aborto chirurgico<sup>53</sup>. La rielaborazione è stata introdotta anche al fine di decentralizzare dal livello statale a quello delle *District Committees* il compito di regolamentare le strutture abortive. L'MTP del 2002 prevede, in aggiunta, la reclusione dai 2 ai 7 anni i proprietari di strutture in cui viene praticato l'aborto senza autorizzazione governativa<sup>54</sup>.

Nel gennaio del 2020, il Parlamento indiano ha ulteriormente emendato l'*MTP Act* del 1971 introducendo il diritto all'aborto come elemento costitutivo dei diritti riproduttivi e della giustizia di genere. L'emendamento ha elevato il limite temporale massimo entro cui abortire previsto dal *MTP Act* del 1971 da 20 a 24 settimane per tutte le donne. La precedente dicitura, che autorizzava ogni donna sposata e il marito a ricorrere all'aborto in caso di metodo contraccettivo fallimentare, è stata poi modificata in "*any woman or her partner*", ampliando la platea di accessi legali all'aborto legittimando anche coppie non unite in matrimonio<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> S. S. HIRVE, *Abortion Law, Policy and Services in India: A Critical Review*, Pune, 2004, pp. 114-115.

<sup>52</sup> *Ivi*, p. 116.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Cabinet approves The Medical Termination of Pregnancy (Amendment) Bill*, 2020, accessibile su <https://pib.gov.in/PressReleaseDetail.aspx?PRID=1600916>, consultato il 02.12.2022.

2.3. *Sudafrica*. - In Sudafrica iniziarono a circolare primordiali e rudimentali tentativi di disciplina dell'aborto solo con l'avvio della colonizzazione europea nel XVII secolo<sup>56</sup>. Gli insediamenti europei in Sudafrica hanno avuto inizio nel 1652, con l'arrivo della Compagnia olandese delle Indie Orientali a Città del Capo. Per tutta la durata del dominio olandese, il diritto romano-olandese regolamentava le azioni ed i rapporti all'interno della collettività sudafricana<sup>57</sup>. L'aborto, come prescritto dal diritto romano-olandese, risultava permesso solo se il suo ricorso era strettamente necessario per salvare la vita della donna<sup>58</sup>.

Un ulteriore testo estremamente influente è stato il *Native Territories Penal Code* del 1886, approvato dal Parlamento di Capo di Buona Speranza<sup>59</sup>, che contiene alcune sezioni siano ampiamente ispirate alla antecedente legislazione inglese contenuta nel *British Offences Against the Person Act* del 1861<sup>60</sup>.

La scelta sudafricana di criminalizzare l'aborto è rimasta immutata fino al 1975, anno in cui è stato approvato l'*Abortion and Sterilization Act*, volto a decriminalizzare il ricorso all'interruzione di gravidanza. L'adozione di tale atto è stata preceduta da due processi fondamentali, il processo Crichton-Watts del 1972 ed il processo Crichton-Maharaj del 1973. In occasione di entrambi i processi, la

---

<sup>56</sup> Dalla ricerca storiografica emergono scarse e limitate informazioni sulle pratiche abortive originarie del Sudafrica. Tuttavia, possiamo ipotizzare sulla base delle approfondite ricerche degli antropologi che, prima della colonizzazione, l'aborto in Sudafrica venisse praticato seguendo modalità simili a quelle adottate da altri stati africani. Nel continente africano, l'aborto veniva generalmente praticato da uomini specializzati, che ricorrevano a metodi differenti, combinati con la somministrazione di elementi naturali per avviare il processo medico. I Meru del Kenya, ad esempio, somministravano prima una miscela di radici e semi per provocare l'aborto, esercitando poi un'estrema pressione manuale sull'addome per concludere con l'inserimento di un oggetto tagliente nella vagina. Nell'Africa meridionale, invece, le donne indigene inducevano l'aborto spontaneo somministrando una vasta gamma di abortivi a base di erbe e altre misture preparate dai guaritori tradizionali. S. M. KLAUSEN, *Nationalism, Sexuality, and Women's Reproductive rights in South Africa*, New York, 2015, pp. 15-16.

<sup>57</sup> Ivi, p. 17.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> D. S. KOYANA, *The influence of the Native Territories penal code on South African criminal law*, Pretoria, 1988, pp. 1-3.

<sup>60</sup> *British Offences Against the Person Act 1861*, sez. 58-59, accessibile su <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/section/58>, consultato il 02.12.2022.

Corte giudicante aveva osservato, inoltre, che la situazione degli aborti illegali in Sudafrica richiedeva l'intervento deciso del legislatore: in risposta a questo richiamo, è stato emanato l'*Abortion and Sterilization Act* (1975), che permetteva l'aborto solo in alcune circostanze: concreta minaccia alla salute fisica e mentale della donna; handicap del futuro figlio; gravidanza conseguente a stupro o incesto. Per accedere legalmente all'aborto, l'intervento doveva essere autorizzato da due medici, ma solo un terzo specialista avrebbe poi potuto praticare l'interruzione di gravidanza. Nel caso di malattia mentale della donna era necessaria anche l'approvazione dello psichiatra. Inoltre, le procedure previste permettevano effettivamente di accedere all'aborto legale solo alle donne benestanti e tendenzialmente bianche<sup>61</sup>. La esclusione di fatto delle donne povere e indigene dalla possibilità di accedere all'aborto legale, fece sì che già dal 1975 fosse necessario predisporre una riforma completa della legge.

Solo nel 1996, però, fu emanato il *Choice on Termination of Pregnancy Act*: con tale Atto si attestava la tutela dei diritti riproduttivi, della libera scelta e delle convinzioni individuali. Nel preambolo si dichiara che la suddetta legge va ad abrogare le disposizioni restrittive della norma del 1975. L'aborto può essere ora praticato durante il primo trimestre di gravidanza senza alcuna approvazione da parte di medici, psichiatri o magistrati. I minori devono informare i genitori o tutori della decisione, ma non è richiesta l'autorizzazione di questi per procedere.

Alle vittime di violenza sessuale o incesto non è richiesto presentare alcuna prova del fatto. Ulteriormente, viene specificato che le donne fra la tredicesima e ventesima settimana di gestazione possono abortire se un dottore ritiene che portare avanti la gravidanza possa rappresentare un rischio per la salute fisica o mentale della donna o del feto. Superata la ventesima settimana l'aborto è concesso solo se la vita della madre viene considerata manifestamente a rischio. Nel 2008 la legge del 1996 viene emendata per permettere a infermiere

---

<sup>61</sup> K. BLANCHARD, S. FONN, M. XABA, *Abortion Law in South Africa: Passage of a Progressive Law and Challenges for Implementation*, Ciudad de Mexico, 2003.

specializzate e ostetriche di effettuare aborti e per perseguire adeguatamente chi pratica aborti illegali in Sudafrica<sup>62</sup>.

2.4. *Russia*. - Nella Russia imperiale l'aborto veniva espressamente vietato dalle leggi ecclesiastiche<sup>63</sup>. La questione della legalizzazione dell'aborto venne ampiamente dibattuta a partire dalla fine del XIX secolo: la principale organizzazione di medici russi, la *Pirogov Society*, espresse forte preoccupazione per l'alto tasso di aborti illegali. Si rendeva, quindi, necessario rivalutare attentamente la tradizionale criminalizzazione delle interruzioni di gravidanza.

Nei primi giorni successivi alla Rivoluzione d'ottobre del 1917, fu proclamata la cancellazione di qualsiasi punizione prevista per le pratiche abortive senza, tuttavia, che fosse emanata una legge a riguardo<sup>64</sup>. Il cd. commissario del popolo per la sanità pubblica avviò poi un periodo di consultazioni mediche che portò nel 1920 a legalizzare le interruzioni volontarie di gravidanza, da praticarsi esclusivamente da professionisti certificati negli ospedali statali. L'aborto legale veniva definito un: «male necessario per combattere i precetti morali del passato e le difficili condizioni economiche del presente»<sup>65</sup>. È importante notare come il decreto del 18 novembre 1920 rappresentasse una misura di salute collettiva volta a far fronte alle circostanze economiche specifiche. Il preambolo del decreto stesso precisava, infatti, che lo Stato Socialista avrebbe fatto di tutto per eliminare le cause socio-economiche che spingevano una donna ad interrompere la gravidanza<sup>66</sup>. Il contenuto del Decreto del 1920 veniva trascritto due anni dopo nella sezione 140 del Codice Criminale dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche: l'aborto doveva verificarsi con il solo consenso della gestante ed era sconsigliato qualora si

---

<sup>62</sup> *Sexual and Reproductive Justice Coalition*, accessibile su link <https://srjc.org.za/focus-area/abortion/south-africa/>, consultato il 02.12.2022.

<sup>63</sup> SAVAGE, *The law of abortion in the Union of Soviet Socialist Republics*, cit., pp. 1034-1035.

<sup>64</sup> Ivi, pp. 1037-1038.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> KOLLONTAI, *Selected Writings of Alexandra Kollontai*, cit., pp. 148-149.

trattasse della prima gravidanza o il periodo di gestazione avesse già superato i due mesi e mezzo<sup>67</sup>. L'interruzione di gravidanza, inoltre, se praticata da figure senza esperienza medica o in condizioni igienico-sanitarie non adeguate, veniva punita con il pagamento di 600 rubli o la reclusione e la condanna ai lavori forzati per un anno intero. Veniva anche chiarito che il medico non poteva opporsi alla decisione della donna, ma era legittimo per la figura medica tentare di dissuadere la gestante.

Nonostante il decreto n. 90 del 1920 avesse stabilito che l'aborto fosse gratuito, a partire dal 1924 per far fronte all'elevato numero di interruzioni di gravidanza e al conseguente sovraffollamento ospedaliero, il governo decise di introdurre una tassa corrispondente al 25% del guadagno mensile della famiglia della donna incinta<sup>68</sup>.

A partire dal 1934, l'Unione Sovietica avviò una sorta di inversione di rotta legislativa riguardo le interruzioni di gravidanza, resa necessaria dall'elevatissimo numero di aborti e dal decrescente tasso di natalità. Il 26 maggio 1936 il Governo sovietico rese pubblica la bozza di legge che all'art. 1, paragrafo 4, vietava completamente l'aborto e puniva non solo il dottore che lo avrebbe praticato, ma anche la donna che vi fosse ricorsa. La motivazione di tale decisione si collegava alle stesse esigenze per cui inizialmente l'aborto era stato legalizzato: secondo il Governo dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche in quei sedici anni erano state rimosse le motivazioni socio-economiche che potevano giustificare il ricorso a una interruzione di gravidanza che, proprio per questo, non poteva più ritenersi necessaria. Il 27 giugno 1936 la bozza si trasformò nella legge sulla "proibizione degli aborti e sul miglioramento dell'aiuto materiale alle donne che partoriscono"<sup>69</sup>.

Dalla legge del 1936 non ci furono ulteriori interventi legislativi fino alla

---

<sup>67</sup> SAVAGE, *The law of abortion in the Union of Soviet Socialist Republics*, cit., p. 1040.

<sup>68</sup> A. HEITLINGER, *Women and State socialism: sex inequality in the Soviet Union and Czechoslovakia*, Montreal, 1979, p. 123.

<sup>69</sup> SAVAGE, *The law of abortion in the Union of Soviet Socialist Republics*, cit., pp. 1046-1053.

sua nuova legalizzazione dell'aborto a seguito dell'editto del 23 novembre 1955. L'ordinanza recuperò la linea del decreto del 1920 che per la prima volta aveva permesso alle donne di abortire per scelta.

Pochi anni dopo, nel 1996, la legge russa n. 567 creava 13 situazioni sociali in cui la gestante avrebbe potuto ottenere il ricorso all'aborto tra la dodicesima e la ventesima settimana. La lista permetteva la pratica in casi limitati, fra i più ricorrenti: una disabilità del marito o la morte dello stesso durante la gravidanza, disoccupazione, l'essere nubile, divorzio durante la gravidanza, gravidanza causata da stupro, numero elevato di figli già presenti (3 o più) o presenza in famiglia di figli disabili<sup>70</sup>. In seguito, il *Family Code Amendment* del 2003 ha ridotto le tredici ipotesi a quattro, come conseguenza della pressione esercitata dalla Chiesa Ortodossa: la decisione di una corte volta a privare uno o entrambi i genitori della propria potestà genitoriale; gravidanza risultata da uno stupro; incarcerazione in un centro detentivo; una grave disabilità del marito o la morte di quest'ultimo durante la gravidanza della moglie<sup>71</sup>. L'emendamento di nuovo conio muoveva dal riconoscimento dell'embrione come una persona, garantendogli tutti i diritti riferibili ai bambini già nati<sup>72</sup>.

2.5. *Cina*. - Nella Cina confuciana l'atto della procreazione veniva santificato attraverso il culto della discendenza maschile. Questa forma di venerazione ha trovato posto in una continua codificazione legislativa arrivata, in alcuni periodi, non solo a permettere l'infanticidio, ma anche ad individuare nell'aborto un metodo per selezionare il sesso<sup>73</sup>.

Ritroviamo i primi riferimenti all'aborto nel Codice penale della dinastia Tang del 624, nella sezione *dousong*, ovvero "statuti sulle lotte e le accuse"<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> M. STEWART, *Curbing reliance on abortion in Russia*, in *Washington College of Law Journals*, 2004, pp. 1-2.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> STEWART, *Curbing reliance on abortion in Russia*, cit., pp. 1-2.

<sup>73</sup> B. HUNG-KAY LUK, *Abortion in Chinese Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1977, XXV, p. 372.

<sup>74</sup> *Ivi*, p. 374.

Qualsiasi punizione risultava formulata solo in relazione alle casistiche di procurato aborto. In questa sezione si affermava, infatti, che «qualsiasi persona danneggi e ferisca un'altra con un coltello, rompendo una o più ossa [...] o causi un aborto (duotai) sarà punito con due anni di reclusione e lavori forzati»<sup>75</sup>.

L'aggressore veniva considerato responsabile dell'aborto solo qualora il feto fosse morto nel tempo limite dell'assalto. Se la morte fosse sopraggiunta oltre quel limite, esso non sarebbe stato da ritenersi colpevole per l'interruzione di gravidanza. Zhangsun Wuji, uno dei progettisti del Codice Tang, in un commento esplicativo sulle dinamiche dell'aggressione illustrava come il “non avere ancora assunto forma umana” da parte del nascituro rappresentasse una attenuante della pena, eliminando la colpevolezza per aborto indotto<sup>76</sup>. Se, però, l'assalto veniva condotto contro un familiare o una persona di più alto rango, la pena risultava aumentata di due anni. La medesima pena, come illustrato in uno statuto riguardante la regolamentazione dei processi, veniva inflitta ai giudici che avessero utilizzato la tortura su una prigioniera incinta, causandole un aborto. Gli stessi giudici potevano essere egualmente puniti qualora avessero condannato a morte una donna gravida senza attendere il parto<sup>77</sup>.

Con il tempo, questo approccio si è mantenuto immutato nelle sue fondamenta. 刑案匯覽 (*Xing'an huilan*), ovvero il più autorevole compendio di casi legali del periodo Qing, non riporta casi di interruzioni di gravidanza a seguito di aggressione, ma rende noti episodi di aborto scaturito da altre situazioni, come la tentata violenza sessuale nei confronti di una donna incinta che ha come effetto la perdita del figlio. In questo caso, non essendo mai stata valutata la specifica fattispecie, si è semplicemente applicata la pena per aborto conseguente a una aggressione<sup>78</sup>.

Un cambiamento radicale nell'approccio penale all'interruzione di

---

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> Ivi, p. 375.

<sup>78</sup> Ivi, p. 378.



gravidanza si verifica tra il XIX ed il XX secolo. Il Nuovo codice criminale Qing, conosciuto come 大清新刑律 (*Da Qing xin xinglu*) e promulgato nel 1910, ha rappresentato una netta rottura con il passato, assumendo come punto di riferimento l'Occidente. Nel Codice, ispirato alla tradizione giuridica tedesca, veniva affermato apertamente che sarebbero state seguite le previsioni legislative comuni in Europa, America e Giappone<sup>79</sup>. Il testo, che avrebbe poi costituito la base della legge penale durante il periodo repubblicano, consegnava il controllo sulla vita e sulla morte dei futuri figli, fino a quel momento di competenza dei genitori, nelle mani dello Stato. Negli articoli del Codice criminale veniva inserito per la prima volta un chiaro riferimento all'aborto volontario, vietando ogni suo possibile ricorso in quanto pratica crudele e contraria al pubblico interesse.

Quando nel 1949 fu proclamata la nascita della Repubblica Popolare Cinese, la disciplina dell'aborto conobbe una svolta definitiva, portando a partire dal 1957 al graduale smantellamento delle restrizioni precedentemente imposte alla pratica abortiva. Il termine *duotai*, da sempre utilizzato, era stato così fortemente intriso di criminalità che al momento della legalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza si era reso necessario utilizzare una nuova formula, libera da qualsiasi presunzione 人工流产 (*rengong liuchan* – aborto indotto). In quell'anno il Ministero della Salute introduceva nuove casistiche secondo le quali il *rengong liuchan* (aborto indotto) era consentito<sup>80</sup>:

1. diagnosi di un medico che la gravidanza era inferiore ai tre mesi;
2. diagnosi ulteriore a conferma che la madre non avrebbe subito complicazioni a causa dell'intervento;
3. la donna non doveva aver abortito nei precedenti dodici mesi. La consulenza contraccettiva era richiesta come parte integrante del processo

---

<sup>79</sup> Ivi, pp. 383-385.

<sup>80</sup> E. HEMMINKI, Z. WU, G. CAO, K. VIISAIEN, *Illegal births and legal abortions – the Case of China*, in *Reproductive Health Journal*, 2005, reperibile su <http://www.reproductive-health-journal.com/content/2/1/5>, consultato il 02.12.2022.

abortivo<sup>81</sup>.

A fronte di un continuo aumento esponenziale delle nascite, nel 1973 il Governo cinese avviò la prima politica demografica apertamente antinatalista. La sovrappopolazione, infatti, veniva considerata un ostacolo alla modernizzazione e allo sviluppo<sup>82</sup>. Negli anni successivi, l'aborto entrò addirittura nella sfera dei metodi contraccettivi per supportare la politica del figlio unico avviata dal 1979: furono definitivamente abolite la maggior parte delle restrizioni precedentemente imposte, innalzando a 28 settimane il limite entro il quale praticare un aborto.

La politica di controllo delle nascite ebbe grandi conseguenze sull'emanazione sia del Codice sulla salute materna e infantile del 1995 sia del Codice sulla Popolazione e Pianificazione familiare emanato nel 2002. La politica del figlio unico trovò altresì precisa collocazione nella Costituzione cinese emendata nel 1982 in quanto *policy* fondamentale per lo Stato<sup>83</sup>: l'art.49 della Costituzione cinese affermava, infatti, che: «i cittadini sposati in età riproduttiva devono obbedire alla politica nazionale di controllo delle nascite»<sup>84</sup>, mettendo, quindi, in pratica qualsiasi mezzo di pianificazione familiare, compreso l'aborto.

Fino al 2013, il governo cinese ha promosso sterilizzazione e aborti come principali strumenti per pianificare e controllare le nascite costringendo spesso all'abbandono dei figli secondogeniti o alla clandestinità di intere famiglie per sfuggire alle onerose tasse di “crescita dei figli” corrispondenti a quasi la metà dei guadagni annuali e variabili da provincia a provincia. Dal gennaio 2016 è stata ufficialmente garantita a tutta la popolazione cinese la possibilità di avere due figli<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> HEMMINKI, WU, CAO, VIISAINEN, *Illegal births and legal abortions – the Case of China*, cit.

<sup>83</sup> Costituzione della Repubblica Popolare Cinese, adottata in origine il 4 dicembre 1982.

<sup>84</sup> W. CAO, *The regulatory model of abortion in China through a feminist lens*, in *Asian Women*, 2013, p. 30.

<sup>85</sup> A. SEN, *Finalmente la Cina dice addio al figlio unico* in *Internazionale*, in *Internazionale*, 2015, reperibile su <https://www.internazionale.it/sommario/1127>, consultato il 02.12.2022.

3. *La disciplina sull'aborto nei paesi BRICS in prospettiva comparata.* - Gli effetti della circolazione imposta dei modelli giuridici delle madrepatrie nei propri domini coloniali sono ben visibili analizzando l'evoluzione dei crittotipi della maggior parte dei paesi.

3.1. *India e Sudafrica.* - Avendo analizzato a fondo le evoluzioni delle leggi sull'aborto in India e Sudafrica dal periodo coloniale britannico a quello post-Indipendenza è possibile chiedersi se il formante della Gran Bretagna abbia continuato a pervadere e modellare l'approccio autoctono sudafricano e indiano ai diritti riproduttivi anche una volta venuto meno il legame coloniale con la madrepatria inglese. Nel 1967 in Gran Bretagna, quasi 100 anni dopo l'adozione del *British Offences Against the Person Act* (1861), entrava in vigore l'*Abortion Act*, poi emendato nel 1990 con il testo di modifica *Human Fertilisation and Embryology Act*<sup>86</sup>. Si tratta del testo che tutt'ora regola le interruzioni di gravidanza nel Regno Unito (fatta eccezione per l'Irlanda del Nord). La norma del 1967 anziché legalizzare l'aborto crea delle eccezioni partendo dal testo del 1861 che criminalizzava totalmente la pratica<sup>87</sup>. L'*Abortion Act* inglese permette, infatti, ad un medico di praticare legalmente una interruzione di gravidanza fino a 28 settimane qualora l'intervento sia stato previamente autorizzato da altri due dottori. Questi devono necessariamente concordare sulla presenza di un grande rischio per la salute fisica e mentale della gestante per autorizzare l'interruzione di gravidanza. L'emendamento del 1990 è andato a ridurre il tempo limite entro cui praticare un aborto da 28 a 23 settimane e 6 giorni<sup>88</sup>. Una interruzione di gravidanza può essere praticata senza limite temporale se:

- l'aborto può evitare danni fisici o mentali permanenti alla gestante;

---

<sup>86</sup> *Abortion Law, England, Scotland and Wales*, in *The Sexual Health Company*, accessibile su <https://www.fpa.org.uk/sexual-and-reproductive-rights/abortion-rights/abortion-law>, consultato il 02.12.2022.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> *What are the UK's laws on abortion?*, in *BBC NEWS*, 22 ottobre 2019, in <https://www.bbc.com/news/health-19856314>, consultato il 02.12.2022.

- la sopravvivenza della donna è a rischio;
- vi è un concreto pericolo per il figlio di soffrire di anomalie fisiche o mentali o disabilità gravi<sup>89</sup>.

La legge indiana e la legge sudafricana attualmente disciplinanti la pratica abortiva dimostrano la forza che la circolazione imposta di modelli giuridici ha avuto e continua ad avere. Se in periodo coloniale la circolazione imposta è resa palese dal dominio della madrepatria, ad oggi date le forti similitudini fra l'*Abortion Act* inglese del 1967, il *Medical Termination of Pregnancy Act* indiano del 1971 e l'*Abortion and Sterilization Act* sudafricano del 1975 possiamo ancora parlare di circolazione imposta, ma come conseguenza della sempiterna capacità inglese di influenzare politicamente ed economicamente gli ex reami dell'organizzazione del *Commonwealth*. Come sostiene l'accademico Lucio Pegoraro in "Sistemi costituzionali comparati": «siamo di fronte a casi nei quali l'influenza culturale che caratterizza molti fenomeni sfuma in "imposizione" e accettazione supina»<sup>90</sup>. Sia l'*Abortion and Sterilization Act* (1975) sudafricano che il *Medical Termination of Pregnancy Act* (1971) indiano mimano l'*Abortion Act* inglese nella scelta di richiedere il previo parere e l'autorizzazione di due medici a procedere con l'interruzione di gravidanza della paziente. Di suddetti medici, tutte e tre le norme non prevedono inoltre il successivo coinvolgimento nell'intervento effettivo, che dovrà essere praticato da un'ulteriore professionista sanitario interpellato. Anche le casistiche che, una volta verificatesi, possono giustificare il ricorso della gestante ad una interruzione di gravidanza sono comunitarie tra la disciplina inglese, indiana e sudafricana: concreta minaccia alla salute fisica e mentale della donna e alla sua sopravvivenza o *handicap* del futuro figlio. Nello specifico, la legge indiana del 1971 e quella inglese ancora vigente presentano un ulteriore elemento in comune: la possibilità di praticare aborti solo in strutture precedentemente autorizzate dal Governo o dal

---

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi Costituzionali Comparati*, Torino, 2017, p. 31.

Segretario di Stato<sup>91</sup>. Il sistema di approvazione delle strutture in cui praticare aborti legali verrà introdotto in Sudafrica solo con la legge del 1996. Con il *Choice on Termination of Pregnancy Act* sudafricano le interruzioni di gravidanza nel territorio potranno essere praticate solo in strutture designate e previamente approvate dal *Provincial Department of Health*<sup>92</sup>. Tuttavia, risulta esservi una importante differenza tra l'*Abortion Act* inglese da un lato e *MTP Act* indiano e *Abortion and Sterilization act* sudafricano dall'altro: la clausola dell'obiezione di coscienza. La legge inglese, infatti, permette esplicitamente al personale medico di esercitare obiezione di coscienza, ovvero di sottrarsi all'esecuzione di una interruzione di gravidanza qualora la pratica si scontri con il proprio credo. Rimane l'obbligo di prestare soccorso qualora l'aborto sia necessario per salvare la vita della gestante o per prevenire gravi conseguenze per la salute fisica o mentale di questa. Nonostante la somiglianza fra l'*MTP Act* indiano e l'*Abortion Act* inglese sia tale da utilizzare addirittura lo stesso linguaggio in alcune sezioni, la legge indiana del 1971 non include la clausola dell'obiezione di coscienza<sup>93</sup>. Va segnalato che nella Costituzione indiana è presente il principio del diritto all'obiezione di coscienza da intendersi, però, come parte del diritto alla libertà di pensiero e culto. Tuttavia, se accolto, il principio costituzionale potrebbe applicarsi ad ogni ambito della vita, e quindi anche alle interruzioni volontarie di gravidanza. Secondo il ricercatore Joseph Minattur è probabile che la scelta di non includere esplicitamente la clausola nella legge del 1971 sia stata motivata dalla già insufficiente disponibilità di personale medico in India<sup>94</sup> oltre che dall'uso "improprio" che può essere fatto dell'obiezione di coscienza<sup>95</sup>. Minattur sottolinea come alcuni aspetti dell'intervento possano risultare molto spiacevoli

---

<sup>91</sup> *What are the UK's laws on abortion?*, cit.

<sup>92</sup> J. HARRIES, D. COOPER, A. STREBEL, C.J. COLVIN, *Conscientious objection and its impact on abortion service provision in Southafrica*, in *Reproductive Health*, 2014, in <https://reproductive-health-journal.biomedcentral.com/articles/10.1186/1742-4755-11-16>, consultato il 02.12.2022.

<sup>93</sup> J. MINATTUR, *Medical termination of pregnancy and conscientious objection*, in *Journal of the Indian Law Institute*, 1974, p. 704.

<sup>94</sup> Ivi, p. 106.

<sup>95</sup> Ivi, p. 107.

da praticare eventualmente portando, quindi, alcuni medici ad appellarsi all'obiezione di coscienza per evitare di doversene occupare. Simile sistema si presenta in Sudafrica dove la legge del 1975 non menziona in alcun modo il diritto all'obiezione di coscienza che ritroviamo, però, sancito dalla sezione 15 della Costituzione Sudafricana<sup>96</sup>. Come per l'India, anche in Sudafrica l'inclusione in Costituzione dell'obiezione di coscienza deve essere intesa in senso ampio e non esclusivamente riferita ai casi di interruzioni volontarie di gravidanza. Questa implicita ambiguità origina difficoltà interpretative del diritto all'obiezione di coscienza e del suo ambito di applicazione corretto, non essendo stato, di fatto, valutato come componente da inserire nelle leggi sull'aborto. Per chiarirne la portata, il diritto all'obiezione di coscienza deve essere interpretato alla luce della sezione 36 della Costituzione, che esplicita i limiti di ciascun diritto ivi sancito: «I diritti garantiti in questo *Bill of rights* possono essere limitati esclusivamente da una legge generale ed unicamente nel caso in cui le limitazioni siano ragionevoli e giustificabili in una società aperta e democratica, fondata sulla dignità umana, sull'eguaglianza e sulla libertà, prendendo in considerazione tutti i fattori rilevanti, tra cui:

- a) la natura del diritto;
- b) l'importanza dello scopo della limitazione;
- c) la natura ed il grado di estensione della limitazione;
- d) il rapporto tra la limitazione ed il suo scopo;
- e) le modalità meno restrittive possibili per il raggiungimento di tale scopo»<sup>97</sup>. Come suggerito dallo studio sull'obiezione di coscienza e l'aborto in Sudafrica<sup>98</sup> condotto dall'accademica C. Ngwena, possiamo

---

<sup>96</sup> C. NGWENA, *Conscientious objection and legal abortion in Southafrica: delineating the parameters*, in *Journal for Juridical Science*, 2003, pp. 4-5.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

interpretare la norma del 1975 come “la legge generale ragionevole e giustificata” che limita l’esercizio dell’obiezione di coscienza rispetto alle interruzioni volontarie di gravidanza.

3.2. *Brasile*. - Possiamo condurre un’analisi analoga a quella appena terminata concentrandoci sulle possibili continue influenze esercitate dal Portogallo sul Brasile successivamente all’indipendenza ottenuta nel 1825. Nella marcia dell’Europa occidentale verso l’affermazione dei diritti sessuali e riproduttivi, il Portogallo è rimasto per lungo tempo indietro, perseverando nel perpetrare la criminalizzazione delle interruzioni di gravidanza affermata già dalle leggi ottocentesche<sup>99</sup>. Come già abbiamo analizzato, il legame coloniale tra Portogallo e Brasile ha avuto come conseguenza la circolazione imposta dei modelli giuridici della madrepatria portoghese, influenzando i crittotipi e la dottrina brasiliana. Venuto meno il vincolo coloniale, l’approccio alla disciplina dell’aborto è rimasto per lungo tempo il medesimo in entrambi i paesi. Come messo in luce nei capitoli precedenti, l’aborto in Portogallo è stato continuativamente criminalizzato senza prevedere per diverso tempo eccezioni di accesso legale alla pratica: dalle spagnole *Las Siete Partidas* vigenti nei territori portoghesi nel XV secolo ai Codici penali del 1852 e del 1886<sup>100</sup>. Il Codice penale del 1886 risulta essere il primo a introdurre una attenuante alla pena prevista per l’aborto, ovvero il caso in cui: «la donna commetta il reato per nascondere il suo disonore»<sup>101</sup>. Il Codice penale portoghese del 1886 - congiuntamente al già menzionato Codice Livingston del 1824 - ha continuato ad influenzare l’approccio brasiliano alle interruzioni volontarie di gravidanza solo fino al 1940, anno di emanazione del *Código Penal* brasiliano tramite il Decreto-Lei No 2.848. Il Brasile ha, così, preceduto di circa quarant’anni l’ex

---

<sup>99</sup> M. BAPTISTA, *O Aborto como Recurso na Regulação da Fecundidade: Tendências Recentes em Portugal*, tesi di dottorato, Instituto Universitario de Lisboa, 2017, Doutora Sónia Isabel Gonçalves Cardoso Pintassilgo, pp. 126-127.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

madrepatria introducendo già all'art. 128 le uniche due casistiche per cui il medico non sarebbe stato punito per aver eseguito una interruzione di gravidanza: gravidanza risultata da violenza sessuale o rischiosa per la vita della gestante. Sarà poi lo stesso Brasile ad influenzare il Portogallo con una circolazione di ritorno: nel 1984 in Portogallo venivano introdotte le eccezioni per cui la pratica abortiva diventata legale, grazie all'impegno del Partito Socialista portoghese. Con la legge del 1984 veniva riconosciuta la possibilità alle gestanti di ricorrere ad una interruzione di gravidanza per ragioni di salute fisica o mentale, stupro o malformazioni fetali<sup>102</sup>. La forte criminalizzazione delle interruzioni di gravidanza e la scelta di quali eccezioni prevedere sono gli elementi in comune fra la legge portoghese e quella brasiliana. Sia la legge brasiliana del 1940 che quella portoghese del 1984 permettono l'aborto solo per garantire la sopravvivenza della gestante o per interrompere una gravidanza conseguente ad uno stupro<sup>103</sup>. Dal 2012 il Brasile ha aggiunto anche la terza finestra di legalità dell'interruzione di gravidanza per malformazione fetale (anencefalia). Forti differenze tra la legge brasiliana e quella portoghese iniziano a delinearsi a partire dalla modifica della legge portoghese del 1984. Si susseguiranno, infatti, sempre più eccezioni alla totale illegalità della pratica abortiva, fino ad arrivare al *referendum* del 2007 indetto per valutare la decriminalizzazione delle interruzioni di gravidanza praticate su richiesta della donna. Con il 59.3% dei voti favorevoli diventava ufficialmente possibile per una donna portoghese ottenere una interruzione volontaria di gravidanza libera e legale fino alla decima settimana, da praticarsi in una struttura riconosciuta ed approvata dal Governo<sup>104</sup>. Tuttavia, in Brasile non sembra esservi traccia di un possibile percorso verso la decriminalizzazione dell'aborto mimetico rispetto a

---

<sup>102</sup> *Ibidem.*

<sup>103</sup> *Ibidem.*

<sup>104</sup> L. F. VICENTE, *The woman's choice for abortion: the experience in Portugal with implementation of the National Network*, in *Cadernos de Saude Publica*, 2020, reperibile in [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2020001300502&script=sci\\_arttext&tlng=en](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2020001300502&script=sci_arttext&tlng=en), consultato il 02.12.2022.



quello affrontato dall'ex-madrepatria. Al contrario, le proposte di legge presentate negli ultimi anni alla Camera dei deputati sembrano ispirarsi al passato approccio portoghese più restrittivo e criminalizzante. Un esempio ne è la proposta di legge (poi archiviata) presentata nel 2007 volta ad introdurre il reato di pubblicità di qualsiasi metodo abortivo; una riproduzione fedele del Decreto-Lei 17 636 del 1929 che andava a vietare in Portogallo la pubblicità di qualsiasi sostanza usata come abortivo<sup>105</sup>. Ancora pendente alla Camera dei deputati, invece, è la proposta di legge del 2019 volta ad abrogare l'art. 128 del Codice penale, rendendo l'aborto illegale *tout court* e allontanandosi definitivamente dalle scelte portoghesi.

3.3. *Russia e Cina.* - Per quanto concerne oggi la Federazione Russa e la Repubblica Popolare Cinese, diversamente dalle esperienze precedentemente poste in analisi, risulta interessante concentrarsi sul rapporto tra i formanti russo e cinese e la peculiare forma di Stato Socialista, lungamente in vigore. Abbiamo visto come in URSS le interruzioni volontarie di gravidanza siano state regolamentate sia in senso liberalizzante (1920) che criminalizzante (1936), in quanto le leggi oggetto di analisi non erano volte ad affermare una netta presa di posizione sovietica rispetto ai diritti riproduttivi e di libertà sessuale delle proprie donne, ma funzionali allo sviluppo socio-economico dell'Unione. L'aborto rimaneva qualificato come: «*serious evil to the community*»<sup>106</sup>, pratica a cui le donne sovietiche ricorrevano in quanto in difficili condizioni economiche che rendevano impossibile il mantenimento di numerosi figli<sup>107</sup>. L'epidemiologa russa Larissa Remennick sosteneva, infatti, che l'interruzione volontaria di gravidanza non sia mai stata: «una questione di libera scelta per le donne sovietiche, ma

---

<sup>105</sup> BAPTISTA, *O Aborto como Recurso na Regulação da Fecundidade*, cit., p. 131.

<sup>106</sup> S. TALAVER, *When Soviet Women won the right to abortion (the second time)*, in *Jacobin*, 2020, in <https://jacobinmag.com/2020/03/soviet-women-abortion-ussr-history-health-care>, consultato il 02.12.2022.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

piuttosto una pressante necessità generata dalla mancanza di alternative»<sup>108</sup>.

Come precedentemente messo in luce, il Decreto sulla “proibizione degli aborti e sul miglioramento dell'aiuto materiale alle donne che partoriscono” del 1936 reintroduceva l'illegalità dell'aborto, partendo dal presupposto che l'Unione Sovietica di Stalin avesse migliorato le condizioni sociali delle madri così da rendere inutili le interruzioni di gravidanza. Gli effetti dello Stato Socialista e del suo stretto legame con l'ideologia comunista di “centralismo democratico”<sup>109</sup> sono riscontrabili anche in altri testi di legge in materia come, ad esempio, il *New Family Edict* emanato nel 1944 per favorire un aumento della natalità così da far fronte all'insufficienza di manodopera maschile causata dalla guerra<sup>110</sup>. Il cambiamento nella disciplina sull'aborto e la sua nuova decriminalizzazione a partire dall'editto del 1955 si inseriva in una più ampia riconfigurazione del controllo esercitato dal partito-Stato dopo la morte di Stalin nel 1953<sup>111</sup>. Anche se il regime di Khrushchev tentava di prendere le distanze dagli eccessi punitivi dello stalinismo, non veniva abbandonato, tuttavia, lo sforzo di disciplinare “dal centro” la vita quotidiana e le pratiche dei cittadini. Il Regime post-Stalin perpetrava nell'esortare la popolazione a rispettare i principi della “moralità comunista”<sup>112</sup>. I cittadini furono sottoposti a sempre maggiori controlli volti a regolare il comportamento personale con meccanismi di sorveglianza reciproca attraverso, ad esempio, le pattuglie del popolo. Lo Stato destinava così maggiore attenzione alla repressione tempestiva di pratiche indecorose, tra cui attività ritenute sessualmente immorali o devianti<sup>113</sup>. In questa cornice, l'aborto veniva decriminalizzato per essere puntualmente controllato e “centralizzato”<sup>114</sup>. Il superamento dell'impronta Socialista dalla dissoluzione dell'Unione Sovietica

---

<sup>108</sup> V. KARPOV, “*Abortion culture*” in *Russia*, in *Journal of applied sociology*, 2005, p. 19.

<sup>109</sup> Ivi, p. 20.

<sup>110</sup> TALAVER, *When Soviet Women won the right to abortion (the second time)*, cit.

<sup>111</sup> A. E. RANDALL, *Abortion will deprive you of happiness!*, in *Journal of Women's history*, 2011, pp. 16-17.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

nel 1991 ha avuto forti conseguenze sulla disciplina dell'aborto: questa, infatti, spogliata dell'appalto interpretativo e strumentale attribuitogli dallo Stato Socialista sembra testimoniare una riemersione dei formanti precedenti<sup>15</sup>. Se poniamo in un'ottica comparativa l'attuale legge disciplinante le interruzioni volontarie di gravidanza del 2003 con i suoi predecessori normativi, notiamo una continua tendenza verso l'approccio pre-rivoluzionario. Le limitazioni susseguitesesi dal 2003 e la sempre maggiore influenza della Chiesa Ortodossa ci permettono di valutare come, smantellato lo Stato Socialista, la mancanza di una condivisa elaborazione teorica e culturale rispetto all'autodeterminazione e ai diritti riproduttivi delle donne, abbia permesso di creare spiragli per restringere sempre più l'accesso alla pratica abortiva. A sostegno di questa ipotesi possono essere analizzate anche le pene previste per il personale medico qualora agisca violando i confini di legalità tratteggiati dal governo federale russo. In un approccio riecheggiante la Russia zarista, i medici operanti al di fuori delle strutture predisposte o non rispettanti le 4 situazioni sociali valide per la cessazione della gravidanza vengono puniti secondo l'art. 123 del Codice penale della Federazione Russa<sup>16</sup>: multa fino a 80 mila rubli o sottraendo sei mensilità di salario o, ancora, lavori forzati e correttivi da uno a due anni. Se, poi, l'aborto eseguito risulta nel decesso della gestante o in danni permanenti per essa per negligenza del medico, questo verrà punito con la reclusione fino a cinque anni<sup>17</sup>. Un approccio che, coniugato all'introduzione nel 2011 della già menzionata "Legge su una settimana di silenzio" per pressioni della Chiesa Ortodossa, sembra testimoniare un'effettiva tendenza a recuperare il formante originario pre-rivoluzionario. Per quanto concerne la Repubblica Popolare Cinese, invece, vediamo come l'attuale forma di Stato ibrida non corrisponda più all'ideale originario di Stato Socialista. Il cambiamento, verificatosi

---

<sup>15</sup> L. D'AGOSTINI, *Aborto in Russia*, in *Madre Russia - la Russia spiegata agli occidentali*, 2019, reperibile in <http://www.madrerussia.com/aborto-in-russia/>, consultato il 02.12.2022.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

successivamente la morte del *leader* Mao Tse-Tung, ha comportato importanti conseguenze per la disciplina sull'aborto in Cina. La politica del figlio unico prima, e la successiva “*two-child policy*” avviata nel 2015 possono essere perfettamente inquadrare nell'evoluzione della forma di Stato cinese apertasi all'economia di mercato grazie alla 邓小平理论 “Teoria di Deng Xiaoping”, ovvero l'insieme di riforme volute dal *leader* Deng Xiaoping per garantire lo sviluppo economico del paese a partire da fine anni Settanta<sup>118</sup>. Anche in Cina come in Russia (sia nella forma di Unione Sovietica che di Federazione Russa) la regolamentazione dell'accesso alla pratica abortiva è frutto di un percorso statalizzato e centralizzato oltre che interdipendente al buon funzionamento dell'economia socialista di mercato. La stessa *All China Women's Foundation*, ovvero la già menzionata organizzazione ufficiale della RPC a sostegno dei diritti delle donne, ha avuto un ruolo fondamentale nella promozione della pianificazione familiare e della politica di controllo delle nascite. Senza la politica del figlio unico avviata nel 1979 la popolazione cinese oggi sarebbe di almeno 400 milioni superiore rispetto al miliardo e 300 milioni di abitanti del 2013 e non si sarebbero conseguiti né l'autosufficienza alimentare né gli straordinari successi economici del paese. La propaganda stessa mirava a legare crescita economica e controllo delle nascite usando *slogan* quali: «dare importanza alla politica di pianificazione nell'interesse dello sviluppo»<sup>119</sup>. Seguendo la logica della necessità di un forte incremento economico, alle famiglie popolanti le aree rurali della Cina veniva, invece, concesso di avere un secondo figlio se la prima gravidanza aveva portato alla nascita di una bambina. Si voleva, infatti, garantire al nucleo familiare la presenza di un maschio destinato a lavorare la terra e a sostenere economicamente i parenti<sup>120</sup>. Nella Cina comunista la pratica dell'aborto selettivo per favorire la nascita di maschi si è diffusa grazie allo

---

<sup>118</sup> SEN, *Finalmente la Cina dice addio al figlio unico*, cit.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> C. JUNHONG, *Prenatal Sex determination and sex-selective abortion in rural central China*, in *Population and Development Review*, 2001, p. 260.

sviluppo di metodi per determinare il sesso dei figli prima della nascita<sup>121</sup>. Dal 1979 vengono utilizzati *B-Scan* ultrasuoni, amniocentesi e campionamento di villi coriali al fine di certificare l'attesa di un figlio maschio<sup>122</sup>. La politica del figlio unico, la sua funzionalità allo sviluppo economico e il conseguente ampio ricorso all'aborto selettivo, sembrano ricollegarsi ai crittotipi cinesi pre-rivoluzionari e pre-repubblicani, tipici della Cina Confuciana. Fa il suo ritorno, infatti, il culto della discendenza maschile seppur da intendersi con sfumature differenti. Si recupera anche una certa impassibilità verso la pratica dell'interruzione volontaria di gravidanza: non considerata come oggetto necessitante regolamentazione nella sua forma su richiesta della gestante, prima del Nuovo Codice Criminale Qing; non contestabile nella sua configurazione come metodo per adempiere al dovere di controllo delle nascite, così da garantire il corretto funzionamento dell'economia cinese. Il passaggio avvenuto tra il 2013 ed il 2016 alla politica dei "due figli" può contestualmente essere letto nell'ottica della necessità di un maggiore sviluppo economico auspicato dal potere centrale. L'eccessivo invecchiamento della popolazione e lo sbilanciamento fra generi hanno portato ad una riduzione preoccupante della forza lavoro<sup>123</sup>. L'aborto selettivo, infatti, ha aumentato vertiginosamente il numero di nati maschi poi rimasti scapoli, creando forti incertezze sul lungo periodo rispetto alla nascita delle future generazioni<sup>124</sup>.

4. *Conclusioni.* - Questo studio ha cercato di esaminare l'evoluzione della disciplina sull'aborto nei paesi del blocco BRICS e le responsabilità condivise dal fenomeno coloniale, da quello rivoluzionario comunista e dai movimenti femminili e femministi di ciascun paese nel portare alla formulazione di leggi

---

<sup>121</sup> *Ibidem.*

<sup>122</sup> *Ibidem.*

<sup>123</sup> F. BROWN, *China ends one-child policy, allows two children for each couple*, in *ABC News*, 2015, reperibile in <https://www.abc.net.au/news/2015-10-29/china-communist-party-says-to-allow-two-children-for-all-couples/6897528>, consultato il 02.12.2022.

<sup>124</sup> *Ibidem.*

nazionali tendenti verso la criminalizzazione o decriminalizzazione delle interruzioni volontarie di gravidanza. A tal fine, è stata condotta una indagine comparata procedendo per analogie e differenze fra le norme regolanti l'accesso all'aborto di ciascun paese interessato e quelle vigenti nelle ex madrepatrie. Tuttavia, il confronto non ha riguardato solo le leggi emanate in periodo di effettivo dominio coloniale (britannico o portoghese) sui territori interessati (India, Sudafrica, Brasile) o in età strettamente rivoluzionaria a premessa dello Stato Socialista (Russia e Cina), ma si è estesa sia all'analisi degli approcci pre-coloniali e pre-rivoluzionari sia allo studio delle norme adottate una volta venuto meno il vincolo coloniale o dissoltosi/modificatosi lo Stato Socialista. La ricerca comparata ha permesso di sottolineare come, nei paesi oggetto di colonialismo, la regolamentazione normativa dell'aborto sia stata introdotta proprio dalle madrepatrie in società come quella brasiliana, indiana e sudafricana che sembravano considerare le interruzioni di gravidanza una pratica medica o di interesse della morale più che oggetto di legge. Similmente la Cina imperiale ha iniziato a trattare legalmente la pratica dell'aborto volontario in seguito a contatti forzati con le potenze occidentali, avendo considerato fino agli anni repubblicani le interruzioni di gravidanza solo come conseguenze possibili di un'aggressione e non il prodotto di una scelta o volontà femminile. In Russia, invece, dove già in periodo imperiale l'aborto era oggetto di legge criminalizzante la pratica, la rivoluzione ha stravolto l'approccio al tema, rendendo legali le interruzioni volontarie di gravidanza seppur con la motivazione di agevolare situazioni socio-economiche gravose. Venuto meno il vincolo coloniale o superata la forma di Stato Socialista, i paesi esaminati hanno modificato il proprio approccio alla disciplina dell'aborto. India, Sudafrica e Brasile hanno dapprima continuato a seguire le orme delle ex madrepatrie, arrivando a formulare testi di legge utilizzando lo stesso linguaggio dei riferimenti legislativi d'origine britannici e portoghesi. In seguito, gli stessi paesi hanno intrapreso strade diverse, allontanandosi dal sentiero normativo tracciato dalla

Gran Bretagna e dal Portogallo in materia di aborto: India e Sudafrica, infatti, grazie alle più recenti leggi ed emendamenti tendono verso una sempre maggiore liberalizzazione, mentre il Brasile mantiene immutata la criminalizzazione delle interruzioni di gravidanza, virando rispetto alla recente decriminalizzazione decisa dal Portogallo tramite *referendum*. Le esperienze di Russia e Cina dimostrano che la disciplina sull'aborto può tendere verso la criminalizzazione o decriminalizzazione della pratica anche a seconda delle necessità di sviluppo economico del paese. Venuta meno la peculiare forma di Stato Socialista in entrambe le realtà, l'approccio giuridico alle interruzioni di gravidanza sembra aver recuperato i formanti originari, con una Federazione Russa sempre più incline a restringere il campo di legalità della pratica sotto l'influenza della Chiesa Ortodossa, ed una Repubblica Popolare Cinese che per appagare necessità sociali, economiche e demografiche, ha recuperato il culto della discendenza maschile attraverso la politica del figlio unico.

## COSA INDOSSAVI? LE PAROLE NEI PROCESSI PENALI PER VIOLENZA DI GENERE

IRENE STOLZI\* INTERVISTA IACOPO BENEVIERI\*\*

Sono venuta a conoscenza del tuo lavoro grazie alla segnalazione di un amico, che vedo raramente ma col quale ci scambiamo spesso, a distanza, pareri sulle rispettive letture. Usava toni talmente entusiastici per il tuo libro che l'ho immediatamente ordinato. Un primo dato si impone anche a uno sguardo distratto. Si tratta di un libro scritto da un uomo che rileva (e denuncia) il persistere, consapevole o inconsapevole, di molti stereotipi legati alla rappresentazione della violenza contro le donne. Dovrebbe essere scontato che di questi temi ci occupassimo tutti: non sono infatti temi da donne e per donne visto che sollecitano riflessioni sull'assetto complessivo delle nostre società, sul tipo di relazioni che in esse prendono corpo. Purtroppo, però, gli uomini che riflettono su questi temi sono ancora pochissimi. Ti chiedo: perché, a tuo parere? E anche: da dove è nato il tuo interesse ad approfondire questo lato tra i molti sollecitati dal tuo lavoro di avvocato penalista?

Di *mâtres à penser* uomini che si occupano con rigore e attenzione della questione ce ne sono, pochi ma ce ne sono. Vengono in mente, per tacer d'altri, gli importanti contributi forniti da Francis Dupuis-Déri, John Stoltenberg e Léo Thiers-Vidal. Spesso si è registrato un chiaro scetticismo davanti all'ingresso, per quanto timido, della riflessione maschile su questo tema, temendo che gli uomini potessero riprodurre anche in questo campo la dominazione maschile,

\* Professoressa di Storia del diritto presso l'Università degli Studi di Firenze.

\*\* Avvocato Cassazionista del Foro di Roma, autore di pubblicazioni su riviste scientifiche.



assumendo, per paradosso, proprio quel ruolo patriarcale di protettori o salvatori delle donne dagli altri uomini aggressori. Tuttavia, molte esponenti di questa discussione (penso a Bell Hooks) hanno sollecitato gli uomini a una maggiore partecipazione e credo che il dibattito si arricchirebbe molto da una tale interazione.

Le ragioni del silenzio maschile su questi temi sono molte e possono essere ricondotte all'istinto di conservazione. Il pensiero dominante maschile ha intravisto nel fertile dibattito sulla questione femminile una monade indistinta che minaccia la conservazione delle strutture sociali, politiche e culturali esistenti. L'uomo ha reagito dunque, da un lato, esiliandosi dalla riflessione e, dall'altro, rafforzando i meccanismi di potere che sterilizzano qualsiasi estensione dei diritti delle donne. In definitiva ha risposto, e risponde tutt'oggi, con un antico istinto di protezione, direi totemica, dei dispositivi (culturali, sociali, giuridici...) che gli conferiscono il potere. Un potere "su", che diventa un potere "di". Dunque, un potere sulle donne, che diventa potere di escluderle e annichirne i diritti. Che si tratti di una risposta primitiva, antropologicamente antica, emerge chiaramente qualora si chieda a qualsiasi detrattore dell'urgenza di una riflessione sulla questione femminile, quali siano le ragioni della sua posizione. Ci accorgeremmo che gli argomenti usati si fondano sulla strategia della rimozione: si misconosce l'urgenza di occuparsi del tema, magnificando le posizioni sociali raggiunte dalle donne negli ultimi anni, e al contempo sottolineando le differenze biologiche tra uomini e donne come criteri giustificativi di un diverso accesso di queste ultime alla sfera pubblica. L'attenzione, infatti, non dovrebbe essere posta sull'eguaglianza nei risultati, spesso corrispondenti a mere operazioni di cosmetica politica, ma sull'eguaglianza strutturale delle opportunità, che consenta a tutti gli individui, al di là del genere, di essere sottoposti alle stesse regole procedurali e agli stessi parametri di valutazione.

Nel mio caso l'interesse a occuparmi del tema è, direi, "esplosivo" quando mi sono accorto che l'aula di udienza è il luogo ove spesso si riproducono le

medesime fragilità sociali, etniche, economiche, culturali presenti fuori dell'aula. Tra queste vulnerabilità che attraversano la porta dell'aula di udienza vi è, purtroppo, anche quella di genere. Lo spazio del Tribunale, anziché mitigare o addirittura annullare queste vulnerabilità, spesso le amplifica, a causa del rafforzamento e della duplicazione di stereotipi che vengono riprodotti dalle parole degli stessi protagonisti istituzionali del processo (magistratura e avvocatura). Come cittadino e come avvocato ho avvertito l'urgenza di approfondire le ragioni di questo fenomeno.

**Dal tuo libro si colgono con chiarezza una conoscenza e una preparazione non superficiali di tipo linguistico: le hai acquisite da autodidatta? E perché – tra i molti aspetti – hai ritenuto particolarmente significativo quello del linguaggio? Personalmente ho trovato del tutto condivisibile la tua scelta proprio perché il linguaggio rappresenta uno dei più rilevanti e sinceri punti di emersione della mentalità di un contesto, della sua identità più radicata e radicale.**

Del tema del linguaggio nel processo penale, della sua configurazione come potere e come garanzia, mi occupo perché convinto del fatto che le parole rivelino lo stato di salute del processo. Il giudizio penale è un evento linguistico ritualizzato, nel senso che è un evento sociale non già rappresentato *con* le parole, ma messo in forma *nelle* parole. Per ricordare l'insegnamento di Patrizia Bellucci, che a sua volta citava l'omonima opera di Giacomo Devoto, il processo penale «è una civiltà di parole». Spesso le parole utilizzate nell'aula di udienza rivelano incastonate le strutture sociali e storiche dell'ordine maschile; ciò accade soprattutto nel corso di processi penali per violenza di genere, laddove il tema dei corpi, dei ruoli e delle relazioni sociali è pervasivo.

La classe forense, tuttavia, raramente si è occupata in modo sistematico e continuativo del tema del linguaggio nel processo. Nella formazione dell'avvocatura mancano percorsi permanenti sulla linguistica forense, a differenza di quanto avviene in altre esperienze, come in Inghilterra, negli Stati

Uniti, ma anche in Spagna. Se pensiamo al fatto che nel processo penale ogni questione probatoria è questione linguistica, ci rendiamo conto del grave ritardo culturale al quale ci siamo consegnati. Le questioni linguistiche coinvolgono continuamente moltissimi aspetti del processo penale. Per fare alcuni esempi, le parole usate nelle domande, sia nell'esame dibattimentale che nel corso degli interrogatori, incidono molto profondamente sul contenuto delle risposte fornite, soprattutto se chi risponde è titolare di particolari *status* di vulnerabilità. Anche i semplici verbali e le trascrizioni, cioè le forme di documentazione degli atti nel processo penale, coinvolgono delicate questioni linguistiche: quando una dichiarazione viene convertita dall'oralità alla scrittura subisce una trasformazione profonda, dovuta al passaggio da un codice semiotico all'altro. Tuttavia, raramente ci chiediamo quanto contenuto informativo si perda nel transito dall'originaria oralità di una dichiarazione alla sua forma scritta. Eppure tali questioni si riflettono, immancabilmente, nella diversa portata probatoria di una dichiarazione e, pertanto, incidono sull'accertamento del fatto. Un ultimo esempio: la progettazione e redazione di un atto difensivo, la costruzione della sua struttura testuale, la scelta dei connettivi logici in un periodo, l'individuazione del lessico più appropriato, costituiscono attività che, se condotte con consapevolezza linguistica, consentono di esercitare con maggior efficacia la professione forense e la tutela dei diritti. Le parole, dunque, innervano il processo penale e l'attuazione di ogni garanzia.

Personalmente ho iniziato ad approfondire il tema circa dieci anni fa. Ho studiato i principali testi di linguistica forense prodotti in ambito italiano e internazionale, ho curato l'aggiornamento grazie alle ricerche continuamente condotte sul tema da linguisti e sociolinguisti, ho partecipato a corsi, convegni e lezioni di linguistica forense, come quelli organizzati dall'*International Association for Forensic and Legal Linguistics*, o dall'*Aston Institute for Forensic Linguistics*. La mia crescita si è ulteriormente arricchita grazie al proficuo e continuativo dialogo che ho avuto la fortuna di intrattenere con docenti di linguistica sensibili al tema, quali la Prof.ssa Franca Orletti, la Prof.ssa Maria

Vittoria Dell'Anna, la Prof.ssa Stefania Cavagnoli, il Prof. Claudio Giovanardi, il Prof. Luciano Romito e il Prof. Mirko Grimaldi, dai quali ho tratto preziosi spunti per le mie riflessioni. Questo interesse, infine, ha trovato un importante approdo nella istituzione nel novembre del 2019, presso la Camera Penale di Roma, di una specifica commissione permanente, la Commissione sulla Linguistica Giudiziaria, unica esperienza in tal senso in Italia, e nella elaborazione nel 2020 di un Manifesto sulla linguistica forense, il "Manifesto – 40 Assiomi sulla Parola In Difesa".

**Dal tuo libro mi è sembrato di poter cogliere – tra le altre cose – l'operare di meccanismi speculari ma ugualmente lesivi della posizione (direi: della dignità) della donna. Da un lato, infatti, si registra l'incombenza della giustizia, la sua fredda maestosità, attraverso un eccesso di formalità che provoca nella vittima un senso di incomprensione (la giustizia è un luogo freddo e lontano); dall'altro lato, non meno negativo e irrispettoso – e tu lo metti bene in luce – è il riferimento a formule colloquiali, ad appellativi o addirittura vezzeggiativi che valgono a infantilizzare la vittima, a non riconoscerle il rango della piena soggettività.**

Sì, si tratta di particolari strategie linguistiche che costituiscono veri "rituali di degradazione". Nell'aula di udienza la vittima può trovarsi a rispondere a domande che costituiscono minacce alla sua "faccia", cioè all'immagine pubblica positiva che ciascuna persona tende a voler fornire e a proteggere nell'interazione con gli altri. Si pensi alle domande che rappresentano la vittima come donna incline a comportamenti socialmente ambigui e sessualmente promiscui e, pertanto, come persona di povera moralità e, dunque, scarsamente credibile. In tal modo vengono rafforzate nell'aula di udienza le più diffuse e false credenze sulla violenza sessuale, quale quella, di antica origine, secondo la quale il fatto violento sia stato in realtà provocato dalla condotta della stessa vittima. Questi rituali di degradazione non vengono attuati in modo esplicito, bensì

attraverso meccanismi di micro-potere linguistico di difficile rilevazione, come la scelta della forma sintattica della domanda, il ricorso a un preciso lessico o, addirittura, l'uso strategico del silenzio. In questa prospettiva il "discorso giudiziario", cioè l'insieme degli enunciati prodotti dagli appartenenti alla specifica comunità di parlanti dell'aula di udienza, organizza e rafforza credenze comuni, costruisce il vocabolario della comunità, spesso stereotipico. Il discorso giudiziario è sempre espressione di una scelta, è un dato culturale.

**Posso chiederti nella tua personale esperienza di avvocato se c'è stato un caso (che chiaramente deve restare anonimo e non identificabile) che più di altri ti ha impressionato se letto alla luce delle categorie interpretative cui fai riferimento nel libro? Posso anche chiederti se gli atteggiamenti stereotipanti di cui tu parli riguardino uomini e donne (magistrati e avvocati)? E se siano più ricorrenti nelle passate generazioni che nelle più giovani?. Temo – ma è solo un'impressione – che la tua risposta non sarà particolarmente confortante.**

Uno degli episodi che ricordo è legato a una vicenda giudiziaria nella quale fu posta la domanda a una donna vittima di violenza se la sera dell'episodio si fosse recata in un "locale notturno" con le amiche. In realtà la vittima aveva trascorso qualche ora in una semplice birreria, tuttavia, l'uso del termine "locale notturno" nella domanda aveva lo scopo di innescare una serie di inferenze costruite sullo stereotipo della donna consapevolmente disponibile a incontri sessuali in quanto frequentatrice di ambienti promiscui. La vittima rispose senza contestare quella espressione, aderendo e ratificando così, in modo del tutto inconsapevole, la definizione di sé che veniva veicolata. In questo caso, dunque, la rappresentazione contenuta nella domanda diviene autorappresentazione da parte della vittima, quindi viene assunta dal soggetto quale componente della propria identità. Una attenta consapevolezza linguistica da parte del difensore avrebbe impedito l'attuazione di tale strategia.

L'impiego di stereotipi nel discorso giudiziario è trasversale al sesso e alla funzione di chi li produce. Il fatto di essere donna, oppure di svolgere la professione forense o la funzione di magistrato non costituiscono garanzie di una maggiore sensibilità alla tematica di genere. L'attenzione a questo tema, infatti, è comunque l'esito di una scelta, che coinvolge la visione che ciascuna persona ha del proprio ruolo all'interno della società.

## FRAMING IN INTERACTIONS: EXPERT WITNESSES' TESTIMONY IN THE ITALIAN JUDICIAL SYSTEM

LEONARDO GROTTI\*

*In a legal system that increasingly relies on scientific knowledge, expert witnesses have a critical role in criminal courts. However, experts have often reported feeling unsatisfied with their testimony. Also, the attorneys' style of questioning was found to impact jurors' impression of expert witnesses. This article preoccupies itself with the transformation of experts' testimony in the Court of Assizes. More specifically, it looks at the interactions involving the expert witnesses in the 2005 hearings held for the murder of the Ministry of Justice's advisor Massimo D'Antona. The paper analyses how lawyers shape expert witnesses' testimony and how expert witnesses present their opinion on the stand. Through Conversation and Discourse Analysis, it shows what discursive tools lawyers and expert witnesses use to simultaneously manage multiple frames, presenting scientific opinions to other parties (i.e., the judges, the parties involved, and the lay judges) throughout the hearings.*

*In un sistema giudiziario che si basa sempre più sul sapere scientifico, i Consulenti Tecnici (CT) hanno un ruolo fondamentale. Tuttavia, i CT hanno spesso riportato di essere insoddisfatti della loro esperienza in tribunale: è stato dimostrato come diverse tecniche di interrogatorio impattino il modo in cui il CT viene visto dalla corte. Questo articolo si occupa della trasformazione della testimonianza dei CT in Corte d'Assise. Più specificamente, analizza le testimonianze dei consulenti citati nel corso delle udienze tenutesi nel 2005 per l'omicidio del consigliere del Ministero della Giustizia Massimo D'Antona. Il documento analizza le tecniche usate dagli avvocati durante esame e controesame dei CT e come questi ultimi presentano la loro opinione in tribunale. Attraverso l'analisi conversazionale e del discorso, si dimostra quali tecniche retoriche gli avvocati e i CT utilizzano per gestire contemporaneamente più frame, presentando opinioni scientifiche ai giudici, alle parti coinvolte e agli avvocati durante l'udienza.*

\* Studente di Natural Language Processing, Data Science, Machine Learning presso l'Università di Anversa.

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. Literature review: Frames and schemas in interaction. - 2.1. Predicates: categorizing others. - 2.2. The role of expert witnesses. - 2.3. Narratives v. Opinions. - 3. Data and method. - 4. Analysis. - 5. Conclusions.

1. *Introduction.* – In the courtroom, the expert advisor's role is to aid the judge/jury in the interpretation of evidence. The involvement of expert witnesses is a «necessary part of modern legal proceedings in a society increasingly influenced by science and technology»<sup>1</sup>.

When appointed, an expert must present their opinion in a written document. Expertise reports do not constitute evidence – but have high probative value –, and since parties will likely bring conflicting reports in court, experts are commonly summoned as witnesses. Their testimony is given under the same rules as lay witnesses. However, each party has a particular interest in experts' testimony due to the higher probative value of their opinions. As such, their role in courtrooms is ambiguous<sup>2</sup>.

Although extensive research has been done on the narrative of lay participants, the figure of the expert witnesses has been overlooked by both conversation (CA) and discourse (DA) analysis studies. The analysis of interactions involving experts on the stand differs from those that concern regular witnesses: e.g., experts are often allowed to expand their answers<sup>3</sup> but must rely on citation systems and bibliographical tools, which are not weighted during examination<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> D. WINIECKI, *The expert witnesses and courtroom discourse: applying micro and macro forms of discourse analysis to study process and the "doings of doings" for individuals and for society*, in *Discourse & Society*, 2008, 19, 6, p. 765.

<sup>2</sup> M. SURIANO, *Prova Testimoniale e Consulenza Tecnica d'Ufficio*, reperibile in *Studio Legale Riccardo Riva*, <https://www.studiolegaleriva.it/public/aggiunte/prova%20testimoniale%20e%20ctu.pdf>, 15 dicembre 2021.

<sup>3</sup> G. STYGALL, *A Different Class of Witnesses: Experts in the Courtroom*, in *Discourse Studies*, 2001, 3, 3, pp. 327–349.

<sup>4</sup> C. BAZERMAN, *How does science come to speak in the courts? Citations, intertexts, expert witnesses, consequential facts, and reasoning*, in *Law And Contemporary Problems*, 2009, 72, 1, pp. 91–120.



Much of the literature on expert witnesses' testimony<sup>5</sup> has used contextual frameworks to analyze court dynamics. Frameworks have been used to analyze experts' language outside courtrooms as well. For instance, Tannen<sup>6</sup> used knowledge schemas and frames to study interactions in the pediatric setting.

This article is preoccupied with the transformation of experts' testimony in courtrooms. Through a single case study, it looks at how lawyers shape expert witnesses' testimony while dealing with the issues that presenting scientific knowledge to an audience of non-experts entails. The analysis is carried out through a framework approach. It adds to the relevant literature by linking the framework analysis to CA and DA techniques related to the narrativization of testimonies in court.

The dataset consists of audio recordings from a 2005 series of hearings held in the Italian Court of Assizes for the murder of the Ministry of Justice's advisor Massimo D'Antona. The verbal interactions analyzed involve two expert witnesses: one (E<sub>1</sub>) appointed by the prosecution and one (E<sub>2</sub>) by the defense. Both experts are examined and cross-examined and asked their opinion about some of the ransom notes left on the crime scene.

2. *Literature review: frames and schemas in interaction.* – The term *frame* has been used in various fields ranging from anthropology to psychology. However, in linguistics, the notion of frame has its origins in the works of Bateson<sup>7</sup> and Goffman<sup>8</sup>. Although various studies approached defined frame differently from one another, here we consider Tannen's<sup>9</sup> definition: an interactive frame

---

<sup>5</sup> See Y. MALEY, *The case of the long-nosed potoroo: the framing and construction of expert witness testimony*, in S. Sarangi, M. Coulthard: *Discourse and Social Life*, 2000, pp. 246–269, L. MATHER, B. YNGVESSON, *Language, Audience, and the Transformation of Disputes*, in *Law & Society Review*, 1980, 15, 3/4, p. 775, and WINIECKI, *The expert witnesses and courtroom discourse*, cit.

<sup>6</sup> D. TANNEN, *Framing in Discourse*, Oxford, 1993.

<sup>7</sup> G. BATESON, *A theory of play and fantasy*, in *Psychiatric Research Reports*, 1955, pp. 39–51.

<sup>8</sup> E. GOFFMAN, *Forms of Talk*, Amsterdam, 1981.

<sup>9</sup> TANNEN, *Framing in Discourse*, cit.

corresponds to the interpretation that participants give to a verbal exchange<sup>10</sup>. Unlike other researchers, Tannen<sup>11</sup> accounts for both «the stability of what occurs as a consequence of the social context» and «the variability of particular interactions emerging from the emergent nature of discourse»<sup>12</sup>. I.e., to identify shifts in more general structures (i.e., frames), Tannen<sup>13</sup> uses cues found in specific interactional contexts.

Moreover, Tannen and Wallat<sup>14</sup> distinguish between interactive frames and knowledge schemas. During interactions, participants need to make sense of utterances and non-verbal cues. Framing (i.e., interpreting) interactions help them in doing so. It is worth noting that interactions may involve multiple framing levels. For example, participants' misunderstanding may trigger a switching in frames. Without frames, however, interactions would make no sense.

Knowledge schemas, on the other hand, can be identified as the «expectations about people, objects, events, and settings in the world»<sup>15</sup>. Participants need knowledge schemas to interpret frames correctly. The information contained in a single interaction might not be sufficient to understand its broader context. Each individual disposes of a set of pre-existing knowledge schemas associated with specific non-verbal and verbal cues.

Tannen and Wallat<sup>16</sup> have used frame theory to analyze experts' language in the medical setting. The study looked at verbal interactions between a pediatrician, a child, and the child's mother during a medical exam, focusing on

---

<sup>10</sup> For instance, consider two friends talking to each other. During their interaction, they might utter words deemed offensive. However, if both friends interpret the interactive frame as joking, single elements occurring within that interaction will be interpreted according to that same frame (i.e., the joking frame). Thus, the seemingly offensive words are not interpreted as accusatory but as humorous. Indeed, frames are dynamic structures.

<sup>11</sup> TANNEN, *Framing in Discourse*, cit.

<sup>12</sup> Ivi, p. 58.

<sup>13</sup> Ivi, pp. 55-60.

<sup>14</sup> D. TANNEN, C. WALLAT, *Interactive Frames and Knowledge Schemas in Interaction: Examples from a Medical Examination/Interview*, in *Social Psychology Quarterly*, 1987, 50, 2, p. 205 ff.

<sup>15</sup> Ivi, p. 60.

<sup>16</sup> Ivi, p. 60 ff.

understanding the relations between knowledge schemas and interactive frames in such a context<sup>17</sup>. Although Tannen and Wallat's<sup>18</sup> approach has not been used for courtroom interaction, the study aimed at providing «a model that can be applied in other contexts as well»<sup>19</sup>. The medical setting is a domain-specific context where the pediatrician is the more powerful participant. As professionals, they must address different participants at the same time, balancing three diverse interactive frames<sup>20</sup>.

Tannen and Wallat's<sup>21</sup> analysis has demonstrated two significant points. First, the pediatrician used specific linguistic and paralinguistic tools to manage interactive frames. E.g., the physician signals the change of frame through a switch in linguistic register, using a technical one to address the experts watching the videotape and a playful one to talk to the child. Secondly, incongruent schemas may cause frame switching<sup>22</sup>. Each individual carries different knowledge schemas associated with specific verbal cues. If those cues are misused by one of the participants, an involuntary shifting in frames might occur. However, frameshifting (both voluntary/involuntary) might lead to what Tannen<sup>23</sup> calls «conflicting frames», that is frames that have different demands in conflict with one another.

Like the medical setting, the courtroom is a domain-specific environment. As such, it presents its own set of rules and characteristics. By drawing a comparison with the pediatrician's examination, I here consider the examination of witnesses in court. The interactions occurring within the

---

<sup>17</sup> Note that the tapes analyzed in the study were initially meant as educational material for future pediatricians.

<sup>18</sup> TANNEN, WALLAT, *Interactive Frames and Knowledge Schemas in Interaction*, cit.

<sup>19</sup> *Ivi*, p. 58.

<sup>20</sup> Examining the child, giving an account to the mother, and giving an account to the future audience of experts.

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 60 ff.

<sup>22</sup> *Ivi*, p. 61.

<sup>23</sup> TANNEN, *Framing in Discourse*, cit.

*examination frame* are regulated by both the examination process rules and the constraints imposed by the courtroom's broader context.

Like pediatricians, lawyers are professional agents in the legal setting. Thus, they occupy a position of power within the courtroom. During the examination, attorneys influence witnesses through a set of tools made available by the context (e.g., the right to question) to «present their version of the events to the judge»<sup>24</sup>. What this implies is that legal professionals are effectively managing more than just one frame. Thus, like the pediatrician, the lawyer must act within three different frames involving other participants and demands.

The first frame is the *examination frame*, which is one structured as a Question/Answer turn sequence between the examiner (i.e., the lawyer) and the examined (i.e., the witness). The second frame is the *institutional frame*, which is structured according to the courtroom rules. Like pediatricians need to adjust their lexicon for future professionals when recording teaching material, a lawyer has to address other professional agents (e.g., the other lawyers) using a domain-specific register. This frame aims to work towards the resolution of the legal dispute. The third frame is the *accounting frame*, where the attorney must interact with other lay parties. In this frame, they must be able to «communicate his/her interpretation of evidence to jurors»<sup>25</sup>.

Each frame is associated with different demands depending on the judicial systems within which the examination occurs. For instance, the presence of a judging panel in Italian Criminal Law (six lay judges and two professional judges) implies the second and third frames have shared demands that are separated in judicial systems where the judge is the only deciding institution.

Also, the courtroom is adversarial. Differently from the cooperative medical setting, interactive frames produced in the courtroom are likely to be conflicting. Moreover, the legal environment imposes numerous constraints on

---

<sup>24</sup> T. TKAČUKOVÁ, *The power of questioning: A case study of courtroom discourse*, in *Discourse and Interaction*, 2010, 3, 2, p. 51.

<sup>25</sup> Ivi, p. 50.

both professional agents and lay parties. Lawyers must then juggle between frames carefully. Although the examiner represents the most powerful participant in the examination frame they are not in the institutional one: the judge is. E.g., other parties' lawyers might identify an issue in the questioning sequence and object to the judge, therefore creating a new conflicting interactive frame. At the same time, they must also avoid involuntary frameshifting.

2.1. *Predicates: categorizing others.* – If knowledge schemas have such an important role, how are they expressed in interactions? Related to the notion of knowledge schemas is Sacks' Member Categorization Analysis (MCA)<sup>26</sup>. MCA is a tool that allows the analyst to interpret and explicate the categorization process. As reported by Day<sup>27</sup>, subsequent studies have further developed different aspects of MCA. The initial focus on the categorization of individuals has shifted. Participants tend to categorize a wide range of things: each other, groups, other individuals, as well as things. They do so through category-bounded predicates that express characteristics that can be associated with a determined category.

In interactions, predicates acquire a normalizing function: they express what participants expect members of a specified category to do or be. As such, predicates are direct products of knowledge schemas and carry moral implications associated with prior knowledge of the world<sup>28</sup>.

In the court, asking whether a witness considers something to be moral or normal is not allowed by the rules. Predicates allow attorneys to implicitly state

---

<sup>26</sup> H. SACKS, G. JEFFERSON, *Lectures on Conversation*, I, Oxford, 1992.

<sup>27</sup> D. DAY, *Conversation analysis and membership categories*, in C.A. Chapelle: *The Encyclopedia of Applied Linguistics*, 2012, pp. 1–5.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

what moral or normal is<sup>29</sup>. However, to be understood predicates must fulfill what Sacks<sup>30</sup> defined as Hearer's Maxim. Members of different communities hear predicates differently.

2.2. *The role of the expert witnesses.* – In Italy, each court has an experts' register. To enter it, experts must meet three requirements<sup>31</sup> (Table 1).

**Table 1**

*Requirements for professionals to enter a courtroom's expert register.*

<b><i>Requirements</i></b>
<i>S/he (the expert) must have technical competence in one specific field (the one s/he chooses to register for).</i>
<i>S/he must be registered in the respective professional register/college.</i>
<i>S/he must have a clean criminal record.</i>

Such requirements stress the importance of the expert as an impartial and independent figure. However, the conditions do not mention the methodology they should use for their analysis. Focusing on the expert's persona rather than on the method is commonplace in many judicial systems<sup>32</sup>. One exception is the US, where the methods used in expert reports must meet a series of requirements set by the Daubert rules<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> WINECKI, *The expert witnesses and courtroom discourse*, cit., p. 769, has highlighted the role of predicates in the courtroom: «[...] predicates are frequently found to be used implicitly to invoke a particular membership categorization which can then be subsequently used implicitly as if it is a truth in and on itself. Such claims of truth also have the potential to carry moral implications – not only the truth or falseness of a claim but its value in a system of rightness and wrongness».

<sup>30</sup> H. SACKS, E.A. SCHEGLOFF, G. JEFFERSON, *A Simplest Systematics for the Organization of Turn-Taking for Conversation*, in *Language*, 1974, 50, 4, p. 696.

<sup>31</sup> STUDIO UNGDCEC, *Guida alla Consulenza Tecnica d'Ufficio in sede civile e penale*, 2014.

<sup>32</sup> Y. MALEY, *The case of the long-nosed potoroo: the framing and construction of expert witness testimony*, 2020.

<sup>33</sup> BAZERMAN, *How does science come to speak in the courts?*, cit., p. 104 reports that once an expert witness enters a U.S. courtroom, its «science is 'authoritative' from the court's perspective» and «the need for any finer judgment is obviated» The Daubert standards

In the absence of such standards, experts' competence is often called into question. Their ideas are thus shaped by the «practitioners and institutions» according to what they believe to be «relevant, appropriate, and adequate»<sup>34</sup>. The need for a finer judgment constitutes an issue also for the examiner. Legitimizing an expert witness implies constructing predicates understood by members of the court. However, this presents additional challenges compared to lay witness's examination.

2.3. *Narratives v. Opinions.* – In the literature<sup>35</sup>, experts' testimony is commonly referred to as 'opinion'. When referring to lay witnesses', scholars prefer to use 'narratives'<sup>36</sup>. Understanding the dichotomy between these terms is a fundamental part of grasping the difference in the analysis of expert and lay witnesses' testimony.

O'Barr and Conley<sup>37</sup> have highlighted that lay participants give testimony through colloquial terms and expressions. They do so because they are asked to report what they have witnessed, not what they think about it. Experts, on the other hand, express themselves differently. The reason for that lies in their role in the judicial system. Once they have written their report, they must communicate its technical content to the court<sup>38</sup>. Consequently, their testimony must account for scientific details. To account for such information means to

---

guarantee that «expert witnesses are valued for their opinions, not, like lay witnesses, for their trustworthiness».

<sup>34</sup> W.M. O'BARR, J.M. CONLEY, *Litigant Satisfaction versus Legal Adequacy in Small Claims Court Narratives*, in *Law & Society Review*, 1985, 19, 4, p. 661.

<sup>35</sup> This term has been used by BAZERMAN, *How does science come to speak in the courts?*, cit., M. COULTHARD, *The linguist as expert witness*, in M. Coulthard, A. Johnson, D. Wright: *An Introduction to Forensic Linguistics*, London, 2007, MALEY, *The case of the long-nosed potoroo*, cit., and WINIECKI, *The expert witnesses and courtroom discourse*, cit.

<sup>36</sup> J.M. ATKINSON, P. DREW, *Order in Court*, London, 1979, J. GIBBONS, *Language and the Law*, London, 1994, and O'BARR, CONLEY, *Litigant Satisfaction versus Legal Adequacy*, cit., use 'narratives', 'stories' and 'account' interchangeably.

<sup>37</sup> O'BARR, CONLEY, *Litigant Satisfaction versus Legal Adequacy*, cit.

<sup>38</sup> COULTHARD, *The linguist as expert witness*, cit.

recur to «scientific discourse» defined as «a set of rhetorical acts like giving instructions, defining, classifying, exemplifying and so on»<sup>39</sup>.

Following Bazerman<sup>40</sup>, giving scientific opinions is problematic in the courtroom. Domain-specific knowledge is built through citation systems and bibliographical tools. During trials, however, «scientific conclusions are not drawn through scientific reasoning»<sup>41</sup>. Academic intertextuality is of no interest in the court because other participants are likely not able to understand it.

In terms of frameshifting, lawyers' management of frames is facilitated when examining lay witnesses. The everyday register used by lay witnesses is common to all participants in the courtroom. However, when expert witnesses are involved, attorneys must deal with domain-specific language. Experts do so because they are not accounting for events but opinions. Jurors, but also judges, might not be able to understand such a register. Thus, the expert witnesses' testimony requires further transformation to be understood.

3. *Data and method.* – The recordings on which the analysis is based are part of *Radio Radicale's* online archive<sup>42</sup>. In 2005, twenty-four hearings were held for the murder of the Ministry of Justice's advisor Massimo D'Antona.

During the trial, seventeen defendants were being prosecuted as being associated with the terrorist organization known as Red Brigades. During the early two-thousands, the Red Brigades committed multiple political murders and terrorist attacks. The organization would often claim responsibility for its

---

<sup>39</sup> M. NAOUA, *Specialized Discourse in Language Tests*, in *Les Discours Spécialisés: enjeux, descriptions et pratiques*, Gabes, 2016, p. 1, originally in H.G. WIDDOWSON, *Explorations in Applied Linguistics*, Oxford, 1979.

<sup>40</sup> BAZERMAN, *How does science come to speak in the courts?*, cit.

<sup>41</sup> Ivi, p. 104.

<sup>42</sup> For privacy reasons, video recordings are not available for this case. Thus, the analysis is based only on the audio recordings of the selected hearing. The names of participants and documents in the transcripts were not censored according to relevant legal rules and participants' will: they are considered public domain and do not need to be excluded from the transcripts.



actions through ransom notes. It was common for prosecutors to consult a linguistic advisor to be able to use these documents as evidence in court.

In this specific case, E1<sup>43</sup> (the prosecutor's advisor) wrote an expert report in which he stated that the ransom note found on the crime scene (*2 P P doc*) had been written by one of the defendants (D1). The claim was based on the linguistic comparison between *2 P P doc* and a text seized during a search in the defendant's house (*meti doc*). According to E2's report, E1's analysis was based on insufficient elements. Table 2 summarizes the abbreviations used in the trial transcript to indicate each participant.

**Table 2**

*Abbreviations and corresponding participants in trial extracts*

Defense	Prosecution	Judge	Witnesses
AD1 = defense lawyer 1 AD2 = defense lawyer 2 AD3 = defense lawyer 3 AD4 = defense lawyer 4 ADP = plaintiffs' lawyer E2= defense expert witness	PM1 = public prosecutor 1 PM2 = public prosecutor 2 E1 = prosecution expert witness	G= Judge	T1= witness 1 T2= witness 2 T3= witness 3 T4= witness 4 E1 = prosecution expert witness E2= defense expert witness

\*Since the original transcript is obtained from an Italian recording, abbreviations used for the participants stand for the Italian denominations [AD = *avvocato difensore* (defense lawyer); C = *consulente* (expert witness); PM = *Pubblico Ministero* (public prosecutor); G = *Giudice Presidente Commissione* (Judge); T = *Teste* (witnesses)]. Participants are numbered by appearance order. The two experts are named E = *Esperto* (expert).

4. *Analysis*. – When transforming experts' opinions, lawyers must account for the challenges and demands imposed by each frame. In the analysis section, this article looks at the discursive tools that lawyers use to deal with such issues and to juggle between interactive frames. The following extract is taken from the beginning of the examination-in-chief of the prosecution's expert. PM2 is

<sup>43</sup> Notably, E1 had previously been appointed by the prosecution in another criminal trial related to the Red Brigades. During that trial, of the defendants was shown to be the author and subsequently convicted.

examining E1. This interaction highlights the predicates and implications PM2 uses to legitimize E1's method. The data reflects what has been outlined in the theoretical sections. In Winiecki's<sup>44</sup> analysis of expert witnesses in the American judicial system, predicates were mostly used to categorize the expert witness. In the Italian judicial system, predicates are used to assess the method's quality. Note that the examination frame here is cooperative. As such, there is no adversarial intent in Extract 1.

**Extract 1 (103–116)**

*Examination-in-chief of the prosecutor's expert (E1)*

1. **PM2**: Look are you aware of a previous analysis (in the legal setting)
2. that used the same methods, on the ransom notes
3. for the murder of Mr. Tarantelli?
4. **E1**: Ehm yes it was the first analysis that me and the late
5. Mr. Medici did it together sometimes ago
6. Ehm we had been commissioned the comparison of some documents written
7. by an associate of the red brigades in the context of that trial, and
8. we had to compare them with the ransom note found on Mr. Tarantelli's
9. body and we had established that there was a perfect
10. analogy and homology (between the authors of the documents)
11. I think it was the first analysis of that kind, that I can
12. recall
13. **PM2**: Right.

Up until this moment, E1 has given a simple overview of the method he used to carry out his analysis. PM2's first question (1–3) is a knowledge question: it asks the witness if he is aware of any other case involving a linguistic analysis. Unlike cross-examination, where the witness' answer may unintentionally imply something here it serves a different purpose. The initial phrase «are you aware of» introduces a fact of which E1 (as the prosecution's expert) is undoubtedly aware. The question makes sure not to suggest directly to the witness but also avoids the possibility of wrong implications in the answer.

---

<sup>44</sup> WINIECKI, *The expert witnesses and courtroom discourse*, cit.

The fact introduced has two characteristics. First, the mentioned «previous analysis» is implicitly linked to E<sub>1</sub> because he «used the same methods» (i.e., the method E<sub>1</sub> used in the previous trial). Secondly, PM<sub>2</sub> adds that the analysis has been made on a «ransom note.» These details introduce the first two predicates of E<sub>1</sub>'s method. The method has already been used in a previous trial, and it has been used to analyze the same type of text.

As the author of the previous analysis, E<sub>1</sub> is provided with two predicates that he can use in his answer (4–12). E<sub>1</sub> starts his answer by saying that «it was the first analysis» that he did together with another expert advisor. By identifying himself as the author of the analysis in a previous case, E<sub>1</sub> is categorizing himself as a member of the scientific community who has already been approved by another court. Then, E<sub>1</sub> proceeds by explaining how the analysis of the ransom note for that case was carried out (5–8). In doing so, E<sub>1</sub> uses terms that can be considered keywords<sup>45</sup> for this trial. Describing the analysis made in that context using words associated with the present trial, implicitly links it to the previous one. The method, identified as appropriate in an earlier case, becomes consequently suitable for the one at issue here. The second predicate introduced in PM<sub>2</sub>'s turn is explicated, and E<sub>1</sub> concludes his utterance (9–12) by stating the conclusion reached in that case.

The predicates and the implications associated with them are hearable to the judge and the lawyers in the institutional frame, as well as to the jurors in the accounting frame. Thus, before proceeding with the next question, PM<sub>2</sub> adds a third-turn evaluation (line 13). «Right» is pronounced in a marked falling intonation and allows lawyers to comment on the previous turn positively and to move on to the next topic.

If well-constructed, predicates are a powerful tool that allows the examiner to shape the experts' opinions respecting the institutional and accounting frame demands. Extract 2 presents an instance of conflicting frames. E<sub>2</sub> (the defense's

---

<sup>45</sup> I.e., «red brigades», «documents», «comparison», and «homology and analogy».

witness) is cross-examining E1<sup>46</sup>. At the beginning of the cross-examination, E2 has asked E1 to quantify his method's success rate numerically. E1 replied that in some cases, it reaches a success rate of one hundred percent.

**Extract 2 (846–866)**

*Cross-examination of the prosecution's expert (E1)*

1. **E2:** Could you please cite to me the relevant literature that gives such high rates of success
2. because I don't think
3. there is any honestly
4. **E1:** I could start by citing the longstanding volume written
5. by Trumper
6. about sociolog- (1.3) about judicial sociolinguistics for example.
7. **E2:** And in that book the authorship attribution is founded on such
8. feeble elements with a one hundred percent accuracy rate?
9. Feeble, why would say feeble excuse me,
10. I say feeble because-
11. **E1:** This is a personal view eh.
12. This is a personal view of yours already
13. **E2:** Eh: are you familiar with David Holmes' study "Authorship
14. Attribution"?
15. **E1:** Yeah but look studie- ehm Trumper is an Italian
16. linguistics. despite his
17. Anglo-Saxon origins
18. **E2:** Yes
19. **E1:** Methodologies used for the analysis of other languages are partially relevant
20. as you know, for the study of the Italian language
21. **E2:** Well a method should be universal theoretically speaking

After E1's quantification of his method success rate, E2 (line 1) asks for the bibliography «that gives such a high success rate». E2 aims to dismiss E1's method. To do so, E2 poses questions that inquire about the literature on which the analysis is founded (1–2; 7–8). E2's questions seemingly establish the existence of bibliographical sources as typical for scientific work. The predicate invoked is that a method is proven as scientific by precedent studies E2 dismisses

---

<sup>46</sup> I.e., the questioning is led by the defense expert witness. Although this is technically not allowed by the court rules, the judge grants the defense the permission to have E2 cross-examining E1. The reasoning behind it is that the matter at issue (i.e., authorship attribution) is confusing to the court: letting the defense expert witness lead the cross-examination of the prosecution's expert is an attempt to better clarify the object of examination.

E1's approach through two evaluations. The first one expresses the unlikelihood of a book/volume reporting «such a high rate of success» (2). The second casts doubt on the method's quality (8).

While E1 provides an answer to the first question (4–5), he does not accept E2's second evaluation (9). Although E2 took on the role of the lawyer in the cross-examination, he is not a professional agent of the court. As such, he is not aware of the formal rule of the examination process. Thus, E1 freely structures his turn as a question (9) to E2 challenging his evaluation.

This is not admissible during cross-examination. The use of predicates pertinent to members of the scientific community and explicit evaluations are not considered pertinent to the examination frame.

Like in the pediatric setting described by Tannen<sup>47</sup>, a mismatch in knowledge schemas (expressed through predicates) then causes a switch in interactive frames. For that reason, E2 accepts E1's turn. Once the frame has switched from examination to dispute, E2 and E1 invoke two different predicates that can be classified as pertinent to what was previously defined as the «scientific community». E1 explicitly invokes his in lines 19–20. E1 uses E2's already established predicate to legitimize his method. Since the bibliography he cited (4–5) comes from an Italian author (15–16), his analysis is categorized as scientific because «methodologies used for the analysis of other languages are partially relevant». In contrast, E2 directly establishes the predicate that «a method should be universal» (21). The interactive frame has switched from examination to dispute: this new interactive frame contrasts the courtroom frame. First, turns are not structured as Question/Answer sequences. Secondly, the predicates invoked are hearable only for the examination participants (as members of the «scientific community»), but not for the court. This shows that

---

<sup>47</sup>TANNEN, *Framing in Discourse*, cit., 1993.

experts' opinions must undergo transformation to be heard<sup>48</sup> and accepted by the court. The judge (G) acknowledges this briefly after (Extract 3).

**Extract 3 (883–86)**

*The judge (G) addresses the question/answer sequence between the expert witnesses*

1. **G:** Anyway let's try to go back to questions and
2. answers that can be understood by us (the court)
3. you should not have an academic dispute
4. on your subject of interest, that we
5. respect but we would like to-
6. **E2:** Eh: sure
7. **G:** understand also

After the interruption, the judge addresses first the register issue (1–2). The experts used predicates and verbal cues not relevant to the court. Thus, G requires them to «go back to questions and answers that can be followed by the court». In line 3, G also mentions that the interactive frame has changed. He labels the interaction between E2 and E1 as «an academic dispute on your subject of interest» (58).

Invoking predicates allows lawyers to legitimize (or dismiss) experts' methods to other participants in the courtroom. Also, their implicational nature serves not to violate the rules of the institutional frame and not to cause a mismatch in schemas.

But how does PM<sub>2</sub> make E1's testimony more understandable for the court? In the recordings, PM<sub>2</sub> reformulates the precedent turn as a closed question or as a statement followed by a closed question. In extract 4, PM<sub>2</sub> is examining E1.

---

<sup>48</sup> Using Sacks' terminology.

**Extract 4 (191–228)***Examination-in-chief of the prosecution's expert (E1)*

1. **E1:** Yes right. I couldn't remember the letter but it is not
2. not relevant I think
3. turning to the document (named) Biagi ehm I had concluded in my expertise
4. at that time, that it can be attributed to the same
5. author-issuer of the document D'Antona I mean of the document D'Antona
6. it is also a fundamentally unitary text
7. in which however compared to
8. in which however when compared to the previous document D'Antona
9. [missing line]
10. This leads to a series of hypotheses and consideration
11. This leads to a series of hypotheses and consideration
12. among which being the author of two documents the same
13. the author might have improved, or the hypothesis that I have
14. wrote in my report that there had been a reviewer who has
15. revised the textual distribution that in
16. Biagi is more fluent and neat, and that instead resulted in the document
17. D'Antona, even if the syntax is the same
18. even if the textual elements are the same
19. (was) less clear
20. **PM2:** Right,
21. let's see if what you just said can be summarized in this way
22. the author of D'Antona (document)
23. is the author we call G for ease of arrangement
24. the author of Biagi (document) is the same of D'Antona (document)
25. even if improved in some ways
26. **E1:** Yes
27. **PM2:** Or revised in some ways
28. and in any case the author of D'Antona and Biagi (documents)
29. Is surely different from the author named F
30. **E1:** Yes
31. that is the author of the previous Red Brigades documents
32. **E1:** Yes
33. **PM2:** Written in the year 1988 in which Ruffilli was murdered and
34. of more recent documents, that is those discussed
35. in Trani's courtroom on June 14 1992
36. is it so?
37. **E1:** Exactly so, correct

In this exchange, E1's first turn contains the answer to a previous question by PM<sub>2</sub> inquiring if the author of the *D'Antona doc* named 'G'<sup>49</sup> was identifiable with other known authors of the Red Brigades. E1 is granted a significant turn to

---

<sup>49</sup> Not to be confused with the Judge (G).

answer the question (lines 1–19). However, E1's answer adds more information than was requested.

First, the answer never refers to the author of *D'Antona* with the label 'G' indicated by PM<sub>2</sub> in the questions. Instead, a less clear periphrasis is preferred («author-issuer» line 5). Then, in lines 6–10, E1 provides some of the characteristics of the analyzed document. However, the account contains some technical terms such as «textual distribution» and «expositive order» (line 9, line 10). In lines 11–19, E1 states the conclusion he has reached. However, he does not do so directly. E1 first describes one of the many hypotheses he has tested (11–13), then introduces the one described in his report (13–19). The first hypothesis mentioned is not relevant to the case but is included in the answer, regardless.

Like in Extract 2, PM<sub>2</sub> adds a third-turn evaluation. However, «Ecco» is here pronounced with a slightly falling intonation, carrying a less affirmative meaning. What follows (21–36) is PM<sub>2</sub>'s summary of E1's answers.

First, PM<sub>2</sub> establishes that the periphrasis used by E1 («the issuer-author of *D'Antona*», line 5) indicates the author named 'G'. Then, in lines 24–27, he states the conclusion reached by E1 without mentioning the technical terms. Note that the distinction between the two hypotheses made by E1 (13–19) is here ignored. Both are introduced by «even if» which expresses the independence of the conclusion reached from the hypothesis chosen. At last, PM<sub>2</sub> ends his summary by adding the information that was requested in his initial question but was not directly addressed by E1 (whether 'G' was identifiable with any known author).

Summarizing previous turns allows PM<sub>2</sub> to (I) lead E1 to the wanted answer by outlining the critical parts of the answer while also eliminating the domain-specific terms and (II) avoid leading questions. The information has already been provided in the previous turn by E1, and it is not directly presented by PM<sub>2</sub>. Thus, the institutional frame demands are met, and no conflict is created between the frames.



PM<sub>2</sub>'s turn ends with a closed question (line 36). Not ending his summary with a question will create a conflict in the examination frame, which demands the turns to be structured as a Question/Answer sequence.

5. *Conclusions.* — This article showed the application of frame theory and knowledge schemas to analyze legal interactions. More specifically, it identified Tannen and Wallat's<sup>50</sup> approach as suitable to describe how expert witnesses'

opinions are shaped in courtrooms and identified three interactive frames (examination frame, institutional frames, and accounting frames). Then, it highlighted the significant issues and challenges lawyers face within each frame.

Special attention was given to: (I) the ambiguous role expert witnesses have in judicial systems that assess the scientific value of methods in court and (II) the constraints that the judicial setting imposes on the participants in terms of frames.

The analysis section presented two of the techniques that lawyers used to deal with them. Figure 1 offers a summary of the findings:

**Figure 1**

*Summary of the identified issues and attorneys' techniques*



<sup>50</sup> DEBORAH, WALLAT, *Interactive Frames*, cit.

Predicates are used to implicitly legitimize the expert's method while also avoiding frame switching. Significantly, the comparison between professional and non-professional agents' use of predicates has shown that predicates that are not pertinent to the courtroom are rejected and cause frameshifting. When it comes to presenting expert testimony to the court, summaries simplify technical testimony. Also, they allow attorneys to avoid leading questions during the examination. Closed questions are added to the summary if the latter is not formed as a question to avoid creating a conflicting frame.

The frame approach allows the analyst to understand why specific techniques are used to shape experts' testimony and what functions they serve in the context of the courtroom.

## LE PIAZZE DIGITALI DEL NUOVO MILLENNIO: DIALOGO TRA DIRITTO E STRATEGIE COMUNICATIVE IN AMBITO POLITICO

MATTEO PAOLANTI\* - MARIA ROSARIA SPERANZA\*\*

*In un'epoca nella quale la comunicazione tra individui cambia, il diritto non può esimersi dal cercare di rimanere al passo con i tempi. In questo sintetico saggio si proverà a dare una panoramica su come nell'ultimo secolo la materia giuridica sia entrata a contatto con il delicato ambito della comunicazione politica e come quest'ultima abbia contribuito a plasmare il diritto e la società in cui oggi stesso viviamo. Una piccola riflessione sulle tre diverse dimensioni dell'individuo: come persona, come cittadino, ma anche come elettore.*

*In an era where communication among people changes, law must keep pace with modern times. In this brief essay, we'll try to explain how law embraced political communication and how communication has changed law itself and even our contemporary society. An analysis on three different sides of the human being: person, citizen and voter.*

SOMMARIO: 1. Comunico, ergo sum. - 2. Le epoche della comunicazione: dalla stampa alla "videocrazia". - 3. Sviluppi contemporanei della comunicazione politica: i social network e la libertà di espressione. - 4. Conclusioni.

1. *Comunico, ergo sum.* - Comunicare, da sempre, è stata prerogativa tipica degli esseri umani: Aristotele già nel IV secolo sanciva la natura sociale<sup>1</sup> di questi ultimi e, per quanto le epoche abbiano portato con loro i cambiamenti più vari - sia nei mezzi sia nei modi, si intende - nulla ha potuto distogliere questa radice esistenziale dal genoma psicologico dell'uomo.

---

<sup>1</sup> Chiaramente, il riferimento in questione va alla proposizione fatta dal filosofo stagirita nel noto trattato "La Politica", nel quale si delinea l'uomo come vero e proprio "animale sociale".

\* Studente di Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Firenze.

\*\* Dottoressa in Scienze Umanistiche per la Comunicazione presso l'Università degli Studi di Firenze.

A questo riguardo, non c'è da stupirsi se il primo dei cinque assiomi della comunicazione statuisca l'impossibilità a non comunicare.

Il carattere "sociale" della comunicazione nasce dal suo senso di esistere: interagire e sviluppare. Non è un caso, infatti, come sottolinea Mario Ricciardi, che "Comunicazione" e "Comunità" posseggano la stessa radice, in quanto «non esiste comunità senza comunicazione e viceversa una comunicazione senza comunità»<sup>2</sup>.

Ma non è tutto: se volessimo darne un'analisi sistemica, si potrebbe notare come il carattere emblematico della relazione tra società e comunicazione sia rappresentato anche - o magari soprattutto - dalla configurazione di quest'ultima. Dunque, si rivelerebbe corretto considerarla un'infrastruttura della società, un parametro che possa indicare il grado di evoluzione e di complessità di una civiltà.

La comunicazione, così definita, si è dunque evoluta e si è prestata agli usi più disparati: sia come strumento vitale ed essenziale di tutti i giorni, sia come mezzo di propagazione della cultura - sia giuridica che non -, ma anche come vero e proprio strumento di persuasione - nella piena componente della sua derivazione latina *persuadere*, der. *suadere*, ossia convincere - e di comprensione - nel senso etimologico anch'esso latino del termine, ossia quello di "prendere con sé ed attraverso sé" - delle opinioni degli altri consociati.

È anche in questo modo che, negli ultimi due secoli, la comunicazione politica<sup>3</sup> ha acquisito un ruolo decisivo nella sua capacità di plasmare la coscienza delle masse elettorali. Ciò specificato, questo studio si pone esattamente il fine di tracciare una linea temporale che possa dimostrare, in pochi passaggi, - e senza la volontà di essere esaustivi - come la comunicazione politica si sia evoluta nell'ultimo secolo e come essa abbia avuto l'abilità di

---

<sup>2</sup> M. RICCIARDI, *La comunicazione maestri e paradigmi*, Bari-Roma, 2010, p. 93.

<sup>3</sup> Prima di iniziare, è forse il caso di esporre - anche brevemente - cosa si è soliti intendere per comunicazione politica. Quest'ultima è legata, senza alcun dubbio, all'esercizio del potere; in questo senso va anche la nota visione di Lasswell, secondo il quale «il linguaggio della politica è il linguaggio del potere» (a riguardo H. LASSWELL, H. KAPLAN, A. STOPPINO, M. STOPPINO, *Potere e società uno schema concettuale per la ricerca politica*, Milano, 1979, p. 36.)

adeguarsi in maniera eccezionale al cambiare dei tempi e degli strumenti di uso quotidiano, con l'ineluttabile destino di essa a scontrarsi con la dimensione dei diritti fondamentali dell'individuo, ed in particolare con la sfera della libertà di manifestazione del pensiero.

2. *Le epoche della comunicazione: dalla stampa alla "videocrazia"*. - Il primo grande salto compiuto dalla comunicazione di massa è senza dubbio riconducibile alla diffusione pubblica della stampa, soprattutto quotidiana.

Con il finire del XIX secolo, in particolare, hanno iniziato a diffondersi - almeno guardando al panorama italiano - giornali schierati politicamente che hanno svolto un ruolo rilevante nel veicolare messaggi di tipo politico, pur in un quadro, condiviso anche da altre realtà coeve, che tendeva a limitare e disciplinare la libertà di stampa (art. 28 Statuto albertino).

Nello stesso torno di tempo - e in particolare dalla fine del XIX secolo - alla comunicazione, per lo più elitaria, facente capo alla stampa, si accompagna la progressiva emersione di voci - il riferimento non può che vertere sul quarto stato - che iniziano a occupare le piazze come luogo anche di espressione e rivendicazione politica. Nè la risposta repressiva con cui furono trattati questi fenomeni servì, per dirla con De André, a fermare il vento: l'emersione della società di massa, che è fenomeno tipico del XX secolo, avrebbe infatti portato a dare un'inedita rilevanza alle c.d. piazze e alle dinamiche psicologiche che ne guidano inclinazioni e scelte.

Se questo è sicuramente vero per i contesti democratici, lo fu - a suo tempo - anche per il ventennio fascista: esso, infatti, si caratterizzò, da un lato, per la presenza di significativi interventi repressivi, che riguardarono anche (non solo) la libertà di stampa, limitata nella forma più radicale della censura preventiva. Il che favorì la formazione della stampa clandestina ovvero la pubblicazione, in sedi apparentemente prive di una connotazione politica, di scritti invece caratterizzati in tal senso.

Dall'altro lato, il fascismo - come tutti i regimi totalitari infrabellici - fu il primo movimento, costituitosi poi in partito, a capire quanto la psicologia della piazza potesse prendere parte attiva nella vita politica dei cittadini. Non a caso, in concomitanza con le nuove creazioni tecnologiche, i fascisti furono i primi a utilizzare le radiocomunicazioni e le comunicazioni a distanza a scopo politico, riuscendo a miscelare in maniera organica il sistema di propaganda di piazza a quello di comunicazione a distanza.

A questo riguardo, la semantica del messaggio politico fu profondamente studiata al fine di corroborare il pensiero totalitario, attraverso un continuo rafforzamento dei concetti chiave dell'ideologia e una contestuale soppressione delle libertà politiche, resa possibile anche dalla presenza di una costituzione - lo Statuto albertino - non rigida.

Terminata la tragica esperienza del Ventennio, la Repubblica si trovò dinanzi all'annoso problema di ricongiungere i pezzi della vita civile, facendo sì che quanto accaduto non avesse in futuro possibilità di ripresentarsi. Tuttavia, come la storia insegna - a maggior ragione negli ultimi decenni -, il tempo della tecnica era scorso molto più velocemente di quanto la cultura giuridica avesse potuto fare.

Il neonato art. 21 della Carta Fondamentale, infatti, sin dai primi anni di vita, dovette scontrarsi con una realtà decisamente più complessa e frastagliata di quanto avesse dovuto affrontare la precedente Carta Fondamentale. Il tessuto sociale ed economico ricevuto in eredità dalla guerra ebbe modo, in pochi anni, di approcciarsi ad una nuova modalità di fare comunicazione, la quale avrebbe dato vita a decenni di scontri dottrinali e giurisprudenziali.

Si sarà potuto intuire come i riferimenti vadano all'universo televisivo.

Quando la televisione entrò nelle case degli italiani, necessariamente la comunicazione politica corse ad adeguarsi al nuovo mezzo tecnologico, mentre più lenta fu la reazione normativa e culturale. Con la conseguenza che, per molto tempo, si lasciò il panorama fin qui descritto al semplice monopolio della

Concessionaria pubblica senza immaginare strumenti atti a garantire una estesa e plurale possibilità di espressione alle diverse anime (politiche e non) del paese<sup>4</sup>. Un primo passo in questa direzione fu senz'altro rappresentato dall'iniziativa intrapresa dagli stessi autori e conduttori della RAI, di predisporre, , spazi di confronto politico - le c.d. "Tribune politiche" - che, per qualche anno, avrebbero retto da sole il compito di garantire, ai sensi del combinato disposto tra gli artt. 3 e 21 Cost., la tendenziale eguaglianza tra le diverse anime politiche che paese (non è un caso che, di lì in poco tempo, si inizierà a parlare più compiutamente del concetto di "pluralismo informativo", il quale troverà il suo *acme* con la sentenza 826/1988 della Corte Costituzionale).

Tuttavia, quando il legislatore si rese conto del cambiamento, il tempo della tecnica era già corso ancora più lontano: gli anni Ottanta, dopo il periodo di enorme instabilità sociale del decennio precedente, hanno posto sempre più in alto l'asticella a cui adeguarsi.

Volendo guardare all'ambito più prettamente comunicativo, gli anni Ottanta hanno rappresentato a tutti gli effetti uno 'spartiacque' tra i modi di far politica: quest'ultima, infatti, da vero e proprio progetto collettivo, il quale trovava palese esplicazione nelle comunità e - più in grande - nelle piazze, ha iniziato a risentire del vento individualista e neo-liberista che iniziava a soffiare sul mondo.

Questo ha contribuito a dare particolare rilievo, nella comunicazione politica (e nella politica *tout court*), al rapporto tra *leader* ed elettori nel quadro di una visione crescentemente personalistica.

Queste premesse hanno rappresentato gli albori di quella che sarà in seguito definita come "Videocrazia"<sup>5</sup>, ossia un regime culturale e sociale nel quale i *mass media*, prima fra tutti la televisione - ed ovviamente coloro che sono

---

<sup>4</sup> Sul punto, v. A. CARDONE, P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, internet, teatro e cinema*, Bologna, 2019, pp. 103-183; L. BIANCHI, *Libertà di espressione radiotelevisiva e servizio pubblico*, Torino, 2012, *passim*.

<sup>5</sup> T. SNAIDERO, *Osservazioni sui modelli di comunicazione e produzione intellettuale nella Videocrazia italiana*, in *Italica*, 2014, XCIII (III), pp. 523-532.

riusciti a carpirne il potenziale comunicativo politico - hanno avuto il potere di influenzare larghi strati di cittadini-telespettatori, attraverso l'accurata scelta delle notizie e delle modalità con cui offrirle al pubblico<sup>6</sup>.

Ciò posto, si potrebbe affermare come la televisione sia stato il primo strumento ICT<sup>7</sup> ad aver permesso la creazione di una prima 'piazza virtuale', attraverso una comunicazione visiva a distanza e continua tra *leader* e militanti. Per ovviare all'inevitabile distacco fisico, si procedeva poi a spettacolarizzare<sup>8</sup> la stessa politica, adattandola alla narrazione dei fatti tipica del mezzo televisivo.

Proprio attraverso la spettacolarizzazione della politica<sup>9</sup>, ad assumere una rilevanza decisiva, più che la parola, è l'immagine - quest'ultima ha rappresentato l'elemento più importante nella costruzione delle piazze virtuali. Dopotutto, gli elementi della comunicazione non verbale risultano i più efficaci nella creazione dei c.d. *'frame linguistici'*<sup>10</sup>.

Aspetto, postura e toni nel parlato assumono un ruolo centrale nella comunicazione di un *leader*, e senza dubbio Silvio Berlusconi, almeno

---

<sup>6</sup> Quanto riportato trova riscontro anche nella definizione del fenomeno dato dall'Enciclopedia Treccani. Al riguardo, si veda la voce *Videocrazia*, *Dizionario online Treccani*, <https://www.treccani.it/vocabolario/videocrazia/>, consultato il 18 novembre 2022.

<sup>7</sup> Per ICT s'intende una specifica tecnologia dell'informazione e della comunicazione.

<sup>8</sup> A questo riguardo, si veda come già dalla fine degli anni Novanta si parlasse di criticità di questo segno: O. CALABRESI, *Come nella boxe lo spettacolo della politica in TV*, Roma, 2019, *passim*. Si aggiunga che la spettacolarizzazione della politica non è una patologia circoscritta del sistema italiano, quanto, semmai, appare chiaro che essa sia peculiarità dell'intera politica del nuovo millennio. Si legga, anche, l'intervista fatta al noto scrittore inglese Robert Harris nel 2008, contenuta in D. MELONI, *Più "scrittura politica" contro la "politica-spettacolo"*, in *Vita e pensiero*, 2008, I.

<sup>9</sup> C. RIVA, *Social media e politica esperienze, analisi e scenari della nuova comunicazione politica*, Novara, 2021, pp. 6-8.

<sup>10</sup> Ci sembra doveroso dedicare una piccola parentesi alla nozione di *"frame"*, la quale viene introdotta dal sociologo Erving Goffman nel 1974 (E. GOFFMAN, L. BOVONE, I. MATTEUCCI, *Frame Analysis L'organizzazione Dell'esperienza*, Roma, 2001, *passim*) per indicare lo schema interpretativo mediante il quale ognuno di noi interpreta la realtà in maniera differente dall'altro. La parola *frame* - che in italiano si può tradurre come "cornice/frammento"-rimanda al concetto secondo il quale il nostro presente è continuamente condizionato da eventi e ricordi passati; questo fa sì che anche le decisioni più immediate siano frutto di elementi preconcepi, perché ognuno di noi indirizza la propria attenzione verso aspetti precisi, per noi specifici. Nell'ambito politico, tale presenza è strategica per la nascita di quei 'mondi condivisi', che favoriscono l'immedesimazione da parte dell'interlocutore, che - a sua volta - è decisiva ai fini della formazione del consenso



nell'ambito della politica nostrana, è stato il primo grande comunicatore munito di tali caratteristiche.

3. *Sviluppi contemporanei della comunicazione politica: i social network e la libertà di espressione*<sup>11</sup>. - Questa realtà appena disegnata, seppur foriera di criticità, con gli anni è stata in parte recepita dal diritto stesso<sup>12</sup>: come forse si sarà intuito in questo piccolo saggio, ogni tempo della tecnica viene poi raggiunto anche dai legislatori. Tale sforzo - tuttavia - è condannato a rimanere sempre incompiuto<sup>13</sup>, complice la velocità con cui si muove la tecnologia, e, di conseguenza, il tessuto sociale, che è molto più veloce ad adeguarsi alle novità.

In questo orizzonte, come per quelli delineati precedentemente, si staglia la questione relativa all'uso dei *social network*. Questi ultimi, grazie alla loro capacità di coniugare più *input* audiovisivi ed alla mutata mentalità del cittadino-spettatore, hanno permesso un'ulteriore evoluzione del panorama politico-giuridico degli Stati, sia europei che non, fino ad assumere una posizione incredibilmente rilevante ai fini politici.

Non è un caso che numerosi trionfi elettorali da parte dei politici più disparati siano derivati da importanti campagne *social* che hanno determinato la nascita e il consolidamento di comunità molto polarizzate e fidelizzate nei confronti di un determinato *leader* o di una certa formazione politica<sup>14</sup>.

Tuttavia, per capire quanto questo fenomeno abbia raggiunto una inimmaginabile rilevanza nella società occidentale contemporanea, si rende necessario fare un piccolo salto oltreoceano. Il riferimento va alla sentenza

---

<sup>11</sup> Per una visione piena dal lato comunicativo, si consiglia la lettura intera del già citato volume di Claudio Riva.

<sup>12</sup> Si pensi anche solo ai passi in avanti fatti con l'avvento della L. 28/2000 (la c.d. "*Par condicio*"), in tema di comunicazione politica sia durante le legislature sia in fase di campagna elettorale.

<sup>13</sup> Su questo, a parere di chi scrive, si può intravedere un moderno supplizio di Sisifo nei confronti del legislatore.

<sup>14</sup> L'attenzione dei migliori informati a riguardo non potrà che ricadere sul fenomeno delle c.d. "filter bubbles"

*Packingham vs North Carolina* del 2017 emessa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>15</sup>. Vediamone rapidamente l'antefatto.

Il signor Packingham nel 2002 era stato condannato per molestie sessuali nei confronti di una tredicenne; e nel 2008 lo stato della Carolina del Nord aveva disposto uno speciale sistema di gestione e limitazione dell'uso dei *social network*<sup>16</sup> nei confronti di coloro che avessero in passato compiuto atti molesti di tale fattura, con la motivazione di far sì che tali soggetti non avessero la possibilità di replicare le proprie condotte nello spazio digitale dei *social media*. Qualora taluno dei condannati avesse creato un profilo *social*, ciò avrebbe portato alla chiusura dell'account.

Per aggirare il 'ban' nei suoi confronti, nel 2012 il signor Packingham procedeva alla creazione di un *account* falso con lo pseudonimo di "J. R. Gerrard", attività che lo avrebbe portato di nuovo dinanzi alle corti del North Carolina, dove sarebbe stato successivamente condannato avvalendosi della sospensione condizionale della pena<sup>17</sup>.

Ciò premesso, guardando alla difesa dell'imputato, si può notare come punto cardine della stessa non fu tanto il tentativo di scardinare la prova riguardante l'effettiva commissione dell'illecito, quanto, semmai, di sottolineare come la misura su cui si basava la condanna fosse totalmente contraria al contenuto previsto dal Primo Emendamento della Costituzione statunitense<sup>18</sup>, in quanto limitatrice della libertà di manifestazione del pensiero dell'individuo.

Proprio questa posizione, con altri termini e modi, è stata in seguito fatta propria dalla Corte Suprema, la quale ha affermato come i *social network* «diano l'opportunità di accedere e di condividere con altre persone informazioni di ogni genere ed argomento, offrendo molto probabilmente il meccanismo più potente

---

<sup>15</sup> *First Amendment - Freedom of Speech - Public Forum Doctrine - Packingham v. North Carolina*, in *Harvard Law Review*, 2017, Vol. 131 (I), pp. 233-243.

<sup>16</sup> Il quale, volendo essere più specifici, trova similitudini nelle attuali Condizioni d'Uso Generali di Meta. Si vedano le *Condizioni e Normative* di Facebook, <https://www.facebook.com/legal/terms>, consultato il 19 novembre 2022.

<sup>17</sup> *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. at 1734.

<sup>18</sup> Com'è noto, il testo del Primo emendamento della Costituzione Statunitense sancisce la libertà di parola e di riunione pacifica nei confronti di tutti i cittadini.

per il privato cittadino di far sentire la propria voce» e che questi siano considerabili a tutti gli effetti come delle «moderne piazze pubbliche»<sup>19</sup>.

Ciò posto, si intuisce come, all'aumentare dell'importanza delle piattaforme social - e, di aumenti il volume dei messaggi veicolati dai politici e aumenti, al contempo, il rischio che i diritti fondamentali del cittadino vengano lesi.

È in questa cornice, che si viene a delineare un'insidia in che situazione si verrebbe a trovare il cittadino-utente privato della propria capacità di espressione e informazione politica, qualora non fosse garantito dallo Stato che le piattaforme - o altri enti - proteggano il pluralismo informativo e, a sua volta, il diritto a manifestare il proprio pensiero?

4. *Conclusioni.* - A seguito di questo rapido *excursus* storico, si pongono dei punti su cui si dovrebbe porre l'attenzione, sia come giuristi sia, anche soltanto, come attenti cittadini.

Come prima cosa bisognerebbe guardare al lato più prettamente comunicativo: è indubbio che la comunicazione, come fenomeno puramente umano, sia soggetta a mutazioni nel tempo e che rispecchi in maniera fedele lo sviluppo del tessuto sociale e della mentalità degli individui. Al riguardo, si potrebbe affermare 'dimmi come comunichi e ti dirò come pensi' e, molto probabilmente, una comunicazione tanto veloce e talvolta sbrigativa suggerirebbe di ripensare un istante a come si preferisca far politica.

È quanto mai indubbio che l'immagine crei *frame* comunicativi che producono nell'utente una più facile immedesimazione scaturita dal sentimento di comune appartenenza ideologica - il soggettivismo dopotutto nell'era dei *social* è di certo il primo mezzo per ottenere consenso. Tuttavia, è a sua volta condivisibile<sup>20</sup> l'idea secondo la quale l'uso di *slogan* e messaggi più semplici sia alla lunga deleterio per il confronto democratico, non permettendo lo scontro tra diverse idee e la contestuale ricerca del compromesso, a favore, piuttosto, di

---

<sup>19</sup> *Packingham v. North Carolina*, cit., 137 S. Ct. at 1734.

<sup>20</sup> RIVA, *Social media e politica esperienze*, cit., pp. 20-22.

un'estrema polarizzazione e di un conseguente scontro violento<sup>21</sup>, puramente infruttuoso per la società civile<sup>22</sup>.

Per ciò che riguarda l'ambito giuridico, invece, si rende sempre più necessario che l' "inseguimento" della tecnica da parte del diritto perda quei connotati di rincorsa disperata verso l'adeguamento dell'ordinamento, piuttosto puntando al rafforzamento dei principi costituzionali fondamentali ed al loro adeguamento alle nuove necessità dettate dal progresso tecnologico.

Solo in una cornice come quella del rinnovamento interpretativo dei pilastri costituzionali, come quello sancito dall'art. 21 Cost., si potrà maggiormente far sì che, in un contesto sociale e comunicativo più sano, ogni persona possa effettivamente prendere parte alla formazione dell'organizzazione politica dello Stato - così come prevede il dettato dell'art. 3 Cost - e che quindi vi sia una contestuale garanzia della democraticità del nostro Paese.

---

<sup>21</sup> A questo riguardo, illuminante, nella sua semplicità, si rivela la visione del docufilm del 2020 *The Social Dilemma*, diretto da Jeff Orlowski.

<sup>22</sup> Come un secolo fa ebbe modo di affermare il noto filosofo e giurista Hans Kelsen, la ricerca - in questo caso involontaria e non conscia - di valori assoluti presupporrebbe un rifiuto sottinteso dei valori democratici stessi. Secondo quest'ultimo «Il relativismo [politico] è di conseguenza la premessa filosofica del pensiero democratico», H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, Torino, 2004, p. 53.

**RECENSIONE AL LIBRO DI TOMMASO GRECO***La legge della fiducia. Alle radici del diritto*

FRANCESCA DE BONIS\*

Una lunga tradizione di pensiero identifica il diritto con la sanzione che appare come lo strumento necessario per reprimere la cattiveria e gli istinti di prevaricazione degli uomini e perciò idoneo a tutelare le ragioni lese dalla inaffidabilità altrui.

In quello che viene chiamato “modello sfiduciario” incontriamo un uomo completamente deresponsabilizzato che ubbidisce al diritto esclusivamente per paura della punizione.

Tommaso Greco, nel suo ultimo volume intitolato *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*<sup>1</sup>, critica la teoria normativa che ha le sue radici nel pensiero politico-filosofico di Hobbes e Machiavelli e la visione antropologica nella quale le relazioni umane appaiono caratterizzate da sentimenti di sfiducia e diffidenza degli uni verso gli altri e, superandola, ci svela un diritto che racchiude in sé la fiducia quale elemento imprescindibile per il suo funzionamento e che è, *in primis*, relazione.

Il diritto viene ad essere identificato come lo strumento che aiuta l'uomo a rapportarsi agli altri, che definisce, organizzandole, le sue relazioni, fatte di diritti ed obblighi, e la norma osservata non per timore della sanzione o per motivi etici, ma perché l'uomo sente la responsabilità e la doverosità di

---

<sup>1</sup> T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021.

\* Avvocato.

corrispondere alle aspettative altrui perché le riconosce, perché nell'altro si riconosce.

In questa prospettiva solidaristica in cui i diritti vivono per riconoscimento, ben può collocarsi il pensiero di Simone Weil, filosofa molto cara all'Autore, espresso nell'opera *La prima radice*: «Un diritto non è efficace di per sé, ma solo attraverso l'obbligo corrispondente; l'adempimento effettivo di un diritto non viene da chi lo possiede, bensì dagli altri uomini che si riconoscono, nei suoi confronti, obbligati a qualcosa. L'obbligo è efficace allorché è riconosciuto».

Concepire il diritto come fiducia non vuol dire escludere la sanzione, come qualcuno potrebbe semplicisticamente ritenere, ma piuttosto collocarla correttamente quale *posterius* necessario in caso di inosservanza e violazione di una norma. Per Greco, che qui riprende una suggestione di Salvatore Amato, solo quando «l'uomo non incontra più l'uomo, è necessario che l'uomo muova l'uomo».

Ragionare in questi termini significa abbracciare e diffondere una cultura giuridica responsabile, divulgare una visione certamente autentica, originaria e matura del diritto.

Senza pretesa alcuna di poter aggiungere altro a tutto quanto autorevolmente già detto e scritto sull'opera, scrigno di legalità ed umanità, mi preme, tuttavia, mettere in rilievo come la concezione del diritto e della giustizia ivi offerta abbia radici robuste e lontane. Già Platone, invero, nella sua importante opera *Le Leggi* diceva che queste «sono fatte per gli uomini perbene al fine di insegnare loro a stare insieme, ma anche per quei cittadini che per la caparbia della loro indole, sono refrattari ad ogni forma di educazione» e solo per questi altri metteva innanzi le sanzioni.

Ed ancora.

Vivo e pulsante appare nel lavoro di Greco tutto il portato dell'articolo 2 della nostra Carta Costituzionale: lo rinveniamo nel suo concepire il diritto come relazione, nel ribadire quella «socialità quale carattere inabdicabile del diritto»

(Paolo Grossi, *Ritorno al diritto*), nel riconosce il sentimento di responsabilità verso l'altro come vero motore che muove l'uomo ad osservare le norme, ovvero nel suo sentire la solidarietà come fatto ineludibile e principio che ci guida, a cui attenersi ed a cui tendere quale valore supremo dell'ordinamento giuridico ed a cui dovrà attenersi innanzitutto il legislatore nella sua attività di produzione normativa. Un diritto ed una giustizia calati nella vita dell'uomo, che ne coglie aspettative, interessi, sofferenze; l'uomo di Greco è quello stesso uomo che i Padri Costituenti hanno incontrato guardando umilmente in basso, in tutta la sua *carnalità*, nella sua quotidiana esistenza, che si esprime come singolo ma anche nelle molteplici formazioni sociali a cui appartiene, nel mondo del lavoro e nella famiglia.

Non, quindi e per riprendere ancora le parole del Presidente Grossi (alla cui prospettiva può essere associata quella espressa nel libro di Greco), un «individuo insulare ed intrinsecamente egoista, ma persona, creatura intrinsecamente relazionale, cioè colta non in una solipsistica insularità ma al centro di un fitto tessuto di rapporti con l'altro, con tutti gli altri; quell'uomo a cui appartengono diritti da tutelare ma anche doveri che fanno parimenti capo alla persona ed hanno funzione socializzante giacché servono a immergere la singola egoità nella complessità della convivenza» (P. Grossi, *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale*). Ed è su questa strada, che «il diritto appare come realtà ontica perché connesso al fenomeno relazionale e dunque lungi dall'esaurirsi nel comando volontaristico del sovrano, si innerva saldamente nel sociale» (P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*).

«Se nella visione hobbesiana, il diritto è rimedio alla fraternità aggressiva e omicida di Caino, nella visione personalista il diritto trova nella socialità (e nella capacità di cura fraterna) dell'uomo una risorsa preziosa d'ordine» (F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità*).

«L'altro uomo - e riporto qui le riflessioni condivise con noi studenti dell'ateneo fiorentino dal professore Luigi Lombardi Vallauri e che la lettura del

saggio di Greco ha riportato alla memoria - ha con me in comune l'umanità, umanità che né io né lui esauriamo; se io non sono l'umanità, allora ho bisogno dell'altro, di tutti gli altri per rivelarmi altrettante possibilità di me stesso».

Solo camminando su questa strada ed abbracciando in tutta la sua bellezza il messaggio che nel libro ci viene affidato, potremmo sperare, in un momento storico buio come quello che stiamo vivendo, di far rifiorire «il precetto dell'amore del prossimo come norma di giustizia, quel precetto che dice ad ognuno di noi di far spazio all'altro» (T. Greco, *La giustizia del crocifisso*) di prendercene cura se ha bisogno, di inclinarci verso l'altro.



## L'ARTE DEL BUONO E DELL'EQUO NELLA FANTASIA DI UN GIOVANE PAOLO GROSSI

*A proposito di P. GROSSI, Il paese dei palloncini di gomma e altre fiabe, ill. Maria Luisa Di Gravio, Firenze-Milano 2022, 208 pp.*

FRANCESCO SAVERIO TAVAGLIONE\*

Per coloro che, come chi scrive, muovono i primi passi nel mondo della ricerca accademica in ambito giuridico, riprendere in mano un libro di fiabe non è attività usuale. Un genere letterario così particolare impone di rivoluzionare l'approccio alla pagina, di calarsi nella prospettiva dei piccoli lettori – o piccolissimi ascoltatori – ai quali l'opera è destinata, di tentare di cogliere le sfumature che solo dal loro angolo di visuale privilegiato possono essere immediatamente percepite. Se poi le fiabe in questione recano la firma di Paolo Grossi, a tutto ciò si aggiunge un inevitabile timore reverenziale nei confronti di quanto il Maestro fiorentino ha rappresentato.

L'invito ad avvicinarsi al volume senza dimenticare il Grossi scienziato del diritto, docente e giudice costituzionale è nitidamente presente: non è certo un caso che la quarta di copertina riporti un immediato riferimento alla «penna di un grande giurista». In tal senso, le sedici fiabe raccolte gettano una luce finora inedita su tratti caratteristici della persona dell'Autore, mai celati e, anzi, tesaurizzati durante tutto l'arco della sua vita professionale.

Due elementi hanno attratto la mia attenzione in maniera particolare. Da un lato, l'Autore dà prova di una fantasia senza confini: fate, streghe, gnomi,

\* Dottorando di ricerca in Diritto romano presso l'Università degli Studi di Firenze e l'Université de Liège.

animali parlanti, mondi incantati sono solo una parte di una realtà nella quale il corso degli eventi segue una logica tutta propria, e in cui il lettore è accompagnato passo passo fino a comprenderla e assimilarla. Dall'altro lato, tra i valori che Grossi si premura di trasmettere attraverso i propri racconti, risaltano l'altruismo, la preoccupazione verso il prossimo, il trionfo dell'equità e della giustizia.

È interessante prendere le mosse proprio da quest'ultimo rilievo. La mia irresistibile inclinazione romanistica mi porta a ricordare l'accattivante definizione di diritto, *ius*, proposta dal giurista romano del II secolo d.C. Giuvenzio Celso. Egli incentrava la propria idea di diritto sui grandi propositi che ogni futuro operatore della realtà giuridica avrebbe dovuto porre a faro del proprio percorso, sin dal primo contatto con l'oggetto dei suoi studi: «il diritto è l'arte del buono e dell'equo». Del resto, la massima celsina è giunta sino ai giorni nostri grazie alla citazione che il poco successivo Domizio Ulpiano ritenne opportuno riportare nel proprio manuale di prima formazione giuridica, a propria volta citato nel Digesto giustiniano<sup>1</sup>.

Naturalmente, l'intenzione di identificare a ogni costo spunti *stricto sensu* giuridici tra i racconti di Paolo Grossi è fuorviante: nella prefazione all'opera, è lo stesso Autore a ricordare che «la stesura di queste fiabe risale agli anni 1948-1950, quando io frequentavo come studente il Liceo-Ginnasio 'Dante' di Firenze»<sup>2</sup>. Cionondimeno, la raccolta mette in scena un insieme di valori (equità, giustizia, liberazione dalla tirannide) spesso presenti, quantunque in forma embrionale, nella mente dell'adolescente che sceglie di studiare Giurisprudenza.

Dopo aver vissuto il dramma della guerra, circondato dalle speranze legate all'avvento della nuova forma di Governo, il quindicenne Paolo Grossi affida quelle pulsioni di *bonum et aequum*, alle quali gli studi giuridici ancora non potevano aver dato forma, ai suoi personaggi. Così, “La polenta della nonna” si

---

<sup>1</sup> D. 1.1.1.pr (Ulp. 1 *inst.*): «[...] *ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*».

<sup>2</sup> P. GROSSI, *Il paese dei palloncini di gomma e altre fiabe*, ill. Maria Luisa Di Gravio, Firenze-Milano, 2022, p. 7.

chiude con l'instaurazione della Repubblica, la cacciata di un tiranno e il rifiuto da parte dei protagonisti, nel pieno spirito della neo-promulgata Costituzione<sup>3</sup>, di essere creati principe e marchesa. Consci delle loro modeste origini, «essi non avrebbero potuto mangiarsi a pranzo il titolo di nobiltà»<sup>4</sup>. Ancora, in “Martinetto”, il piccolo eroe del racconto, dopo aver liberato il regno dall'assedio di una strega, non manifesta il minimo interesse a essere duca e genero del re, e anzi ripete più volte di volere semplicemente un uovo sodo<sup>5</sup>.

Il tema della liberazione dai soprusi di un nemico malvagio è ricorrente nella narrazione: alla luce del periodo storico al quale risale la stesura dei racconti, l'attaccamento quasi viscerale a tale *Leitmotiv* colpisce e commuove il lettore. Come accade nelle due fiabe appena citate, il salvatore della patria quasi mai ha i tratti dell'eroe tradizionale dell'infanzia: a principi, cavalieri e valorosi combattenti, Paolo Grossi preferisce musicisti senza un lavoro stabile, bambini di umili origini, giovanotti privati dell'eredità da familiari avidi e ingordi. Il trionfo dell'eroe fiabesco diviene dunque occasione di riscatto per i più deboli, di ritorno cioè a quel buono e quell'equo che le difficoltà originarie avevano ingiustamente squilibrato.

A ciò si aggiunge la circostanza che i protagonisti mai agiscono con intenzioni eroiche. Al contrario, nella maggior parte delle fiabe, essi sono ignari della grandezza delle proprie azioni fino alla loro acclamazione. Gli eroi dei racconti di Grossi compiono piccoli e semplici gesti di vita quotidiana, intervengono in aiuto di parenti e amici, si sdebitano di favori precedentemente ricevuti: il buono e l'equo che essi cercano nel loro piccolo si amplificano a dismisura, sino ad abbracciare un'intera comunità.

Le circostanze nelle quali tale amplificazione ha luogo permettono di considerare brevemente la componente fantastica che muove il susseguirsi degli eventi in tutte le sedici fiabe. L'Autore attribuisce alla fantasia il nobile

---

<sup>3</sup> Art. XIV, I co., Disp. trans. e fin.: «I titoli nobiliari non sono riconosciuti».

<sup>4</sup> GROSSI, *La polenta della nonna*, in *Il paese*, cit., p. 105.

<sup>5</sup> GROSSI, *Martinetto*, in *Il paese*, cit., pp. 42 ss.

significato di «riferimento alle forze creatrici dell'uomo, che supera le limitazioni del presente reale per disegnare quanto si è percepito nel desiderio e nel sogno»<sup>6</sup>.

La definizione non è fornita invano. Senza mai scadere nella banalità del *nonsense* gratuito, i racconti seguono una logica lontana dalla realtà ma razionale e coerente, nella quale il lettore è invitato a entrare fiaba dopo fiaba. Certo, nel racconto che dà il nome alla raccolta – il primo dei sedici – può apparire quantomeno curioso che la protagonista riceva in dono un raggio di sole, un sacchettino di vento e un pezzettino di arcobaleno<sup>7</sup>. Tuttavia, poche decine di pagine più tardi, il lettore ormai immerso nella fantasia dell'Autore tende a ritenere perfettamente logico che il protagonista sia mosso a compassione dai comignoli del palazzo reale, spaventati per i bombardamenti nemici, e che li salvi rimuovendoli dal tetto e spostandoli al coperto<sup>8</sup>.

Insomma, le storie di Paolo Grossi risultano piacevoli e delicate, mai bizzarre, e guidano a orientarsi con disinvoltura nella magia delle ambientazioni e degli eventi. A chi si domandasse in che modo un ruolo così rilevante della fantasia possa conciliarsi con l'approccio rigoroso, severo e razionale di un giurista, l'Autore risponde prontamente:

ho persistito nella convinzione [di una visione fantastica] anche quando, dal 1951, iscrivendomi nella Facoltà fiorentina di Giurisprudenza, mi sono avviato sul sentiero dei severi (e, per molti aridissimi) studi giuridici, sempre chiedendo ausilio alla dimensione *fantastica* e da essa attingendo per costruzioni dall'impronta nuova e originale<sup>9</sup>.

Insegna Paolo Grossi che la fantasia, intesa nel significato qui riportato, non è un vezzo per amanti della bizzarria e dell'assurdo, né un polo opposto a un approccio strettamente razionale. Al contrario, la ricerca scientifica non può prescindere dalla creatività, dalla discussione intorno alle teorie esistenti per

---

<sup>6</sup> Ivi, p. 7.

<sup>7</sup> GROSSI, *Il paese dei palloncini di gomma*, in *Il paese*, cit., p. 18.

<sup>8</sup> GROSSI, *I comignoli del palazzo del re*, in *Il paese*, cit., pp. 60-71.

<sup>9</sup> Ivi, p. 7.

confermarle o confutarle, dall'efficacia nella comunicazione e diffusione dei risultati: nel suo senso più alto, la fantasia è prezioso strumento di lavoro per il produttore di conoscenza.

L'obiettivo ultimo dello scienziato del diritto – utilizzare la propria fantasia e creatività per trasmettere i valori del buono e dell'equo – è dunque perseguito e raggiunto dal giovane Paolo Grossi attraverso i suoi racconti: alla luce di ciò, emerge la profonda coerenza tra la stesura di un libro di fiabe e la produzione del Grossi giurista. Semmai, stupisce e affascina che la stesura di tali racconti sia avvenuta anteriormente agli studi giuridici dell'Autore, a ulteriore dimostrazione della sua qualità personale, ancor prima che professionale, nonché della sua maturità nello scegliere un percorso universitario che perfettamente si attagliava alle sue attitudini.

Non è faticoso credere che *Il paese dei palloncini di gomma e altre fiabe* riscuoterà, in veste di libro per bambini, il successo che merita. È anzi auspicabile che la platea della raccolta si estenda a chiunque – dal liceale, alla studentessa o allo studente di Giurisprudenza, al laureato in cerca del proprio percorso professionale – intenda conoscere il lato più umano, delicato e commovente di chi ha dedicato l'intera vita a un sapere arido solo, come il volume dimostra, in apparenza.

## LA PENNA E IL MICROFONO: UN RICORDO DI MAURIZIO FIORAVANTI

MASSIMILIANO GREGORIO\*

Se dovessi sintetizzare la figura accademica di Maurizio Fioravanti, che ci ha lasciato improvvisamente lo scorso 19 agosto, sceglierei due oggetti che, so per certo, gli erano molto cari: la penna e il microfono.

La prima naturalmente sta a rappresentare lo studioso, l'autore. Benché come ognuno di noi usasse il computer, quando alludeva all'arte della scrittura, era sempre alla penna che Maurizio si riferiva. E quanto la sua penna abbia lasciato alla storiografia costituzionale è sotto gli occhi di tutti. Per quanto amasse vezzosamente ripetere che, in fondo, chi fa il nostro mestiere scrive un unico libro nella vita, la sua produzione ultra quarantennale lo smentiva clamorosamente, lasciandosi apprezzare non solo per ricchezza, ma anche per la straordinaria sistematicità. Nella prefazione a *La Costituzione democratica*<sup>1</sup>, è lui stesso a riassumere il senso di un percorso intellettuale, cominciato nel 1979 con la monografia *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*<sup>2</sup>. Da quel primo e fondamentale studio aveva preso avvio una riflessione – quella sul concetto di Stato moderno – che gli aveva permesso di realizzare «anche sul terreno del diritto costituzionale quel colloquio tra giuristi studiosi del diritto positivo vigente e storici del diritto» che Paolo Grossi aveva indicato come vero e proprio «programma»<sup>3</sup> ai suoi allievi. Naturalmente quel lavoro di indagine sui problemi

---

<sup>1</sup> M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico nel ventesimo secolo*, Milano, 2018.

<sup>2</sup> Id., *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979.

<sup>3</sup> Id., *Parole introduttive*, in Id., *La Costituzione democratica*, cit., p. VII.

\* Professore di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Firenze.

di confine, sulle tradizioni e sulle eredità che avevano contribuito alla determinazione della nozione di modernità giuridica sotto il profilo costituzionale si era fondato anche su un'approfondita analisi della dottrina. È questa una seconda fase del percorso intellettuale di Maurizio Fioravanti, culminata in quel poderoso lavoro di riordino rappresentato dai due volumi intitolati a *La scienza del diritto pubblico*<sup>4</sup> del 2001. Ma, come egli stesso ammetteva, quella «raccolta si concludeva però in pieno Novecento», chiamandolo dunque ad indagare un nuovo oggetto di ricerca: «*la storia del costituzionalismo in Europa*»<sup>5</sup>. A sollecitare quest'ultimo impegno contribuiva senz'altro lo stimolo offerto dal dibattito – fondamentale e attualissimo, soprattutto nei primi anni del nuovo millennio – sui destini della costituzione europea. Ma io credo che a spingere Maurizio sulle tracce di un nuovo modello di costituzione, che lui chiamava *la Costituzione democratica del Novecento*, fosse soprattutto l'esigenza di chiudere il cerchio, di andare a misurare sulle dinamiche del diritto costituzionale vivente i frutti della premessa di fondo dalla quale aveva preso le mosse e che potremmo identificare nella imprescindibile storicità del diritto, ovvero nella convinzione «che molti dei problemi del diritto pubblico contemporaneo, lasciati irrisolti persino nelle Costituzioni democratiche del Novecento, dipendono dal modo con cui ancora oggi si rilegge la nostra tradizione statale europea»<sup>6</sup>.

La penna è lo strumento dunque che ha permesso ad un giovane ragazzo classe '52 che veniva dalla provincia (Maurizio Fioravanti non ha mai lasciato Prato, alla quale era legatissimo) di consacrarsi internazionalmente come uno dei più brillanti interpreti della storia e della teoria costituzionale. Ma ciò nonostante, credo di non sbagliare affermando che egli fosse persino più legato al microfono, quello che usava ogni mattina in aula, di fronte ai suoi studenti. Perché se Maurizio Fioravanti è stato uno studioso straordinario, come docente

---

<sup>4</sup> Id., *La scienza del diritto pubblico*, 2 voll., Milano, 2001.

<sup>5</sup> Id., *Parole introduttive*, in Id., *La Costituzione democratica*, cit., p. VIII.

<sup>6</sup> Ivi, p. VII.

era davvero un fuoriclasse. Conosco persone che si iscrissero a giurisprudenza trent'anni fa, per poi abbandonare gli studi giuridici dopo pochi mesi, e che di quella Facoltà conservano unicamente la memoria delle sue lezioni. Tra i colleghi della mia generazione, che hanno avuto la fortuna di incontrare il diritto per la prima volta sui banchi del suo corso di *Storia delle costituzioni moderne*, è diffusissima l'opinione che, senza quell'incontro, le strade che avremmo intrapreso sarebbero state molto diverse. Che cosa rendeva le lezioni di Maurizio così affascinanti? Sapeva certo ammaliare la platea, trasmettendo a chi lo ascoltava l'amore per la materia trattata. Era ironico e tagliente, mai banale. Ma la sua virtù principale era senza dubbio la chiarezza e, in questo, esprimeva appieno quel legame profondo che cinge la ricerca con l'insegnamento. «Se un concetto, per quanto complesso, non lo riesci a spiegare ad uno studente del primo anno», ripeteva spesso, «vuol dire che non lo hai sufficientemente chiaro in testa». Nella lettera di saluto inviata nel 2017 ai colleghi del Dipartimento per annunciare il suo pensionamento anticipato, a proposito della docenza, scrisse: «A chi mi chiedeva perché investissi tante risorse in quell'aspetto del nostro lavoro, io rispondevo sempre, forse con malcelato orgoglio: io sono come un artigiano, che pensa e ripensa, lima, aggiunge e sottrae, finché l'oggetto non assume precisamente le sue forme, nelle proporzioni giuste. Solo allora è chiaro al docente, e in quello stesso momento diviene chiaro anche per gli studenti».

Penna e microfono, dunque, ricerca e insegnamento come dimensioni complementari di una professione, quella di docente universitario, che Maurizio Fioravanti ha svolto per decenni in modo esemplare. Io ho avuto la fortuna di incontrarlo esattamente trent'anni fa, nell'Aula 6, al terzo piano di Via Laura, allora sede della Facoltà di Giurisprudenza fiorentina. Mi ha poi seguito nella tesi di laurea e, successivamente, in quella di dottorato; è stato il mio Maestro e, infine, collega. Ma soprattutto, con gli anni, è divenuto un amico preziosissimo. Ed oggi è soprattutto del suo sorriso che sento la mancanza.



## UN RICORDO DI RICCARDO DEL PUNTA<sup>1</sup>

MARIA LUISA VALLAURI\*

Riccardo ha affrontato la malattia con grandissimo riserbo e coraggio, senza mai lasciarsi sopraffare dalla paura e dallo scoramento.

William ed io, per volere del destino, abbiamo avuto la fortuna di vederlo giovedì pomeriggio nella sua casa di Calci. Certo non pensavamo che lo avremmo abbracciato e salutato per l'ultima volta.

A parte la formalità di chiedersi “come va?”, alla quale ha risposto con il suo immancabile e sospirato “eh”, non abbiamo parlato della sua salute, come del resto non abbiamo fatto quasi mai in questi ultimi due anni e mezzo. Chiedevamo notizie alla moglie Angela, interpretavamo i suoi sguardi e le sue mezze parole. La malattia non è stata mai al centro dei nostri incontri, ma è stata un pensiero costante di ciascuno di noi e penso anche di molti di coloro che gli sono stati amici e amiche, oltre che colleghi.

Giovedì lo abbiamo trovato molto stanco, ma lucido e vitale come sempre.

Abbiamo parlato del programma del corso di aggiornamento e dei suoi studenti. Non si dava pace per aver dovuto sospendere di nuovo le lezioni. Ci ha chiesto a che punto eravamo con alcuni nostri lavori e con il progetto di ricerca.

Ci siamo dati appuntamento al giorno dopo per il convegno annuale della Labour Law Community, che avrebbe seguito a distanza.

La notizia della sua morte è giunta del tutto inaspettata e ci ha letteralmente travolti.

---

<sup>1</sup> Questo ricordo è stato pubblicato sul fascicolo 4/2022 della rivista *Lavoro e diritto*.

\* Professoressa di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Firenze.

Sono stati e sono ancora giorni confusi, in cui i pensieri corrono veloci e si sovrappongono, per cui non è stato facile raccogliere queste poche idee, condivise con i colleghi, per ricordare la sua persona.

Riccardo è stato una delle menti più brillanti del giuslavorismo italiano.

Non è un eccesso di ammirazione per il maestro perduto, è un fatto incontestato e riconosciuto da tutti i colleghi e le colleghe della materia e che è stato confermato, se mai ce ne fosse stato bisogno, dai tanti messaggi di cordoglio che sono circolati nelle nostre reti e che ci sono arrivati in queste ore da tutta Italia e dall'estero.

È stata la mente più brillante per profondità e lucidità di pensiero, per la capacità di argomentare in modo straordinariamente raffinato, per la vastità del suo sapere, che spaziava ben oltre i confini del diritto e ritornava sovente alla sua amata filosofia, per l'onestà intellettuale che lo faceva dialogare con tutti, anche con i più giovani, per l'umiltà che fecondeva il suo pensiero e lo liberava dalla paura di mettere in discussione i suoi approdi, e, infine, per il metodo rigoroso e infallibile maturato alla scuola di Giuseppe Pera, maestro al quale è stato legato da un rapporto umano molto tormentato, ma di profonda e reciproca stima professionale e intellettuale.

Proprio questo rapporto difficile, insieme alla sua disposizione al pensiero profondo che lo separava dalla accidentalità della vita, ha molto condizionato il suo modo di essere maestro.

Non ha mai imbrigliato i rapporti con le sue allieve e i suoi allievi in vincoli formali, rifuggendo piaggeria e deferenza.

Non ha mai condizionato la scelta dei percorsi di studio, antepoendo a tutto la libertà di pensiero e di ricerca.

È stato intransigente rispetto alla qualità della ricerca, puntando tutto sul rigore metodologico e sullo spirito critico, non risparmiando commenti sferzanti

quando ve n'è stato bisogno, ma anche riservando sguardi pieni di soddisfazione per le imprese riuscite.

A chiunque lo abbia chiesto ha dato ascolto e consiglio, ma non tratteneva nessuno.

Per imparare da lui occorreva seguirlo con molta umiltà e anche pazienza, mettersi in moto cercando di tenere il suo passo, raccogliere ciò che seminava.

Aveva un debole per le giovani generazioni, con le quali non cessava di condividere freschezza e curiosità intellettuale.

Non ha mai smesso di mettersi in gioco e di sentirsi discente, regalandoci un esempio di quella sana inquietudine che è sale della vita.

Da sempre ci ha coinvolti nella ideazione di molte iniziative, sempre di altissimo livello, e lavorando con lui abbiamo imparato molto anche di noi stessi.

Ha lasciato che le nostre capacità e attitudini fiorissero, qualche volta facendosi largo fra i rami della sua ritrosia.

Non ci ha mai voluti uguali a sé, perché, libero da ogni forma di narcisismo, non ha mai avuto bisogno di uno specchio per ammirarsi.

Piuttosto, con la sua intelligente ironia che riportava tutto alla giusta misura, ha rispettato profondamente l'unicità di ciascuno, lasciando che ciascuno facesse la sua parte nel lavoro che condividevamo.

Benché fosse un solitario, da lui abbiamo ricevuto quella spinta a lavorare insieme con lealtà e generosità, che ci porta oggi a stringerci attorno al suo ricordo, a riconoscerci nei suoi insegnamenti e ad accogliere con grande riconoscenza, umiltà e responsabilità l'eredità che ci lascia: l'amore per lo studio e la ricerca; la passione per il diritto del lavoro; la dedizione agli studenti; il gusto della scoperta; la lealtà e l'onestà morale e intellettuale.

Maria Luisa Vallauri  
Firenze, 22 novembre 2022

## Table of contents

<b>C. Conti</b>	
Processo penale mediatico e diritti fondamentali. Tra vecchi problemi e nuove norme in tema di comunicazione giudiziaria	1
<b>G. Caputo</b>	
Stato costituzionale di diritto e carcere. Appunti per una teoria costituzionalmente orientata dei diritti della persona detenuta	37
<b>S. Renzi</b>	
La trasparenza dei sistemi algoritmici utilizzati nel contesto lavorativo fra legislazione europea e ordinamento interno	60
<b>F. Rossi</b>	
<i>Divortium</i> e tutela del coniuge “debole”: <i>mulier, uxor, mater</i>	78
<b>S. Malpassi</b>	
Il coniuge (troppo) debole: aporie e persistenze dell’ordinamento familiare ottocentesco	104
<b>R. Aranha Da Cruz</b>	
The protection of minorities as human rights consequence: citizenship, natural law and its relation to the protection of vulnerable groups	126
<b>B. Ballerini</b>	
L’accesso al giudice inglese: analisi comparata tra elementi di tutela soggettiva e oggettiva	142
<b>N. Bamoshmoosh</b>	
Perché la parità retributiva nell’Unione europea è ancora un sogno?	163
<b>V.C.A. Loffi</b>	
La disciplina sull’aborto nei paesi del blocco BRICS in una prospettiva comparata	179
<b>I. Stolzi, I. Benevieri</b>	
Cosa indossavi? Le parole nei processi penali per violenza di genere	220
<b>L. Grotti</b>	
Framing in interactions: expert witnesses’ testimony in the italian judicial system	227
<b>M. Paolanti, M.R. Speranza</b>	
Le piazze digitali del nuovo millennio: dialogo tra diritto e strategie comunicative in ambito politico	247
<b>F. De Bonis</b>	
Recensione al libro di Tommaso Greco. La legge della fiducia. Alle radici del diritto	257
<b>F.S. Tavaglione</b>	
L’arte del buono e dell’equo nella fantasia di un giovane Paolo Grossi	261
<b>M. Gregorio</b>	
La penna e il microfono: un ricordo di Maurizio Fioravanti	266
<b>M.L. Vallauri</b>	
Un ricordo di Riccardo Del Punta	269